



Ouvrage collectif

2018

Published version

Open Access

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

**La responsabilité du fait des produits : Journée de la responsabilité civile
2016**

Chappuis, Christine (ed.); Winiger, Bénédicte (ed.)

Collaborators: Campi, Arnaud

How to cite

CHAPPUIS, Christine, WINIGER, Bénédicte, (eds.). La responsabilité du fait des produits : Journée de la responsabilité civile 2016. Genève : Schulthess, 2018. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:107286>

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



Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



CG
Collection
Genevoise

Journée de la responsabilité civile 2016



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



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

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

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>.

Avant-propos

Lorsqu'un pot en verre contenant du café brûlant explosait un beau soir de juin 2001 dans les mains de sa malheureuse utilisatrice, la Suisse tenait enfin un véritable cas d'application de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP). Il aura ainsi fallu attendre 2006 avant que ne soit rendu le premier arrêt du Tribunal fédéral¹ en application de la LRFP, pourtant en vigueur depuis 1994. Dix ans après cette décision, il est temps de faire le point sur ce chef de responsabilité importé d'Europe et de le débarrasser du corset étriqué dans lequel son origine en droit de la consommation l'avait enfermé ; il est temps aussi, peut-être, de débarrasser la classique responsabilité de l'employeur (art. 55 CO) des scories d'une extension jurisprudentielle qui la déformait depuis bientôt trente ans. Le présent ouvrage rassemble les contributions à la neuvième Journée de la responsabilité civile consacrée à la responsabilité du fait des produits, sujet que l'on pourrait presque qualifier d'émergeant.

- Sylvain Marchand commence par un tour des fondamentaux en présentant les conditions de la responsabilité du fait des produits dans le contexte de leur origine européenne. Puis, Sandra Vigneron-Maggio-Aprile examine la question de savoir si la théorie de la perte d'une chance peut trouver sa place comme dommage réparable dans le système de la LRFP.
- Vient ensuite la responsabilité pour produits pharmaceutiques défectueux : Stéphanie Dagon présente le système européen d'autorisation de mise sur le marché des produits pharmaceutiques et l'évolution des procédures européennes entre innovation et sécurité. Franz Werro enchaîne avec une revue critique de la jurisprudence européenne et suisse en la matière.
- Guillaume Etier et Laurent Tran examinent un sujet controversé, celui de l'exclusion de responsabilité pour risque de développement, et mettent en lumière les doutes entourant la notion d'état des connaissances scientifiques et techniques, derrière laquelle la faute - ou plutôt l'absence de faute - se tient en embuscade.
- Partant du constat que la plupart des produits commercialisés sont composés de plusieurs produits ou composants, Erdem Büyüksagis et Pranvera Këllezi élucident les questions spécifiques posées par cet état de fait, et font des propositions relatives aux contrats entre producteurs, qui relèvent

¹ ATF 133 III 81 (*cafetière*).

des relations internes susceptibles d'être librement aménagées par les producteurs concernés.

- Blaise Carron et Frédéric Krauskopf exposent le régime de l'écoulement du temps, par la prescription et la péremption, sur les créances en dommages-intérêts fondées sur la LRF en détaillant la situation des diverses catégories de producteurs, notamment ceux d'une partie composante.
- Et, pour terminer, Anne-Christine Fornage se penche sur la question de la surveillance des produits après leur mise sur le marché en partant de l'arrêt *Boston Scientific*² dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le coût de mesures préventives faisait partie du dommage réparable, question controversée à laquelle un tel devoir de surveillance pourrait apporter une réponse adéquate.

S'inscrivant dans la triple mission d'enseignement, de recherche et de service à la Cité, qui incombe à l'Université, la publication de ces contributions permet de partager avec notre public la recherche menée à l'Université en nous assurant que cette recherche conserve son lien avec les besoins de la société.

Nos remerciements chaleureux s'adressent aux conférencières et conférenciers qui ont offert leur réflexion et leur temps au public de notre Journée, et ont ainsi fait progresser le droit de la responsabilité civile. Ils vont aussi à Arnaud Campi, docteur en droit et assistant post-doctorant, qui s'est chargé de la relecture des contributions et a assuré la coordination des travaux d'édition avec sa conscience habituelle.

Janvier 2018

CHRISTINE CHAPPUIS

BÉNÉDICT WINIGER

² CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific*).

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

Liste des auteurs

ERDEM BÜYÜKSAGIS	Professeur, Chercheur invité (Fulbright Visiting Scholar) à l'Université Stanford (USA)
BLAISE CARRON	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
STÉPHANIE DAGRON	Professeure à la Faculté de droit et au Global Studies Institute de l'Université de Genève
GUILLAUME ETIER	Docteur en droit, avocat, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève
ANNE-CHRISTINE FORNAGE	Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
PRANVERA KËLLEZI	Docteure en droit, avocate
FRÉDÉRIC KRAUSKOPF	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Berne
SYLVAIN MARCHAND	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
LAURENT TRAN	Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève
SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE	Docteure en droit, Juge au Tribunal civil
FRANZ WERRO	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, Washington D.C.

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.	Domage 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 édiliciennes¹. 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 suisse².

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 impératif³. 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

¹ 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.

² 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.

³ 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 soi⁴.

Ces moyens de droit ne peuvent être exercés par l'acheteur que contre le détaillant auprès duquel il a acquis le produit⁵. 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 fabricant⁶. 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 consommateur⁷. 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

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

⁵ 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^e éd., art. 1 N 40 ss ; SCHWIZER, *Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen*, 2016, p. 90, N 197.

⁶ 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.

⁷ 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,⁸ et répond à des conditions de droit applicable⁹, de for¹⁰, et de prescription¹¹ 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 employé¹². 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 production¹³.

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 entrant en vigueur

⁸ Art. 41 CO.

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

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

¹¹ Art. 60 CO.

¹² Art. 55 CO ; TF, 28.01.2014, 4A_416/2013, cons. 2 et 5.2 sur la preuve libératoire du comportement de substitution licite.

¹³ 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 européenne¹⁴. 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 première¹⁵. 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 réparables¹⁶. Cette condition rattache la Directive à la protection des consommateurs, pour laquelle l'Union européenne jouit d'une pleine compétence¹⁷. 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 satisfaisantes¹⁸.

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

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

¹⁵ Art. 3 de la Directive 85/374.

¹⁶ 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.

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

¹⁸ 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'adhésion¹⁹. 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 1993²⁰.

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 sol²¹. La brèche fut colmatée en 1999, avec une nouvelle Directive 99/34²² qui intégra ces produits dans le champ d'application de la responsabilité du fait des produits²³.

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 produits²⁴. 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'élevage²⁵. La législation suisse retrouva son euro-compatibilité.

¹⁹ 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.

²⁰ RS 221.112.944.

²¹ 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* ».

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

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

²⁴ 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.

²⁵ 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 européennes²⁶. 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 produits²⁷ 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 produit²⁸.

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 évaluation²⁹.

²⁶ 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. »

²⁷ RS 930.11.

²⁸ 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.

²⁹ 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 contractuelle³⁰. 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 satisfaisant³¹.

Lorsque le défaut est un défaut de conception et non de fabrication³², 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 produit³³.

Lorsque le consommateur bénéficie d'une garantie du fabricant³⁴, 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.

³⁰ 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.

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

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

³³ HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 13 et 14.

³⁴ 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 développement³⁵. 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 CO³⁶. 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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 délictuelle³⁷. 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)³⁸. 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 produit³⁹.

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)⁴⁰.

³⁷ ATF 134 III 80.

³⁸ Art. 129 LDIP.

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

⁴⁰ 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)⁴¹. 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-saxons⁴². 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 volonté⁴³. 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 concurrence⁴⁴. 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 :

⁴¹ Infra N V.

⁴² 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.

⁴³ Art. 135 al. 1 let. b *in fine* LDIP.

⁴⁴ 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'applique⁴⁵.
2. Si le consommateur est domicilié au lieu où le produit a été commercialisé, le droit du pays du domicile du consommateur s'applique⁴⁶.
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 acheté⁴⁷.
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 Etat⁴⁸.

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.

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

⁴⁶ Art. 5 par. 1 let. a du Règlement Rome II.

⁴⁷ Art. 5 par. 1 let. b du Règlement Rome II.

⁴⁸ 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 LDIP⁴⁹ repris par la disposition spéciale en matière de responsabilité du fait des produits dans le Règlement de Rome II⁵⁰, 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 consommateur⁵¹.

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 LDIP⁵². 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)⁵³.

⁴⁹ Art. 15 LDIP.

⁵⁰ Art. 5 par. 2 du Règlement Rome II.

⁵¹ Art. 120 LDIP ; art. 6 du Règlement Rome I.

⁵² 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.

⁵³ 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 distribution⁵⁴.

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-responsables⁵⁵.

b. La notion de producteur

Le producteur est avant tout le fabricant réel d'un produit⁵⁶, 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 réel⁵⁷. Le fait que le consommateur connaisse le fabricant réel n'exclut pas une action contre le fabricant apparent⁵⁸. 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

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

⁵⁵ 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.

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

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

⁵⁸ HUGUENIN, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2 Aufl. 2014 N 2100.

avec le fabricant réel ou le fabricant apparent⁵⁹. 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 défectueuse⁶⁰. Une solution à ce problème peut se trouver à l'article 5 al. 1 let. b LRFP⁶¹ : 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 apparents⁶². 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-

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

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

⁶² 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 européen⁶³.

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 producteur⁶⁴. 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 consommateur⁶⁵. Cela comprend également la mise à disposition du produit dans le cadre d'un contrat de leasing ou de bail⁶⁶. La doctrine pose en général la condition de l'activité professionnelle du fournisseur⁶⁷, 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 impératif⁶⁸. Le fournisseur, en concours avec le producteur, assume également dans ce cas des obligations administratives découlant de la loi fédérale sur la sécurité des produits⁶⁹.

⁶³ 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.

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

⁶⁵ HUGUENIN, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2014, N 2102.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ FELLMANN, Basler Kommentar, Basler Kommentar, PrHG Art. 2, N 16.

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

⁶⁹ 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 vente⁷⁰ : 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 efficace⁷¹. 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 objectives⁷², mais en particulier : la présentation du produit, l'usage qui peut en être raisonnablement attendu, et sa date de mise en circulation⁷³.

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

⁷¹ ATF 139 II 534.

⁷² 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.

⁷³ 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 produit⁷⁴ ; 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 professionnels⁷⁵.

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 produit⁷⁶.

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* »⁷⁷, 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 marché⁷⁸. 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.

⁷⁴ HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 96.

⁷⁵ VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, N 374.

⁷⁶ HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, 94.

⁷⁷ ATF 137 III 226.

⁷⁸ 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 autant⁷⁹.

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 produits⁸⁰, 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 défaut⁸¹.

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

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

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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 produit⁸². 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.⁸³

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.

⁸² ATF 133 III 81 ; également RJN 2010, p. 266.

⁸³ PALAST, *Le pique-nique des vautours*, Denoël, 2013, p. 240.

Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits

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

SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE*

Table des matières

I.	Cadre général.....	32
II.	Le dommage au sens de la LRFP	33
	A. Notion de dommage	33
	B. Dommage réparable : les limites de l'art. 1 LRFP	36
	1. Atteinte à l'intégrité physique	36
	2. Dommage matériel.....	36
	3. Cas particuliers	40
	4. Exclusion des dommages consécutifs aux accidents nucléaires	41
	C. Montant de l'indemnisation.....	41
	1. Principe	41
	2. Franchise	42
	3. Plafond d'indemnisation	43
III.	La causalité.....	43
	A. Causalité naturelle et adéquate	43
	B. Facteurs interruptifs de causalité	44
IV.	Fardeau de la preuve	45
V.	La théorie de la perte d'une chance	46
	A. La perte d'une chance appliquée à la responsabilité du fait des produits	46
	B. La perte d'une chance en tant que dommage	48
	C. Problématique au regard du droit suisse	49
	D. Critique de la théorie de la perte d'une chance	51

* Docteure en droit, Juge au Tribunal civil.

E. Droit comparé.....	52
VI. Conclusion.....	54
VII. Bibliographie.....	56

I. Cadre général

Le dommage et la causalité représentent deux conditions fondamentales de la responsabilité civile. En matière de responsabilité du fait des produits, un lésé peut obtenir réparation du préjudice qu'il a subi en raison d'un défaut présent dans un produit, s'il existe un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité – en l'occurrence le produit défectueux- et le dommage.

Ces deux conditions – dommage et causalité - constituent souvent en pratique un obstacle problématique pour le lésé qui souhaite être indemnisé, puisque la preuve de leur réalisation lui incombe.

Bien qu'inspirée de la directive communautaire 85/374/CEE¹, la loi suisse sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)² présente des caractéristiques propres en relation avec ces deux conditions. C'est la raison pour laquelle nous aborderons ce sujet dans une perspective à la fois helvétique et européenne, afin d'identifier les similitudes et éventuelles divergences prévalant entre ces deux systèmes.

Nous profiterons de cette présentation pour explorer, aux confins du droit actuel, ce que la théorie de la perte d'une chance pourrait apporter au domaine étudié, notamment en relation avec les difficultés liées au fardeau de la preuve évoquées précédemment. Bien que cette théorie ne trouve pour l'heure pas application dans notre pays, les principes développés depuis plus d'un siècle en France ainsi que dans d'autres pays peuvent apporter un éclairage nouveau en matière de responsabilité civile et venir au secours d'un lésé bien souvent entravé dans la mise en œuvre de ses droits.

¹ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210, 7.8.1985, p. 29-33.

² Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP) du 18 juin 1993 (RS 221.112.994).

II. Le dommage au sens de la LRFP

A. Notion de dommage

La LRFP pas plus que la directive européenne ne définissent la notion de dommage, alors que d'autres termes, tels que le produit, le producteur ou le produit défectueux, font l'objet de descriptions détaillées. La loi suisse reprend de la directive communautaire les deux catégories de dommage contenues à son article 9, soit le dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles (dommage corporel) et celui causé à une chose ou la destruction d'une chose (dommage matériel), sans étayer plus avant ces notions.

Cette approche n'est en soi pas surprenante dès lors que, faut-il le rappeler, le Code des obligations ne donne lui-même aucune définition générale du dommage à son article 41 CO, se bornant à disposer que « *celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer* ». C'est ainsi par la voie jurisprudentielle, au travers de l'interprétation faite par les tribunaux, que les contours de la notion de préjudice ont été circonscrits en droit suisse et des classifications établies.

Il n'était dès lors pas nécessaire d'intégrer à la LRFP une définition spécifique du dommage, ce d'autant plus que la loi comporte à son article 11 un renvoi général aux règles du Code des obligations. C'est alors la notion de dommage telle que définie par le Tribunal fédéral qui prévaut ici.

Cette approche rejoint celle du droit communautaire puisque, comme l'a relevé la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), il appartient aux Etats membres de définir le contenu précis de la notion de dommage résultant de la directive, qu'il soit corporel ou matériel³. Il découle cependant de la liberté laissée sur ce point aux Etats membres que ceux-ci doivent prévoir un dédommagement adéquat et intégral des victimes d'un produit défectueux pour ces deux catégories de dommage, ce afin de ne pas porter atteinte à l'effet utile de la directive⁴.

En droit suisse, le dommage se définit donc selon les règles habituelles du droit des obligations, c'est-à-dire comme une diminution involontaire de la fortune nette du lésé. Il s'agit alors de comparer deux situations, soit l'état actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce patrimoine aurait atteint si

³ Arrêt de la CJCE du 10 mai 2001, *Veefald c. Arhus Amtskommune*, affaire C-203/99, Rec. 2001 I-3569, point 25 : « contrairement aux termes produit, producteur et produit défectueux pour lesquels la directive donne une définition explicite (...) le terme dommage n'est pas défini dans la directive ».

⁴ *Idem*, point 27.

l'événement dommageable ne s'était pas produit⁵. Il s'agit là des principes fondant la théorie de la différence applicable depuis longtemps dans notre ordre juridique⁶. Le dommage se définit donc comme une diminution du patrimoine de la victime, résultant d'un fait générateur de responsabilité et devant impérativement être de nature économique⁷.

Etant donné le renvoi aux règles générales du Code des obligations, on appliquera à la LRFP les classifications habituelles des différents types de préjudice posés par la jurisprudence. Le dommage peut ainsi se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif⁸. L'on reconnaît à travers ces définitions la distinction prévalant entre la perte éprouvée (diminution de la fortune nette pour les deux premières hypothèses) et le gain manqué (non augmentation de la fortune nette pour les deux secondes)⁹.

Par ailleurs, par le biais de l'article 11 LRFP, le lésé au sens de la LRFP peut obtenir réparation d'un éventuel tort moral en application des articles 47 et 49 CO¹⁰. Le tort moral se définit comme des souffrances psychiques ressenties par une victime après une atteinte à sa personnalité, en cas de lésions corporelles ou de mort d'homme¹¹. La réparation prévue par la loi vise à compenser les souffrances de la victime ou de ses proches.

Le législateur européen n'a pas souhaité obliger les Etats membres à prévoir la réparation de ce dommage qualifié d'immatériel¹² et leur a laissé le soin de régler au niveau national la question de sa prise en charge (art. 9 directive 85/374/CEE dernier paragraphe). Ce choix délibéré du législateur communautaire fait l'objet de critiques récurrentes en ce sens qu'une victime de lésions corporelles verra souvent un plus grand intérêt à se voir indemniser pour la souffrance endurée plutôt que pour les soins déboursés¹³. La Commission s'est penchée sur la question de savoir si la directive devait être modifiée sur ce point. Ayant cependant constaté que les droits nationaux incluaient sous différentes formes la réparation du préjudice immatériel, la Commission a re-

⁵ ATF 133 III 462 c. 4.4.2.; ATF 132 III 359 c. 4; ATF 129 III 331 c. 2.1 et les arrêts cités.

⁶ ATF 64 II 137, JdT 1938 I 621.

⁷ CHAPPUIS B., p. 180; WERRO (2012), Art. 41 N. 7.

⁸ ATF 132 III 359 c. 4; ATF 128 III 22 c. 2e/aa; ATF 127 III 543 c. 2b p. 546.

⁹ ATF 133 III 462 c. 4.4.2. et références citées. WERRO (2012), Art. 41 N. 12

¹⁰ Le message du Conseil fédéral renvoie expressément aux articles 47 et 49 CO par le biais de l'article 11 LRFP en précisant que la faute n'est pas une condition de responsabilité. La réparation s'inscrit donc aux conditions de la LRFP.

¹¹ WERRO (2012), Art. 41 N. 8 ; CHAPPUIS C., p. 14 ss.

¹² En effet, au moment de l'adoption de la directive, certains pays comme l'Allemagne ne prévoyaient pas la réparation du tort moral en cas de responsabilité sans faute, raison pour laquelle sa prise en charge n'a pas été imposée aux Etats membres. BORGHETTI, p. 317 ss.

¹³ MICKLITZ, p. 271.

noncé à l'imposer aux Etats membres par le biais d'une disposition communautaire¹⁴.

Le renvoi de l'article 11 LRFP permettra encore à la victime de prétendre, en droit suisse, à la réparation des différents types de dommage communément admis, comme l'atteinte à l'avenir économique¹⁵, la perte de soutien¹⁶ ou le dommage ménager¹⁷, à l'exclusion de ceux qui ne sont à ce jour pas reconnus par notre Haute Cour, parmi lesquels il convient de nommer le dommage de frustration¹⁸. Ainsi, le touriste qui voit ses vacances gâchées en raison d'un dommage causé à sa personne par un produit défectueux (par exemple en raison d'une infection contractée à la suite de l'absorption d'un aliment contaminé) ne saurait à ce jour être indemnisé, les principes dégagés par la jurisprudence *Leitner* en matière de voyages à forfait ne pouvant être transposés *mutatis mutandis* au domaine de la responsabilité du fait des produits¹⁹. Le dommage de frustration résulte dans cette hypothèse d'une dépense engagée inutilement, dès lors que le lésé n'a pas pu profiter de ses vacances. Or, en Suisse, le Tribunal fédéral a, jusqu'à ce jour, clairement exclu toute indemnisation pour ce type de dommage²⁰. S'il devait néanmoins revoir sa position en matière de voyages à forfait²¹, pour suivre la jurisprudence communautaire, se poserait alors la question de savoir si, pour des raisons d'égalité de traitement, le dommage de frustration devrait être reconnu dans son principe de manière

¹⁴ Rapport de la Commission concernant la mise en œuvre de la directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, COM(2000) 893 final, point 3.2.9.

¹⁵ Article 46 alinéa 1 CO. Arrêt du TF 4C.252/2003 du 23 décembre 2003; ATF 129 III 135 c. 2.2

¹⁶ Article 45 alinéa 3 CO. Arrêt du TF 4C.195/2001 du 1er mars 2002; ATF 127 III 403; ATF 81 II 38.

¹⁷ Article 46 alinéa 1 CO. ATF 129 III 135, c. 2.2.

¹⁸ Sur les dommages non réparables en droit suisse, voir CHAPPUIS B., p. 166 ss.

¹⁹ La question de la couverture de ce dommage tant en droit communautaire qu'en droit suisse méritait d'être posée, dès lors que dans son arrêt du 12 mars 2002, *Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG.*, affaire C-168/00, Rec. 2002 I-2631, la CJUE a jugé que le préjudice causé par la perte de l'agrément des vacances constituait un type de préjudice moral couvert dans son principe par la directive 90/314/CEE sur les voyages, vacances et circuits à forfait, la seule réserve étant celle prévue à son paragraphe 2, quatrième alinéa (soit la faculté pour les Etats membres d'admettre que, pour ce qui concerne les dommages autres que les dommages corporels, le dédommagement soit limité en vertu du contrat à condition que cette limitation ne soit pas déraisonnable). Or, contrairement à la directive 90/314/CEE, la directive 85/374/CEE laisse aux Etats membres le soin de prévoir ou non une indemnisation pour tort moral, de sorte qu'il ne saurait y avoir une distorsion de concurrence à laquelle il conviendrait de remédier si la réparation de ce type de dommage venait à être exclue par un droit national. C'est d'ailleurs ce que souligne l'avocat général M. Antonio TIZZANO dans ses conclusions présentées le 20 septembre 2001 dans l'affaire *Leitner* susmentionnée.

²⁰ ATF 115 II 474 c. 3, JdT 1990 I 216; ATF 126 III 388, c. 11a; arrêt du TF 4C.317/2002 du 20 février 2004, c. 5.2. Pour les mêmes motifs (cf. note 19), la prise en compte des principes de l'arrêt *Leitner* dans notre droit ne se pose qu'en matière de voyages à forfait. Autre est la question de savoir si, une fois admis dans un domaine, un nouveau type de dommage doit être généralement reconnu dans les autres domaines.

²¹ La Cour de justice du Canton de Genève a d'ailleurs reconnu, en dérogeant à la jurisprudence du Tribunal fédéral et en se référant à celle de la CJUE, un droit à un tort moral spécifique, fondé sur les vacances gâchées. Voir à ce sujet CHAIX, p. 416 ss; CHAPPUIS B., p. 199-200.

générale par notre droit²². La question ne se limiterait dès lors pas au domaine de la responsabilité du fait des produits, mais se poserait de manière globale.

B. Dommage réparable : les limites de l'art. 1 LRFP

L'article 1 LRFP pose certaines limites au dommage réparable calquées sur le droit communautaire (article 9 directive 85/374/CEE).

1. Atteinte à l'intégrité physique

Le producteur répond en premier lieu de toute atteinte à l'intégrité physique, à savoir de tout dommage résultant de lésions corporelles ou de la mort. On retrouve ici l'approche habituelle du droit des obligations sans limite spécifique, incluant notamment la réparation en droit suisse des frais entraînés par le décès, du dommage survenu entre l'atteinte et le décès, de la perte de soutien (45 CO), des frais de traitement médical, d'hospitalisation, du dommage consécutif à une incapacité de travail ainsi qu'à l'atteinte à l'avenir économique²³.

Il est dans cette hypothèse sans importance de savoir si le produit a été utilisé dans le cadre d'une activité privée ou professionnelle²⁴.

Ainsi, l'avocat qui subit des brûlures au visage suite à l'explosion de la batterie de son téléphone portable pourra se faire indemniser pour les frais liés à ce dommage corporel, même si l'appareil est utilisé dans un cadre professionnel.

De ce point de vue, la loi ne vise pas uniquement à protéger les consommateurs privés, mais a une portée plus large de protection de l'intégrité physique de toute personne, professionnelle ou privée²⁵.

2. Dommage matériel

S'agissant des dommages matériels, à savoir la perte patrimoniale découlant de la destruction d'une chose, de son endommagement ou de sa dépréciation, la loi suisse comme le texte communautaire pose, du point de vue du dommage réparable, un certain nombre de restrictions.

a. Dommage consécutif au défaut

Il faut en premier lieu souligner que le producteur ne répond pas du dommage causé au produit défectueux lui-même (article 1 alinéa 2 LRFP²⁶/article 9 pa-

²² En ce sens, WERRO (2012), Art. 41 N. 25.

²³ WERRO (2012), Art. 45 N. 1 ss, Art. 46 N. 1 ss.

²⁴ Voir notamment l'ATF 137 III 226, c. 2.3. MARCHAND, p. 107.

²⁵ WERRO/CHAULMONTET, p. 416.

ragraphe 1 lettre b directive 85/374/CEE²⁷). La LRFP vise ainsi le dommage consécutif au défaut, c'est-à-dire celui qui trouve sa cause dans le défaut de la chose mais qui ne se confond pas avec celui-ci. Il se développe en dehors du produit défectueux et touche d'autres éléments du patrimoine du lésé. Il n'y a donc pas réparation pour la moins-value due au défaut²⁸.

L'avocat de l'exemple précédent ne pourra ainsi pas être remboursé sur la base de la LRFP pour le dommage causé à son téléphone.

Pour être indemnisé pour ce dommage, le lésé devra invoquer soit les droits contractuels découlant de la vente, soit ceux découlant d'une garantie plus étendue du fabricant²⁹, le but de la loi n'étant pas d'étendre la responsabilité du producteur au produit défectueux lui-même.

De ce point de vue, il convient de souligner le fait que les articles 197 ss CO concernant les garanties en matière de vente sont de droit dispositif³⁰, de sorte que les parties peuvent y déroger contractuellement, alors qu'en droit européen, la directive 99/44/CE harmonise le domaine de la garantie des biens de consommation, rendant cette protection impérative³¹. Il en résulte inévitablement une différence dans la protection accordée aux consommateurs helvétiques et européens dans ces domaines. Seule une intervention du législateur suisse pourrait cependant combler cette disparité³².

Notons enfin que la notion de dommage consécutif au défaut inclut intrinsèquement un élément de causalité, sur lequel nous reviendrons ultérieurement.

²⁶ « Il ne répond pas du dommage causé au produit défectueux ».

²⁷ « Le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose autre que le produit défectueux lui-même (...) ».

²⁸ CARRON/FEROLLES, p. 112, 145.

²⁹ Contrat qualifié par le Tribunal fédéral de *sui generis*, contrat unilatéral accepté tacitement par le consommateur (ATF 134 III 218).

³⁰ ATF 126 III 59, JdT 2001 I 144; VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. art.197-210 N 8 et 30.

³¹ Directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO L 171 du 7.7.1999, p. 12-16, modifiée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JO L 304 du 22.11.2011, p. 64-88.

³² Le législateur suisse n'ayant pas repris la directive communautaire 99/44/CE dans notre ordre juridique, l'on ne saurait en déduire une lacune du droit et conférer par ce biais - afin de respecter le système prévalant dans l'Union européenne - un caractère impératif aux articles 197 ss CO lorsque ces dispositions viennent à trouver application par renvoi de la LRFP. Le droit suisse accorde certes une protection moins étendue aux consommateurs de ce point de vue, mais seule une adaptation législative pourrait contribuer à le mettre à niveau.

b. *Usage privé*

Une autre limite posée par les articles 1 alinéa 1 lettre b LRFP et 9 paragraphe 1 lettre b de la directive concerne l'usage privé ou professionnel du bien abîmé. Le dommage matériel n'est en effet réparable que si la chose endommagée est destinée habituellement à un usage ou à la consommation privés et qu'elle a été principalement utilisée à des fins privées par la victime. C'est ainsi la chose endommagée et non la chose défectueuse qui est soumise à la restriction d'un usage personnel ou familial. Dès lors, l'usage qui est fait de la chose défectueuse n'est jamais pertinent, quel que soit le dommage invoqué.

Dans l'exemple exposé précédemment, il est sans importance de savoir si le téléphone défectueux est utilisé dans le cadre d'une activité privée ou professionnelle. Ce qui importe, c'est de connaître l'usage fait des biens endommagés. Ainsi, si le téléphone, en s'enflammant, endommage le bureau sur lequel il est posé, le dommage causé au mobilier de l'étude ne sera pas réparable au sens de la LRFP, alors que s'il abîme une table au domicile de l'avocat, une indemnisation sera due.

Les dommages causés aux biens professionnels ne pourront être réparés en Suisse que selon le droit commun³³, puisque la LRFP exclut explicitement ce type de dommage.

Au niveau communautaire s'est posée la question de savoir si les dommages causés aux biens utilisés à titre professionnel pouvaient être indemnisés, autrement dit si un Etat membre pouvait ne pas établir de discrimination en fonction des biens visés. Cette question préjudicielle, posée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française en 2005, a donné lieu à une interprétation de la CJUE dans l'arrêt *Moteurs Leroy Somer*³⁴. Des dommages avaient été causés suite à un incendie déclenché par un groupe électrogène défectueux dans un hôpital de Lyon, et l'assurance de l'hôpital se retournait contre le producteur en demandant le remboursement des dommages matériels pris en charge. La question était de savoir si, en définitive, un Etat pouvait prévoir un système d'indemnisation similaire à celui prévu par la directive (responsabilité sans faute soumise à la preuve par le lésé du dommage, du défaut et du lien de causalité) pour des atteintes portées à des choses destinées à un usage professionnel et utilisées pour cet usage.

Après avoir confirmé que la directive prévoyait une harmonisation totale de la matière pour les points réglementés³⁵, la CJUE a rappelé que la directive

³³ WERRO/CHAUMONTET, p. 416.

³⁴ Arrêt du 4 juin 2009, *Moteurs Leroy Somer contre Dalkia France et Ace Europe*, Affaire C-285/08, Rec. 2009 I-4733.

³⁵ Confirmé dans l'arrêt du 21 décembre 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutruieux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, affaire C-495/10, Rec. I-14174.

n'avait pas vocation à harmoniser de manière exhaustive le domaine de la responsabilité du fait des produits au-delà de ces points. Il s'agissait en définitive d'une harmonisation totale mais non exhaustive, de sorte que les Etats pouvaient prévoir un système d'indemnisation identique à celui de la directive pour les dommages causés aux biens à usage professionnel, lesquels sortaient du champ d'application de la directive.

On peut se demander si la distinction entre usage privé et professionnel est réellement justifiée³⁶. La principale raison de cette différenciation réside dans le fait que cette législation a essentiellement pour but de protéger les consommateurs privés. Les professionnels eux bénéficient souvent d'une assurance professionnelle plus étendue, susceptible de couvrir ces dommages, et peuvent plus facilement se retourner contre le vendeur sur une base contractuelle³⁷. Elle se justifie aussi par la limitation des compétences du législateur européen en matière d'harmonisation s'agissant de la protection des consommateurs.

Néanmoins, l'exclusion des biens à usage professionnel du champ d'application de la directive peut s'avérer problématique lorsqu'un Etat prévoit au niveau national un système d'indemnisation plus étendu que celui prévalant en droit communautaire puisque, dans ce cas, les consommateurs privés seraient moins bien protégés que les professionnels³⁸.

Cette question ne se pose cependant pas en Suisse puisque le législateur a limité la responsabilité du fait des produits aux biens à usage privé. Il n'en demeure pas moins que la Suisse pourrait prévoir la réparation des dommages causés aux choses destinées à un usage professionnel tout en restant eurocompatible.

c. *Usage mixte*

Il peut s'avérer difficile, dans certaines situations, de déterminer si le bien endommagé est destiné à un usage privé ou professionnel, lorsque l'objet est notamment utilisé dans les deux situations.

Tel serait le cas si le téléphone defectueux endommage l'ordinateur portable à côté duquel il est posé et que le laptop est utilisé par son détenteur aussi bien dans un cadre professionnel que privé.

Dans ce cas, il faut admettre que sera déterminant l'usage prépondérant qui en est fait.

³⁶ WERRO/CHAUMONTET, p. 417; MARCHAND, p. 108.

³⁷ Cf. Rapport de la Commission (note 14), point 3.2.9.

³⁸ Voir à ce sujet BORGHETTI, p. 323.

3. Cas particuliers

a. *Dommege mat6riel ou corporel*: : l'arr6t *Veedfald*³⁹

La distinction en dommege corporel et dommege mat6riel peut parfois poser probl6me, comme cela a 6t6 le cas dans l'affaire danoise *Veedfald*, soumise 6 l'interpr6tation de la CJUE.

Dans cette cause, M. Veedfald 6tait hospitalis6 dans l'attente d'une transplantation d'un rein. Pour conserver le rein avant l'op6ration, l'h6pital avait utilis6 un produit 6labor6 par un laboratoire financ6 comme lui par des fonds publics, les deux entit6s relevant de la m6me commune. Or, le produit utilis6 s'6tait av6r6 d6fectueux et avait endommag6 le rein avant sa transplantation, de sorte que la greffe n'avait pas pu avoir lieu.

Une des questions pos6e 6 la CJUE 6tait de savoir si la perte du rein constituait un dommege corporel ou un dommege mat6riel, la distinction pouvant s'av6rer importante du point de vue de la franchise applicable. La question 6tait l6gitime car M. Veedfald n'avait en effet pas subi d'atteinte 6 son int6grit6 corporelle puisque le rein, au moment o6 le dommege s'est produit, n'6tait pas encore rattach6 6 son corps. D'un autre c6t6, une atteinte 6 ses biens ne semblait pas non plus apporter de r6ponse appropri6e, M. Veedfald ne pouvant 6tre consid6r6 comme le propri6taire de l'organe avant sa transplantation⁴⁰.

La Cour ne r6pond pas 6 la question de mani6re pr6cise. Il r6sulte de ses consid6rations qu'un d6dommagement ad6quat doit dans tous les cas 6tre pr6vu par les l6gislations nationales, le simple fait que la nature du dommege soit difficile 6 trancher ne justifiant pas qu'un Etat puisse limiter la r6paration due.

Autrement dit, la directive ne pr6sente pas de lacune et un Etat ne peut limiter l'indemnisation du seul fait que le dommege encouru n'entre pas clairement dans l'une des deux cat6gories fix6es par la directive. Seule la r6paration du dommege immat6riel reste ainsi du ressort exclusif des Etats.

Une question subsiste cependant quant 6 la nature exacte du dommege subi. Le patient n'aurait-il pas ici perdu une chance de gu6rir⁴¹ ?

³⁹ Arr6t du 10 mai 2001, *Veedfald c. Arhus Amtskommune*, affaire C-203/99, Rec. 2001 I-3569. Voir 6 ce sujet WERRO (2004), p. 45 ss.

⁴⁰ Voir 6 ce sujet: BORGHETTI, p. 320.

⁴¹ Voir infra V.

b. *L'indemnisation des mesures préventives: l'arrêt Boston Scientific*⁴²

Cet arrêt de la CJUE soulève des questions intéressantes sur la notion de dommage réparable au sens de la directive 85/374/CEE. Il s'agit ici de savoir s'il convient d'attendre la survenance du dommage pour obtenir réparation ou si les coûts résultant du remplacement du produit défectueux avant la survenance du dommage peuvent aussi être mis à la charge du producteur⁴³.

Dans cet arrêt, la CJUE admet l'indemnisation de mesures préventives prises pour éviter la survenance d'un dommage corporel, permettant ainsi au lésé d'obtenir non pas la réparation du dommage consécutif au défaut, mais des frais de remplacement du produit (en l'occurrence un stimulateur cardiaque) potentiellement défaillant. Elle accorde à la notion de dommage corporel une interprétation large, incluant les débours pour des mesures préventives, lorsque celles-ci s'avèrent nécessaires et proportionnées. Il doit pour cela exister un lien de causalité entre la mesure prise et l'élimination du risque.

Dans cette cause, la position de la CJUE se justifie au regard des intérêts protégés et de l'attente élevée des utilisateurs de stimulateurs cardiaques en matière de sécurité. Cette approche se justifie au regard du cas particulier, mais ne saurait être transposable de manière générale⁴⁴.

4. Exclusion des dommages consécutifs aux accidents nucléaires

L'exclusion des dommages consécutifs aux accidents nucléaires qui sont couverts par une loi spécifique⁴⁵ résulte des articles 11 al. 3 LRFP et 14 de la directive 85/374.

C. Montant de l'indemnisation

1. Principe

Le calcul du dommage et le montant de l'indemnisation relèvent des dispositions générales du Code des obligations par renvoi de l'article 11 LRFP. Les articles 43 ss CO trouvent donc application⁴⁶.

⁴² Arrêt de la CJUE du 5 mars 2015, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH contre AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse et Betriebskrankenkasse RWE*, affaires jointes C-503/13 et C-504/13, rec. numérique.

⁴³ Pour une présentation du cas: WERRO/TOLOU, p. 261 ss.

⁴⁴ Pour une analyse détaillée de l'arrêt, voir la contribution de Franz WERRO dans le présent ouvrage.

⁴⁵ En Suisse, la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN), RS 732.44.

⁴⁶ WERRO/CHAUMONTET, p. 416.

En droit européen, il est admis que le calcul du dommage relève exclusivement du droit des Etats membres. La limite posée réside dans le fait que les Etats membres doivent prévoir une réparation appropriée pour ne pas vider la directive de son sens⁴⁷. Ceci s'applique au dommage matériel et corporel, à l'exclusion du dommage immatériel, puisque sa réparation dépend exclusivement des dispositions du droit national.

2. Franchise

L'art. 6 al. 1 LRFP fixe une franchise de CHF 900.- qui doit être supportée par le lésé, ce uniquement en cas de dommage matériel. Elle ne s'applique qu'une seule fois par accident et par victime, quand bien même plusieurs choses auraient été endommagées⁴⁸.

Le but de cette franchise est avant tout d'éviter d'engorger les tribunaux avec des cas bagatelle⁴⁹, le droit commun assurant une protection suffisante pour les dommages de peu d'importance.

La notion même de franchise est ambiguë tant en droit européen qu'en droit suisse. Le montant de la franchise doit-il être déduit de l'indemnité en cas de dommage supérieur au montant prévu (la victime supportant dans tous les cas les CHF 900.- premiers francs) ou le dommage devient-il intégralement réparable lorsque son montant dépasse la franchise ? La question est controversée en droit suisse⁵⁰.

Si l'on retient la deuxième hypothèse, cela signifie que la loi exclut de son champ d'application les dommages inférieurs à CHF 900.-, mais qu'elle les réintègre en cas de dépassement de la franchise.

A notre avis, l'article 6 LRFP doit être interprété comme imposant une véritable franchise, les CHF 900.- premiers francs demeurant toujours à la charge du lésé⁵¹. Cette question est également controversée en droit européen, bien qu'une tendance se dessine en faveur d'une déduction systématique de la franchise⁵².

Le principe de cette franchise est régulièrement remis en cause par les Etats membres de l'Union européenne⁵³. La CJUE a précisé dans différents arrêts

⁴⁷ Arrêt *Veefald* susmentionné, note 3.

⁴⁸ Message du Conseil fédéral, FF 1992 V 421; CARRON/FEROLLES, p. 146.

⁴⁹ Directive 85/374, neuvième considérant.

⁵⁰ WERRO/CHAULMONTET, p. 417.

⁵¹ Comme le laisse entendre le Conseil fédéral dans son message, FF 1992 V 421.

⁵² Rapport de la Commission (note 14).

⁵³ Rapport de la Commission (note 14).

que les Etats membres ne pouvaient s'écarter du montant de EUR 500.- prévu à l'article 9 paragraphe 1 lettre b de la directive, comme le préoyaient notamment les législations grecque et française⁵⁴. La directive harmonisant totalement le droit sur ce point, tant le principe que le montant de cette franchise doivent être respectés. Il n'en demeure pas moins que certains Etats membres plus récemment arrivés dans l'Union européenne jugent ce montant de EUR 500.- trop élevé et réclament la possibilité de l'adapter aux prix pratiqués sur leur territoire, voire de supprimer toute franchise⁵⁵.

3. Plafond d'indemnisation

La directive communautaire réserve par son article 16 aux Etats membres qui le souhaitent la possibilité de prévoir un plafonnement de l'indemnisation à EUR 70 millions pour les dommages résultant de la mort ou de lésions corporelles. Cette faculté ne vise que les accidents en série, c'est-à-dire les dommages causés à des personnes différentes par des articles identiques présentant un même défaut.

Parmi les pays européens connaissant un tel plafonnement, citons l'Allemagne, l'Espagne et le Portugal. La Suisse n'a pas opté pour un tel système.

III. La causalité

A. Causalité naturelle et adéquate

La condition de la causalité, comme généralement en matière de responsabilité civile, n'apparaît qu'en filigrane dans le texte : « lorsqu'un produit défectueux *cause* (...) ». Il n'en demeure pas moins que cette condition, essentielle, reste souvent problématique à établir.

Le lien de causalité s'articule entre la défectuosité du produit et le dommage. Le dommage doit apparaître comme la résultante du défaut. L'on retrouve ici la distinction habituelle entre causalité naturelle et causalité adéquate, la première étant réalisée lorsque la défectuosité du produit constitue la condition *sine qua non* du dommage et la seconde étant le fait de savoir si, dans

⁵⁴ Arrêt de la CJUE du 25 avril 2002, affaire C-154/00, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, Rec. 2002 I-3879; arrêt de la CJUE du 25 avril 2002, affaire C-52/00, Commission des Communautés européennes contre République française, Rec. 2002 I-3827.

⁵⁵ Quatrième Rapport de la Commission concernant l'application de la directive 85/374/CEE du 8 septembre 2011, COM(2011) 547 final, point 3.2.

le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, la défectuosité du produit était apte à causer un tel dommage⁵⁶.

L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une question de fait que le juge doit trancher, alors que la causalité adéquate appartient au droit et est soumise à l'appréciation du juge selon l'article 4 CC⁵⁷.

Afin de déterminer l'existence d'un lien de causalité naturelle, le juge pourra, selon la complexité du cas, s'entourer de l'avis d'experts ou recourir aux probabilités statistiques⁵⁸.

B. Facteurs interruptifs de causalité

L'intervention d'un tiers dans la chaîne de causalité n'est pas un facteur susceptible d'interrompre le lien de causalité ou de provoquer une diminution de l'indemnité selon l'article 8 directive 85/374/CEE. La LRFP ne reprend pas cette formulation, mais il faut considérer que dans une approche eurocompatible, ce principe devrait être admis en Suisse⁵⁹.

La faute concurrente de la victime peut en revanche constituer un facteur interruptif de causalité si elle atteint un degré de gravité suffisant, voire de réduction de la responsabilité du producteur (article 8 alinéa 2 directive 85/374/CEE). Même si ce principe n'est pas expressément repris par la LRFP, l'article 44 CO s'applique par renvoi de l'article 11 LRFP⁶⁰.

Dans l'évaluation du degré de gravité de faute de la victime, il faudra néanmoins tenir compte du fait que le producteur doit prévoir les utilisations non conformes mais prévisibles, l'attente de sécurité portant également sur ces points⁶¹. Le producteur part ainsi du principe que le consommateur fera un usage approprié du produit en respectant les instructions, sans perdre de vue que l'usage normal inclut cependant aussi les erreurs de manipulation prévisibles⁶². Ce n'est que si l'utilisation qui en est faite est tellement inattendue (usage abusif) qu'elle ne sera plus couverte par l'attente de sécurité⁶³. Lorsque

⁵⁶ ATF 133 III 462, c. 4.4.2 et références citées. La causalité adéquate est posée comme un filtre pour la chaîne interminable des causes naturelles d'un événement. MÜLLER (2004), p. 147. Elle implique un jugement de probabilités. ATF 101 II 69.

⁵⁷ ATF 133 III 462, c. 4.4.2 et références citées.

⁵⁸ MÜLLER (2004), p. 147.

⁵⁹ MARCHAND, p. 112.

⁶⁰ WERRO (2012), Art. 44 N 12; WERRO/CHAULMONTET, p. 450.

⁶¹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 276.

⁶² ATF 133 III 81 c. 4.2.1.

⁶³ ATF 133 III 81 c. 3.1. : « Un autre critère à appliquer par le juge est celui de l'usage qui peut être raisonnablement attendu du produit (art. 4 al. 1 let. b LRFP). Cette notion recouvre non seulement

la faute concomitante ne concerne pas l'utilisation du produit, mais qu'elle a provoqué le dommage d'une autre manière, la victime doit se laisser opposer sa faute, le défaut n'étant que la cause partielle du dommage⁶⁴.

IV. Fardeau de la preuve

Le lésé est tenu de prouver le défaut, le dommage ainsi que le lien de causalité entre le défaut et le dommage. C'est le principe général de l'article 8 CC qui s'applique à la LRFP, la directive prévoyant expressément à son article 4 qu'il appartient à la victime d'établir ces trois conditions.

Le Tribunal fédéral a cependant assoupli certaines exigences en matière de fardeau de la preuve. Il a ainsi jugé que lorsqu'une preuve stricte de la causalité n'était pas possible, la preuve de l'existence du lien de causalité naturelle pouvait se limiter à la vraisemblance prépondérante (état de nécessité en matière de preuve)⁶⁵, sans qu'il ne s'agisse d'un renversement du fardeau de la preuve au détriment du producteur⁶⁶. On retrouve ici le principe exprimé par l'adage *res ipsa loquitur*, selon lequel les choses parlent d'elles-mêmes⁶⁷.

Au vu des problèmes rencontrés par les lésés dans l'apport de ces preuves, la CJUE a également admis que les droits nationaux pouvaient alléger la charge de la preuve, certains Etats membres étant d'avis qu'une modification de la directive se justifie pour introduire une présomption de responsabilité du producteur ou un mécanisme de renversement de la charge de la preuve⁶⁸. De nombreux droits nationaux prévoient, comme en Suisse, la possibilité de prouver le défaut sur la base d'une vraisemblance ou de probabilités⁶⁹.

l'utilisation conforme au but du produit, mais également un autre usage (" Fehlgebrauch "), avec lequel le producteur doit raisonnablement compter (par exemple, l'emploi d'une chaise comme un escabeau). En revanche, la responsabilité du fait des produits n'entre pas en ligne de compte en cas d'usage abusif (Missbrauch; par exemple, le séchage d'un chien dans un four à micro-ondes) ».

⁶⁴ WERRO/CHAULMONTET, p. 451.

⁶⁵ A l'ATF 133 III 81, c. 4.2.2, il s'agissait d'établir que la victime avait été blessée en raison d'un défaut présent dans le verre de la cafetière, alors que les débris avaient été débarrassés par les invités. Voir également l'arrêt du TF 4D_151/2009 du 15 mars 2010, c. 2.4; ATF 107 II 426; 101 II 133.

⁶⁶ ATF 137 III 226, c. 3.2., ATF 133 III 81, c. 3.2.

⁶⁷ ATF 133 III 81, c. 3.3 : « En soi, le dommage ne prouve pas le défaut du produit (...). Il n'en demeure pas moins que s'il établit que le produit a joué un rôle dans la survenance du dommage, le lésé aura apporté un indice significatif de l'existence d'un défaut, en vertu de l'adage "res ipsa loquitur" (...). Ainsi, une bouteille d'eau minérale gazeuse qui explose ou une voiture dont les freins lâchent sont certainement des produits défectueux ».

⁶⁸ Pour une présentation des solutions nationales, Rapport (note 14); Troisième rapport de la Commission concernant l'application de la directive 85/374/CEE du 14 septembre 2006, COM(2006) 496 final; Quatrième rapport (note 55). MICKLITZ, p. 272.

⁶⁹ Rapport (note 14) point 3.2.1.

En France, dans le cas du sang contaminé, la Cour de Cassation a appliqué une présomption découlant de l'accroissement du risque, le producteur devant prouver qu'il n'est pas à l'origine de la contamination⁷⁰. Ce principe a été concrétisé dans le code de la santé publique (art. 3122-2) et repris dans la loi KOUCHNER de 2002 s'agissant de la transmission de l'hépatite C⁷¹.

Le droit allemand prévoit en matière pharmaceutique certaines dispositions contraignant le producteur à fournir au lésé des documents et des informations afin de faciliter l'apport de la preuve, à défaut de quoi la charge de la preuve peut être inversée⁷².

V. La théorie de la perte d'une chance

A. La perte d'une chance appliquée à la responsabilité du fait des produits

Des règles relatives au fardeau de la preuve découlent le principe du « tout-ou-rien » : soit le lien de causalité naturelle est établi, et la victime bénéficie d'une pleine indemnisation, soit il est incertain, auquel cas rien n'est dû. C'est au caractère arbitraire de ce système que tente de répondre la théorie de la perte d'une chance.

Le Tribunal fédéral s'est penché sur cette théorie dans un arrêt qui a déjà fait l'objet d'analyses détaillées⁷³, mais qui mérite d'être rappelé préalablement⁷⁴. Bien que ne s'inscrivant pas dans le cadre de la responsabilité du fait des produits, les circonstances du cas pourront être facilement transposées dans ce domaine.

Suite à une erreur d'appréciation dans le diagnostic médical et un traitement tardif de la méningite dont il souffrait, un patient a subi des lésions neurologiques et reste atteint de surdité. Bien que la faute du médecin ait été établie, l'expertise judiciaire ordonnée au pénal a exclu un lien de causalité naturelle entre cette faute et l'atteinte à l'intégrité corporelle, dès lors qu'une prise

⁷⁰ Cass. 1ère civ., 7 février 2006 Bull. civ. 2006 I N 61; Cass. 1ère civ., 22 mai 2008 Bull. civ. 2008 I N. 148 et N. 149. La présomption doit cependant pouvoir être qualifiée de grave, précise et concordante Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, Bull. civ. 2009 I N. 141.

⁷¹ Article 102 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (Loi n° 2002-303). Il suffit que le demandeur apporte des éléments permettant de présumer que sa contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang, le défendeur devant alors prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de sa contamination, le doute profitant au demandeur.

⁷² Article 35 de la loi sur la bio-technologie (Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik), BGBl I 1999, 1080.

⁷³ Voir plus particulièrement MÜLLER (2008), p. 55 ss; KADNER GRAZIANO (2008), p. 61 ss.

⁷⁴ ATF 133 III 462.

en charge précoce par l'administration d'antibiotiques n'aurait pu exclure avec certitude les complications neurologiques. Le patient réclamait alors l'octroi de dommages-intérêts non pour les lésions corporelles subies, mais pour la perte de la chance de guérir sans séquelles.

Le Tribunal fédéral, statuant sous l'angle de l'arbitraire, a rejeté dans cet arrêt la possibilité d'indemniser la victime proportionnellement à cette chance perdue⁷⁵.

L'état de fait peut être transposé de la manière suivante en matière de responsabilité du fait des produits: le médecin soigne le patient à temps mais lui administre un antibiotique qui s'avère défectueux et donc moins efficace. Quid si le patient conserve, comme dans l'exemple cité plus haut, des séquelles neurologiques? L'administration d'un traitement adéquat aurait-il pu éviter ces séquelles, ou faut-il considérer que même avec un antibiotique non défectueux, le patient aurait conservé de forts risques de lésions auditives?

En matière de responsabilité du fait des produits, la perte d'une chance équivaut aussi à l'augmentation d'un risque, le risque représentant l'autre face de la chance⁷⁶.

Qu'en est-il, par exemple, si l'administration d'un médicament ou le contact prolongé avec une substance sont soupçonnés d'être à l'origine de l'apparition d'un cancer chez une personne? S'il n'est pas établi que la maladie est à un degré de vraisemblance prépondérante la conséquence de l'utilisation du produit défectueux (les causes pouvant être intrinsèques au lésé), il peut ne pas être non plus exclu que la maladie ait été favorisée ou générée par les substances nocives (augmentation du risque).

Le droit peut offrir trois réponses à ce cas de figure⁷⁷. La première consiste à tenir le producteur pour entièrement responsable, même si le degré de vraisemblance n'est pas prépondérant, de sorte que le professionnel devra une indemnisation totale à la victime. Cette solution heurte le sentiment de justice car il n'est pas suffisamment établi que le cancer soit effectivement en lien avec le produit utilisé. La seconde serait d'exclure toute responsabilité, et donc toute indemnisation, dès lors que le lien de causalité est considéré comme incertain. Le lésé pourra se sentir frustré puisque sa maladie a tout de même pu être favorisée par le produit litigieux. Il y verrait une inaptitude du droit à sanctionner la mise sur le marché de produits néfastes. Enfin, la dernière solution, que consacre la théorie de la perte d'une chance, consiste à condamner le producteur à indemniser la victime à hauteur du pourcentage de

⁷⁵ Sur les arguments développés par le Tribunal fédéral, voir infra C.

⁷⁶ MÜLLER (2002), p. 307; MARCHAND, p. 112.

⁷⁷ MARCHAND, p. 113.

l'augmentation du risque créé (ou de la chance perdue), selon une probabilité établie le plus souvent par expertise ou au moyen de statistiques.

B. La perte d'une chance en tant que dommage

La théorie de la perte d'une chance tend ainsi à privilégier une réparation partielle proportionnée à l'incertitude, ce afin de contrer l'arbitraire du système du « tout ou rien ». Cette approche vise les cas de figure où un fait générateur de responsabilité perturbe un processus incertain susceptible de produire un gain ou d'éviter un préjudice chez la personne concernée⁷⁸.

En matière médicale, la guérison totale d'une personne est aléatoire. Il est donc souvent impossible de prouver le lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité (le médicament défectueux/la mise en contact avec un produit nocif) et le dommage final (atteinte à l'intégrité physique).

Le dommage réparable consiste alors dans la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice. Il correspond ainsi à la probabilité pour le lésé d'obtenir ce profit ou de ne pas subir ce désavantage⁷⁹.

L'application de la théorie de la perte d'une chance ne vise de ce fait pas à remplacer un lien de causalité que l'on n'arrive pas à prouver. Elle n'intervient pas au niveau de la causalité, mais du dommage⁸⁰. Le dommage équivaut à la valeur de la chance perdue. Il s'agit de la valeur de l'enjeu perdu, autrement dit de guérir. Un lien de causalité doit ainsi être établi entre le fait imputable à l'auteur (le médicament défectueux/la mise en contact avec un produit dangereux) et la perte définitive de la chance (perte de la chance de guérir, respectivement l'augmentation du risque de contracter une maladie), par opposition au dommage final, ce même s'il subsiste une incertitude scientifique quant à l'origine exacte de l'atteinte.

En d'autres termes, l'on se trouve face à deux éléments contradictoires : une incertitude et une certitude. Il n'est pas certain que le produit défectueux soit à l'origine du dommage final, mais il est certain qu'il a augmenté les risques que le dommage se produise. La certitude doit viser l'existence d'une chance que le produit défectueux a fait perdre. La chance doit avoir existé et avoir été perdue, avec certitude.

Le lésé doit alors prouver l'existence et l'importance de la chance au moment de l'événement dommageable, la perte définitive de la chance et le lien

⁷⁸ ATF 133 III 462 c. 4.2; MÜLLER (2002), p. 307; THÉVENOZ, p. 240; KADNER GRAZIANO (2007), p. 228.

⁷⁹ ATF 133 III 462 c. 4.2; arrêt du TF 4A_227/2007 c. 3.5.3.

⁸⁰ MÜLLER (2004), p. 169 ss; THÉVENOZ, p. 241; KADNER GRAZIANO (2010), p. 180; KADNER GRAZIANO (2007), p. 223.

de causalité entre l'événement dommageable et la perte de cette chance⁸¹. La réparation du dommage sera limitée au pourcentage de chance que le patient avait de guérir, et qu'un traitement défectueux lui a fait perdre. Autrement dit, si cette personne avait 20% de chance de guérir, et qu'il est établi que le produit défectueux lui a fait perdre cette espérance, l'indemnisation sera fixée à 20% du préjudice final. Le même raisonnement s'applique en cas d'augmentation de 20% du risque de contracter une maladie. Sous l'angle de la vraisemblance prépondérante, il aurait dans ces cas fallu refuser toute indemnisation en-dessous de 50%, et accorder une pleine indemnité au-dessus⁸².

La valeur économique de la chance perdue est ainsi calculée en multipliant la valeur de l'enjeu total par le pourcentage de chance d'obtenir cet enjeu⁸³.

Si l'on revient à l'arrêt *Veedfald* susmentionné⁸⁴, le dommage subi en raison de la perte du rein avant la transplantation peut aussi être considéré sous l'angle d'une perte d'une chance de guérir⁸⁵. S'agissant d'un cas de figure non envisagé par le législateur européen, la CJUE a éludé la question en jugeant que le lésé devait quoiqu'il en soit être indemnisé, la directive ne comportant pas de lacune.

C. Problématique au regard du droit suisse

Le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer la théorie de la perte d'une chance en droit suisse, l'estimant incompatible avec la théorie de la différence⁸⁶. Comme rappelé précédemment, la théorie de la différence suppose une comparaison entre deux situations : le patrimoine actuel du lésé et celui si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Or, la chance perdue n'appartient plus au patrimoine du lésé, dès lors qu'elle a été perdue. L'espérance de guérison ne se trouve pas non plus dans le patrimoine hypothétique du lésé, car la chance est appelée à se transformer en un gain (le patient est guéri) ou à disparaître (le patient devient invalide). Elle ne subsiste pas au stade de la chance⁸⁷. Autrement dit, la chance a un caractère évolutif et dynamique ; elle est par nature provisoire. Elle n'est de ce fait pas destinée à conserver la valeur que lui donne la probabilité : cette valeur sera appelée soit à augmenter si la chance se réalise, soit à disparaître si la chance est perdue⁸⁸.

⁸¹ MÜLLER (2008), p. 60; THÉVENOZ, p. 241.

⁸² MARCHAND, p. 115.

⁸³ MÜLLER (2002), p. 381.

⁸⁴ *Supra* II. B. 3. a.

⁸⁵ Voir à ce sujet BORGHETTI, p. 320; WERRO (2004), p. 67.

⁸⁶ ATF 133 III 462, c. 4.4.3

⁸⁷ MÜLLER (2004), p. 164.

⁸⁸ MÜLLER (2002), p. 215.

Par ailleurs, les tribunaux ne peuvent recourir à l'article 42 alinéa 2 CO pour fixer le montant du dommage que lorsque le lien de causalité naturelle est établi. Cet allègement du fardeau de la preuve ne dispense pas le lésé de fournir au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments de fait laissant apparaître un dommage comme pratiquement certain, une simple possibilité ne suffisant pas pour allouer des dommages-intérêts⁸⁹.

L'article 43 CO permet certes d'atténuer dans certaines circonstances le système du « tout ou rien » en retenant des facteurs de réduction pour adapter de manière adéquate l'indemnité au regard, notamment, de la causalité⁹⁰. Le droit prévoit en outre des allègements du fardeau de la preuve relatif à l'établissement de la causalité naturelle, ce qui permet déjà d'éviter des injustices en matière d'indemnisation. Ainsi, le principe de la vraisemblance prépondérante contribue à assouplir le système, mais une indemnité ne sera due que si les statistiques indiquent une probabilité de plus de 50%⁹¹.

Le Tribunal fédéral ayant statué sous l'angle de l'arbitraire, la théorie de la perte d'une chance n'est de ce fait pas définitivement exclue en droit suisse⁹². En dépit des arguments avancés, elle reste compatible avec notre système. En effet, l'on peut aisément considérer que la chance a une valeur propre préexistante, à savoir l'aptitude du malade à être guéri, et que l'atteinte à cette aptitude peut être quantifiée et réparée. D'autre part, le droit suisse reconnaît déjà des dommages se rapprochant de la perte d'une chance, tels que l'atteinte à l'avenir économique (46 CO) ou la perte de soutien (45 CO)⁹³. Le préjudice ménager n'est quant à lui pas calculé selon la théorie de la différence, puisqu'il demeure indifférent de savoir si le lésé a eu recours à une aide-ménagère ou s'il entend s'en passer⁹⁴. Rien ne s'oppose ainsi concrètement à l'introduction en droit suisse de la théorie de la perte d'une chance par la voie prétorienne⁹⁵.

Le Tribunal de première instance de Genève a d'ailleurs tenté d'admettre l'application de la théorie de la perte d'une chance en matière de responsabilité d'avocat pour faute grave⁹⁶, alors que selon la technique du procès dans le

⁸⁹ ATF 133 III 462, c. 4.4.2.

⁹⁰ ATF 111 II 429, c. 3b.

⁹¹ MÜLLER (2004), p. 161.

⁹² MÜLLER (2008), p. 60; KADNER GRAZIANO (2010), p. 193; KADNER GRAZIANO (2008), p. 65 ss.

⁹³ MÜLLER (2008), p. 59.

⁹⁴ Ce type de préjudice donne droit à des dommages-intérêts en application de l'art. 46 al. 1 CO, peu importe qu'il ait été compensé par une aide extérieure, qu'il occasionne des dépenses accrues de la personne partiellement invalide, qu'il entraîne une mise à contribution supplémentaire des proches ou que l'on admette une perte de qualité des services (ATF 131 III 360 c. 8.1; ATF 127 III 403 c. 4b; arrêt du TF 4C.276/2001 du 26 mars 2002 c. 7b).

⁹⁵ Par le biais de l'art. 42 al. 2 CO. Voir MÜLLER (2002), p. 372.

⁹⁶ L'avocat avait déposé un appel qui avait été déclaré irrecevable pour vice de forme.

procès, le Tribunal ne pouvait conclure à la responsabilité du conseil⁹⁷. Ce jugement a été réformé en appel⁹⁸, la Cour de Justice ayant retenu que même à admettre cette théorie en Suisse, il n'y avait là pas suffisamment de certitude dans la chance perdue⁹⁹. Dans un arrêt ultérieur, elle a simplement écarté les arguments fondés sur cette théorie, au vu de la jurisprudence fédérale¹⁰⁰.

D. Critique de la théorie de la perte d'une chance

Sans vouloir reprendre ici ce qui a déjà été écrit sur le sujet¹⁰¹, rappelons simplement que la première critique formulée à l'encontre de cette théorie réside dans la crainte d'y recourir aux fins de remédier à une causalité incertaine. Or, comme cela a souvent été rappelé, la perte d'une chance constitue un nouveau type de dommage pour lequel le lien de causalité naturelle doit être établi avec le fait générateur. Il n'est donc pas admissible de contourner le principe de certitude lié à la causalité¹⁰². La chance doit en outre être concrète, actuelle, mesurable et suffisante.

Le second argument que nous relèverons concerne le recours excessif aux statistiques et aux experts. Il peut en effet paraître artificiel de déterminer la probabilité de survenance d'un événement et de se fonder sur des statistiques pour quantifier un dommage. Néanmoins, le juge est aujourd'hui confronté à des situations de plus en plus techniques et complexes. Il est contraint de s'entourer de l'avis d'experts pour rendre sa décision et recourt déjà aux statistiques dans certains domaines¹⁰³. De ce point de vue, la théorie de la perte d'une chance fait appel à des instruments que le juge sera inévitablement appelé à utiliser dans le futur au vu de l'évolution de la société.

⁹⁷ Dans la situation du "procès manqué", la jurisprudence applique le critère de la vraisemblance prépondérante de l'issue du procès. Voir HIRSCH, p. 260 n° 29. Il aurait ainsi fallu démontrer que le client aurait pu gagner le procès dans une vraisemblance suffisante, ce qui n'était pas possible en l'occurrence. Le TPI a cependant accordé une indemnité fondée sur la probabilité qu'un accord aurait pu être conclu en parallèle à la procédure d'appel - admise à plus de 50% - calculée selon les expectatives créées par l'avocat chez son client.

⁹⁸ ACJC/936/2009 du 3 septembre 2009.

⁹⁹ « Il ne peut être tenu compte d'une probabilité – qui ne soit pas négligeable- qu'il ait obtenu gain de cause et qui justifierait une indemnisation pour la perte d'une chance. (...) La perte de la possibilité de transiger semble n'être qu'une hypothèse purement théorique qui ne trouve aucune substance dans le contexte particulier de la procédure litigieuse », ACJC/936/2009 du 3 septembre 2009, c. 5.2.4.

¹⁰⁰ ACJC/607/2012 du 27.04.2012.

¹⁰¹ MÜLLER (2002), p. 209 ss; KADNER GRAZIANO (2010), p. 185; KADNER GRAZIANO (2007), p. 237.

¹⁰² DURANT, p. 75.

¹⁰³ Notamment pour quantifier l'atteinte à l'avenir économique.

E. Droit comparé¹⁰⁴

C'est au droit français que nous devons avant tout la théorie de la perte d'une chance, développée depuis plus d'un siècle dans ce pays¹⁰⁵. De création prétorienne, cette théorie devrait voir sa concrétisation aboutir lors de la réforme de la responsabilité civile en cours. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, lancé en consultation le 29 avril 2016¹⁰⁶, prévoyait à son article 1238 : « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. [al. 1] Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. [al. 2] », définition reprenant la formulation consacrée par la jurisprudence de la Cour de Cassation au fil du temps¹⁰⁷. Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017¹⁰⁸ a retouché l'alinéa 2 de cette disposition dont le texte est désormais le suivant : « Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ». J.-J. Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice, l'a laissé à la disposition de son (éventuel) successeur, pour soumission au Parlement. Nous noterons cependant que la réforme de la responsabilité civile ne fait pas partie des cinq chantiers de la justice « restitués » à la nouvelle ministre de la Justice et garde des sceaux, N. Belloubet¹⁰⁹. L'avenir de cette consécration reste pour l'heure incertain.

Le droit français recourt de longue date à la théorie de la perte d'une chance dans bien des domaines, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle (responsabilité médicale, d'avocat, en cas de nullité de contrat de vente, pertes de chances professionnelles ou perte d'un pari, pour ne citer que ces exemples)¹¹⁰. Par ailleurs, la jurisprudence admet non seulement l'indemnisation en cas de disparition d'une éventualité favorable, mais

¹⁰⁴ KADNER GRAZIANO (2010), p. 182 ss; KADNER GRAZIANO (2007), p. 230 ss; MÜLLER (2004), p. 150 ss; THÉVENOZ, p. 243 ss; PHILIPPE, p. 1006 ss; DURANT, p. 72 ss.

¹⁰⁵ Depuis la fin du XIX^e siècle.

¹⁰⁶ <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/consultation-publique-sur-la-reforme-de-la-responsabilite-civile-28936.html> (site consulté le 23.1.18).

¹⁰⁷ Civ. 1re, 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 498.

¹⁰⁸ <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.html> (site consulté le 23.1.18).

¹⁰⁹ <http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/restitution-des-chantiers-de-la-justice-31181.html> (consulté le 23.1.18).

¹¹⁰ En cas de procès manqué, où la Cour rappelle que la perte d'une chance même faible est indemnifiable (Civ. 1re, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, Bull. civ. I, n° 2), en matière médicale (1re Civ., 29 juin 1999, n° 97-14.254, Bull. civ. I n° 220; 1re Civ., 7 décembre 2004, n° 02-10.957, Bull. I n° 302,); en matière de vente immobilière (Civ. 3e, 28 janvier 2015, n°13-27.397, publié au Bulletin).

également la possibilité de réparer la perte de chance d'éviter un risque qui s'est finalement réalisé¹¹¹.

Les Etats-Unis connaissent également depuis un demi-siècle la perte d'une chance (*loss of chance*)¹¹². Si elle est généralement reconnue par une majorité d'Etats pour la responsabilité médicale, elle est le plus souvent refusée en matière de responsabilité d'avocat ainsi que pour la responsabilité du fait des produits.

En Grande-Bretagne¹¹³, les principes de *loss of chance* trouvent application dans des domaines très variés (chances de gagner un concours, chances perdues de procès), à l'exclusion cependant du domaine médical, où demeure applicable la règle traditionnelle de la vraisemblance prépondérante (*more likely than not*).

Le droit belge¹¹⁴ reconnaît également la théorie de la perte d'une chance, la Cour de cassation ayant jugé que « [l]a perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable »¹¹⁵. La perte d'une chance doit être sérieuse, réelle et établie de manière certaine, un simple espoir ne suffisant pas¹¹⁶.

Notons encore que les Principes d'UNIDROIT sur les contrats du commerce international disposent que « La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation »¹¹⁷.

Enfin, l'Allemagne, comme la Suisse¹¹⁸, ne connaît pas l'indemnisation des chances perdues, le droit allemand connaissant un catalogue exhaustif des biens juridiquement protégés¹¹⁹.

¹¹¹ Civ. 1re, 7 déc. 2004, n° 02-10.957, Bull. civ. I, n° 302. Il s'agissait en l'occurrence de la violation par un médecin de son obligation d'information, sanctionnée au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé.

¹¹² Pour une approche historique, voir MÜLLER (2004), p. 153; THÉVENOZ, p. 246.

¹¹³ KADNER GRAZIANO (2007), p. 231; MÜLLER (2004), p. 156; THÉVENOZ, p. 245.

¹¹⁴ Voir notamment KADNER GRAZIANO (2010), p. 183; KADNER GRAZIANO (2007), p. 233; DURANT, p 73 ss ; PHILIPPE, p. 1010 ss.

¹¹⁵ Arrêt du 22 mars 2012, Revue Générale des Assurances et des Responsabilités (RGAR) 2012, n° 14.913. Sur l'historique de cette reconnaissance, voir PHILIPPE, p. 1010.

¹¹⁶ PHILIPPE, p. 1010.

¹¹⁷ Principes UNIDROIT 2010, article 7.4.3 alinéa 2. KADNER GRAZIANO (2008), p. 64. Pour une sentence arbitrale rendue sur la base de cette disposition, voir THÉVENOZ, p. 250.

¹¹⁸ Pour l'Allemagne, voir ZIMMERMANN, in WINIGER et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.2.7. Notons qu'en Suisse, l'Avant-projet de « Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile » du 9 octobre 2000, prévoyait à son article 56d alinéa 2 LRCiv. « Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance », ce

VI. Conclusion

Le système du « tout ou rien » consacré par le droit de la responsabilité civile et applicable en matière de responsabilité du fait des produits peut, du fait de la stricte application du principe de causalité et de la théorie de la différence, heurter le sentiment de justice par le manque de souplesse des solutions qui le caractérise. La théorie de la perte d'une chance répond à ce grief en permettant aux victimes d'obtenir une réparation partielle dans des cas où, selon le droit en vigueur, en raison d'une causalité incertaine, elles ne pourraient prétendre à une indemnisation. Cette théorie vient ainsi au secours des lésés en affinant les solutions juridiques afin d'obtenir des résultats socialement plus satisfaisants.

Les arguments développés par le Tribunal fédéral sous l'angle de l'arbitraire n'excluent pas définitivement de reconnaître la perte d'une chance comme nouveau type de dommage. Si la chance est établie, sa perte constitue un préjudice certain et réparable, dont l'étendue varie avec la probabilité de survenance de l'issue favorable.

Si dans son principe une telle approche est louable, il faut cependant garder à l'esprit que cette théorie a pour vocation à s'appliquer dans de nombreux domaines, où le besoin de réparation de la victime peut parfois paraître moins impératif qu'en cas d'atteinte à l'intégrité physique. D'autre part, même s'il est légitime d'appréhender l'exposition à un risque de manière spécifique, pour proposer des solutions plus en phase avec la réalité, se pose encore la question des limites à définir si ces principes devaient être adoptés par notre ordre juridique.

Y aurait-il un seuil minimal au-dessous duquel la perte d'une chance ne trouverait plus réparation ? En d'autres termes, le degré de probabilité d'un événement devrait-il conditionner le principe de l'indemnisation ou serions-nous prêts à considérer toute perte de chance, même minime soit-elle ? Ces principes auraient-ils vocation à s'appliquer de manière générale, comme en droit français, ou une différenciation selon les domaines, les types de responsabilité (délictuelle et contractuelle) et les biens juridiquement protégés serait-elle préférable ?

qui permettrait au juge de retenir une responsabilité partielle, en dérogeant à l'alternative du « tout ou rien ». Ce projet a été définitivement abandonné par le Conseil fédéral le 21 janvier 2009. Voir THÉVENOZ, p. 256. L'art. 47 CO 2020 (Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, accessible sur la plateforme www.co2020.ch) qualifie le dommage comme « une perte patrimoniale ou une autre perte », ce qui permettrait d'étendre la notion à des dommages d'autres types non encore reconnus, comme la perte d'une chance, la question étant toutefois laissée à l'appréciation des tribunaux.

¹¹⁹ § 823 I BGB.

Il demeure également un risque pour que, dans la pratique, cette théorie ne facilite en définitive pas nécessairement la tâche de la victime. En effet, il incomberait à cette dernière d'établir et quantifier ce nouveau type de dommage, soit la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le droit tolère à ce jour une relative incertitude quant à l'établissement du lien de causalité, tout en acceptant d'indemniser pleinement la victime sur la base d'une vraisemblance prépondérante, estimée de manière globale. Or, il s'agirait ici de déterminer précisément la probabilité de survenance d'un événement incertain, ce qui pose inévitablement quelques problèmes d'appréciation.

Si nous admettons avec les auteurs cités que la théorie de la perte d'une chance permet une solution plus nuancée et une répartition plus équitable de l'obligation de réparer, ce qui est souhaitable notamment lorsque la causalité est difficile à établir, comme cela peut être le cas en matière de responsabilité du fait des produits, elle aurait aussi pour corollaire de réduire l'indemnité due au lésé dans tous les cas où le droit aurait accordé une réparation intégrale sur la base d'une vraisemblance prépondérante. Un tel résultat, même si plus en phase avec la réalité, mérite d'être évalué.

C'est ainsi une réflexion globale qui s'impose dans la perspective de la réception de cette théorie par notre ordre juridique¹²⁰, où rien ne s'oppose, rappelons-le, à ce que la perte d'une chance s'y forge une place.

¹²⁰ Réflexion qui dépasse le cadre de la présente contribution. Sur les pistes proposées en droit suisse, voir notamment KADNER GRAZIANO (2010), p. 190 ss; KADNER GRAZIANO (2007), p. 241 ss; MÜLLER (2002), p. 233 ss.

VII. Bibliographie

- BORGHETTI Jean-Sébastien, « Heads of Damage, Comments », in *Landmark Cases of EU Consumer Law*, Cambridge : Intersentia, 2013, p. 317 ss.
- CARRON Blaise/FEROLLES Yann, « Le dommage consécutif au défaut », in Werro/Pichonnaz édit., *Le dommage dans tous ses états*, Berne 2013, p. 69 ss.
- CHAIX François, « La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF », in *SJZ/RSJ* 101(2005), p. 416 ss.
- CHAPPUIS Benoît, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », in *SJ* 2010 II p. 165 ss (CHAPPUIS B.).
- CHAPPUIS Christine, Le tort moral, un long fleuve peu tranquille, in Chappuis/Winiger (édit.), *Le tort moral en question : Journée de la responsabilité civile 2012*, Genève 2013, p. 11 ss (CHAPPUIS C.).
- DURANT Isabelle, « Une brève histoire de la théorie de la perte d'une chance en droit belge », in *Haftung und Versicherung (HAVE/REAS)* 1/2008, p. 72 ss.
- HIRSCH Laurent, « Le procès manqué », in Chappuis/Winiger (édit.), *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 260 ss.
- KADNER GRAZIANO Thomas, « Alles oder nichts » oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln – Zur Haftung für perte d'une chance und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag“, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2011, p. 171 ss (KADNER GRAZIANO 2010).
- KADNER GRAZIANO Thomas, "Ersatz für "entgangene Chancen" im europäischen und schweizerischen Recht – Überlegungen zum Entscheid des Bundesgerichts vom 13.6.2007 (BGE 133 III 462) und ein Lösungsvorschlag", in *Haftung und Versicherung (HAVE/REAS)*, 2008, vol. 7, n° 1, p. 61-68 (KADNER GRAZIANO 2008).
- KADNER GRAZIANO Thomas, « La perte d'une chance en droit privé européen : « tout ou rien » ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine », in Chappuis/Winiger (édit.), *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 217 ss (KADNER GRAZIANO 2007).
- MARCHAND Sylvain, *Droit de la consommation : le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Genève 2012.

- MICKLITZ Hans-W., « Liability for Defective Products and Services », in Reich et al. (édit.), *European Consumer Law*, Cambridge : Intersentia 2014, p. 242 ss.
- MÜLLER Christoph, « La perte d'une chance n'a pas perdu sa chance en droit suisse : Commentaire de l'ATF 133 III 462 », in *Haftung und Versicherung (HAVE/REAS)* 1/2008, p. 55 ss (MÜLLER 2008).
- MÜLLER Christoph, « La perte d'une chance », in *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Genève ; Zurich ; Bâle 2004, p. 143 ss (MÜLLER 2004).
- MÜLLER Christoph, *La perte d'une chance*, Berne 2002 (MÜLLER 2002).
- PHILIPPE Denis, « Quelques réflexions sur la perte d'une chance et le lien causal », in *Revue de Droit Commercial Belge* (Editions Kluwer), 2013/10, p. 1004 ss.
- THÉVENOZ Luc, « La perte d'une chance et sa réparation », in *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Berne 2002, p. 237 ss.
- VENTURI Silvio/ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, Intro. art. 197-210, in *Code des Obligations I, Commentaire romand*, Bâle 2012.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Genève, Zurich, Bâle, Bruxelles, 2006.
- WERRO Franz, Art. 41-61, in *Code des Obligations I, Commentaire romand*, Bâle 2012, (WERRO 2012).
- WERRO Franz, « Le droit suisse de la responsabilité du fait des produits face au droit européen », Werro/Probst (édit.), in *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, p. 45 ss (WERRO 2004).
- WERRO Franz/CHAULMONTEF Sébastien, „Produktehaftpflicht“, in *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. X, *Konsumentenschutz im Privatrecht*, 3. Teil, Bâle 2008, p. 409 ss.
- WERRO Franz/TOLOU Alborz, « Le défaut potentiel et les mesures préventives dans la responsabilité du fait des produits, une analyse à partir de l'arrêt Boston Scientific », in *La Suisse et l'intégration européenne : 20 ans de l'Institut de droit européen*, Zurich 2015, p. 261 ss.
- WINIGER Bénédict/KOZIOL Helmut/KOCH Bernhard A./ZIMMERMANN Reinhard (édit.), *Digest of European Tort Law, Vol. 1 : Essential Cases on Natural Causation*, Vienne / New York 2007.

Les produits pharmaceutiques défectueux : quelle régulation du risque en Europe ?

STÉPHANIE DAGRON*

Table des matières

I.	Introduction	60
II.	La régulation européenne : une protection tout au long du cycle de vie des médicaments	63
A.	Le système européen d'autorisation de mise sur le marché	63
1.	L'obligation d'AMM : une garantie traditionnelle de la protection des patients	63
2.	L'amélioration des procédures d'AMM : une garantie supplémentaire	64
B.	Le contrôle et la surveillance des médicaments disponibles sur le marché	65
1.	La pharmacovigilance : une nécessité	66
2.	Les évolutions du système européen de pharmacovigilance	67
III.	Les exceptions aux conditions principales de l'AMM : vers un changement de paradigme ?	69
A.	Les procédures accélérées : un amoindrissement des exigences de sécurité et d'efficacité	69
1.	L'amoindrissement des exigences de sécurité dans le cas de « circonstances exceptionnelles »	70
2.	La procédure d'autorisation conditionnelle de mise sur le marché	71
B.	L'évolution des procédures et de l'appréhension du risque : un changement de paradigme souhaitable ?	71
1.	L'équilibre fragile entre bénéfique et risque	72
2.	Les projets d'autorisation « adaptive » de mise sur le marché des médicaments	72
IV.	Conclusion	74
V.	Bibliographie	75

* Professeure à la Faculté de droit et au Global Studies Institute de l'Université de Genève. Professeure boursière du Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS).

I. Introduction

Les produits pharmaceutiques sont aujourd'hui indispensables à la réussite de la grande majorité des thérapies médicales¹. Ils sont un élément central du bon fonctionnement des systèmes de santé² et leur accès a été reconnu comme « l'un des éléments fondamentaux pour progresser vers la pleine réalisation »³ du droit à la santé. L'importance des médicaments pour la prévention et le traitement des maladies entraîne la « responsabilité qu'ont les Etats de veiller à ce que tous les individus sans distinction aient accès à des médicaments abordables, sûrs, efficaces et de bonne qualité »⁴. Aussi, et au-delà du développement du droit commun de la responsabilité civile⁵, les Etats doivent notamment veiller à ce que les produits pharmaceutiques offrent une sécurité maximale et ne mettent pas en danger la santé et la vie des patients⁶.

La régulation des médicaments, qui est au centre de cette analyse, est extrêmement complexe et en constante évolution. Les médicaments, définis par la directive européenne 2001/83 du 6 novembre 2001 comme « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines [ainsi que] toute substance ou composition pouvant être administrée à l'homme en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier des fonctions physiologiques chez l'homme »⁷, sont, aujourd'hui encore, les produits thérapeutiques les plus

¹ Sur l'importance du médicament dans les traitements médicaux et les conséquences des évolutions de la recherche dans ce domaine sur l'approche thérapeutique, voir : FARMER Paul, *Pathologies of Power, Health, Human Rights, and the New War on the Poor, With a New Preface by the Author*, Berkeley, Los Angeles, London (University of California Press) 2005, pp. 202-203.

² Les produits et technologies médicaux essentiels ont été identifiés par l'OMS comme faisant partie des éléments indispensables au bon fonctionnement d'un système de santé. Voir : OMS, *Éléments essentiels au bon fonctionnement d'un système de santé*, 2010.

³ Conseil des droits de l'Homme, Résolution 12/24 du 12 octobre 2009 sur l'accès aux médicaments dans le contexte du droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, A/65/53.

⁴ *Ibid.*

⁵ Le régime de droit commun de la responsabilité civile a été précisé au sein de l'Union européenne (UE) par la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO n° L 210 du 07.08.1985, pp. 29-33.

⁶ Pour une approche plus large des obligations de l'Etat dans ce domaine, voir : DAGRON Stéphanie, « Regulating pharmaceuticals in Europe : A Human Rights Approach », in den Exter (édit.), *European Health Law, Antwerpen, Apeldoorn (Maklu)* 2017 pp. 133-154.

⁷ Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JO n° L 311 du 28.11.2001, pp. 67-128, art. 1 al. 2. Cette définition a été reprise dans ses grandes lignes par les Etats membres mais aussi par la Suisse. La loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (RS 812.21, loi sur les produits thérapeutiques, LPT_h) introduit certaines variations : elle retient le terme de « produit » et non de « substance » ; elle considère en outre que « le sang et les produits sanguins (...) sont des médicaments » ce qui la distingue de la législation européenne. Une telle inclusion pose des difficultés selon certains auteurs qui rejettent la tendance à admettre « l'homogénéité des produits médicamenteux issus du sang ». Voir : GARRAUD Olivier / TISSOT Jean-

règlementés⁸. Ils sont notamment plus règlementés que les dispositifs médicaux qui sont définis en droit européen comme étant des produits (« instrument, appareil, équipement, logiciel, implant, réactif, matière ou autre article »⁹) destinés à être utilisés chez l'homme pour un usage médical (diagnostic in vitro, diagnostic, prévention, contrôle, prédiction, pronostic des maladies etc...) « et dont l'action principale voulue dans ou sur le corps humain n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni, par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens »¹⁰. La réglementation des dispositifs médicaux a profondément évolué depuis quelques années¹¹ en réaction aux crises sanitaires liées à l'utilisation de certains dispositifs¹². La nouvelle réglementation européenne adoptée en avril 2017, et qui entrera en vigueur dans tous les Etats membres à partir de 2020, renforce ainsi considérablement les exigences de sécurité de ces produits dont la mise sur le marché est conditionnée par une procédure de certification¹³. Cette nouvelle réglementation impose ainsi notamment une évaluation clinique des dispositifs les plus dangereux qui tend à se rapprocher de l'évaluation, à travers des essais pré-cliniques et cliniques précis, de la qualité, de l'efficacité et de l'innocuité des médicaments. Le renforcement de ces exigences en matière de sécurité s'accompagne d'un renforcement des responsabilités des institutions chargées de délivrer le label de conformité¹⁴. Il est intéressant de noter qu'à la différence des Etats européens et de l'Union européenne (UE), et malgré les différences entre les approches relevées au niveau européen pour la mise sur le marché des médicaments, d'une part, et des dis-

Daniel, « Les produits sanguins thérapeutiques : des médicaments ou des produits de santé à part [Blood components : Are they drugs or special medicines ?] », in *Transfusion clinique et biologique : Journal de la société française de transfusion sanguine* (Paris) 2016, pp. 127-131.

- ⁸ Voir les critiques émises par les auteurs suivants concernant le niveau moindre de sécurité des dispositifs médicaux par rapport aux médicaments : SPRECHER Franziska, « Klinische Versuche mit Medizinprodukten : die Sicht des Arztes », in RÜTSCHÉ (édit.), *Medizinprodukte : Regulierung und Haftung, Weiterbildung Recht*, Bern (Stämpfli) 2013, pp. 35-75 ; STORDEUR Sabine / VINCK Irgard / NEYT Mattias / VAN BRABANDT Hans / HULSTAERT Frank, « Mise sur le marché européen des dispositifs médicaux innovants à haut risque : l'efficacité clinique et la sécurité sont-elles garanties ? », in *Revue d'épidémiologie et de santé publique* (Paris) 2013, pp. 105-110.
- ⁹ Voir : règlement (UE) 2017/745 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux, modifiant la directive 2001/83/CE, le règlement (CE) 178/2002 et le règlement (CE) 1223/2009 et abrogeant les directives du Conseil 90/385/CEE et 93/42/CEE, JO n° L 117, p. 1, art. 2 al. 1.
- ¹⁰ *Ibid.*
- ¹¹ SPRECHER Franziska, « Anpassung der Medizinproduktverordnung (MepV). Mehr Sicherheit bei Medizinprodukten – und Schritt halten mit der EU », *Sicherheit & Recht* (München) 2015, pp. 115-120.
- ¹² Voir par exemple : JOURDAIN-FORTIER Clothilde, « L'affaire PIP ou la difficile réparation en Europe des dommages corporels de masse causés par un dispositif médical défectueux », in *Revue internationale de droit économique* (Dijon) 2015, pp. 5-35.
- ¹³ Cette nouvelle réglementation est issue des deux règlements suivants : règlement (UE) 2017/745 ; règlement (UE) 2017/746 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic in vitro et abrogeant la directive 98/79/CE et la directive 2010/227/UE de la Commission, JO n° L 117, p. 176.
- ¹⁴ Règlement (UE) 2017/745, chap. IV.

positifs médicaux, d'autre part, le législateur suisse n'hésite pas à réunir dans une même loi les dispositions applicables à ces deux types de produits¹⁵. Une adaptation de la loi applicable aux produits thérapeutiques en conséquence de l'évolution de la réglementation de l'UE relative aux dispositifs médicaux, est actuellement en discussion¹⁶.

La réglementation européenne applicable aux produits pharmaceutiques s'est développée à partir de 1965. C'est la survenance d'événements indésirables liés à l'utilisation thérapeutique de médicaments qui a conduit, en Europe, à l'évolution et au développement de réglementations destinées à assurer la sécurité des patients. Les crises sanitaires survenues dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle sont à l'origine de cette réglementation et de la structure institutionnelle chargée de sa mise en œuvre. Ces crises portent le nom des différents médicaments concernés : le Stalidon à la vitamine F distribué en France dans les années 1950, le Distilbène distribué de 1941 à 1978 en Europe comme aux Etats-Unis¹⁷, le Contergan consommé de 1957 à 1961 par des femmes enceintes dans le monde entier¹⁸ ou bien encore, beaucoup plus récemment, le Vioxx (qui a été retiré du marché mondial en 2004 par l'entreprise Merck)¹⁹, le Médiator en France²⁰ et les pilules contraceptives dites de 3^{ème} et 4^{ème} génération qui ont fait l'objet, en Suisse comme ailleurs dans le monde, de nombreuses poursuites judiciaires²¹. En Europe, ces crises ont engendré la mise en place de procédures d'autorisation des médicaments permettant le contrôle de la qualité, de l'efficacité et de l'innocuité des médicaments avant leur mise sur le marché, ainsi que le développement de procédures de surveillance des médicaments qui permettent le contrôle de la sécurité des produits tout au long de leur durée de vie.

¹⁵ Voir supra note 7.

¹⁶ Voir : DFI, Rapport explicatif sur l'adaptation de la loi sur les produits thérapeutiques (nouvelle réglementation sur les dispositifs médicaux) et de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 2 mars 2018.

¹⁷ BONAH Christian / GAUDILLIÈRE Jean-Paul, « Faute, accident ou risque iatrogène ? La régulation des événements indésirables du médicament à l'aune des affaires Stalidon et Distilbène », in *Revue française des affaires sociales* (Paris) 2007, pp. 123-151.

¹⁸ Sur l'affaire du Contergan, voir notamment : KIRK Beate, *Der Contergan-Fall, eine unvermeidbare Arzneimittelkatastrophe ? Zur Geschichte des Arzneistoffs Thalidomid*, Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft (Stuttgart) 1999.

¹⁹ Concernant cette affaire, voir : THOMAS John W., « The Vioxx story : would it have ended differently in the European Union ? », in *American Journal of Law and Medicine* (Boston) 2006, pp. 365-380.

²⁰ Sur les faits et les faiblesses de la régulation mis en évidence par cette affaire, voir notamment : AQUILINO Morelle / PADIS Marc-Olivier, « Mediator : l'histoire d'une seconde défaite de la santé publique », *Esprit* (Paris) 2011, pp. 71-79.

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_365/2014 et 4A_371/2014, du 5 janvier 2015. Concernant les plaintes déposées aux USA et plus récemment en Allemagne, voir : Le Monde, « Aux Etats-Unis, 15 000 plaintes déjà déposées contre Bayer », 14 décembre 2012 ; Libération, « La pilule yasminelle assignée en justice en Allemagne », 17 décembre 2015.

L'analyse de la protection de la sécurité des patients au sein de l'Union européenne impose par conséquent l'étude plus détaillée de cette régulation (II) ainsi que l'analyse des évolutions récentes qui témoignent d'un changement dans l'approche des questions de sécurité des médicaments (III).

II. La régulation européenne : une protection tout au long du cycle de vie des médicaments

Les règles développées au sein de l'UE ont eu pour effet un renforcement de la sécurité des patients à travers l'imposition de conditions d'efficacité, de qualité et d'innocuité et l'harmonisation des procédures d'autorisation de mise sur le marché (AMM) des médicaments (A), mais aussi à travers le développement d'une surveillance post-autorisation de plus en plus perfectionnée (B).

A. Le système européen d'autorisation de mise sur le marché

Le cadre réglementaire développé progressivement au sein de l'Union européenne a permis la définition d'exigences précises d'efficacité et de sécurité et la mise en place d'une expertise réglementaire européenne devenue indispensable.

1. L'obligation d'AMM : une garantie traditionnelle de la protection des patients

L'obligation pour les industries pharmaceutiques d'obtenir une autorisation pour la mise sur le marché de leurs produits a été introduite par la directive de la Communauté européenne (CE) 65/65/CE du 26 janvier 1965. Cette directive imposait aux Etats de vérifier que les produits pharmaceutiques remplissaient les conditions de qualité pharmaceutique, d'innocuité et d'efficacité qui sont aujourd'hui largement acceptées dans le monde comme les conditions de base pour l'attribution d'une AMM²². Cette obligation est intervenue à une époque où très peu d'Etats imposaient des conditions à la mise sur le marché des médicaments²³ – une obligation d'autant plus révolutionnaire que la Communauté européenne ne disposait alors d'aucune compétence en matière de santé²⁴.

²² Voir notamment sur le développement au niveau international de ces conditions par le Conseil international d'harmonisation des exigences techniques pour l'enregistrement des médicaments à usage humain (ICH) : DAGRON Stéphanie, « Global Harmonization through Public-Private Partnership : The Case of Pharmaceuticals », *IRPA GAL Working Paper No. 2/2012*. Online publication : <http://ssrn.com/abstract=1995035>.

²³ BONAH / GAUDILLIÈRE, *op. cit.* note 17.

²⁴ L'art. 168 al. 4 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, entré en vigueur en 2009, reconnaît pour la première fois une compétence partagée à l'UE pour fixer « des normes élevées de qualité et de sécurité des médicaments ». Le Traité de Maastricht en 1992 (art. 129) puis le Traité d'Amsterdam en 1997 (art. 152) avaient uniquement retenu un rôle d'appui et d'encouragement à la coopération des

Conformément à cette première directive dans le domaine des médicaments, aucune spécialité pharmaceutique ne devait pouvoir être mise sur le marché d'un Etat membre sans avoir reçu au préalable une autorisation délivrée par l'autorité nationale compétente après vérification des conditions fixées²⁵. Cette exigence a été confirmée par la suite et figure aujourd'hui à l'art. 6 de la directive 2001/83/CE adoptée le 6 novembre 2001 qui codifie les réglementations applicables aux médicaments.

2. L'amélioration des procédures d'AMM : une garantie supplémentaire

Aujourd'hui, un médicament qui se trouve sur le marché d'un Etat membre de l'UE doit avoir reçu une AMM délivrée soit, par une agence nationale de régulation dans un Etat membre soit, de plus en plus, par la Commission européenne sur avis de l'Agence européenne du médicament (European Medicines Agency, EMA) créée en 1995²⁶. D'un système complexe faisant intervenir les autorités et agences nationales exclusivement pour l'attribution d'une AMM, on est passé progressivement à un système européen largement harmonisé et centralisé dans lequel intervient de manière prééminente l'Agence du médicament. Il existe deux voies procédurales pour obtenir une AMM valide dans l'UE²⁷. La première voie est celle de la procédure centralisée. Il s'agit de la voie principale aujourd'hui pour la grande majorité des nouveaux médicaments. Les entreprises pharmaceutiques désireuses d'obtenir une AMM pour les médicaments relevant des catégories définies par le règlement 726/2004, doivent s'adresser directement à l'Agence du médicament²⁸. Les médicaments concernés sont précisés en annexe de ce même règlement. Alors que la procédure n'était obligatoire en 1993 que pour les médicaments issus de procédés biotechnologiques²⁹, elle est aujourd'hui contraignante pour d'autres catégories de médicaments. Il s'agit, en sus des médicaments issus de procédés biotechnologiques, non seulement des médicaments considérés comme médicaments

Etats dans le domaine de la santé, des standards de qualité et de sécurité pouvant néanmoins être fixés depuis 1997 concernant les organes et substances d'origine humaine, le sang et les produits dérivés du sang ainsi que dans le domaine vétérinaire et phytosanitaire.

²⁵ Directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques, JO 22 du 09.02.1965, pp. 369-373, art. 3 et 5.

²⁶ La création de l'Agence du médicament a été décidée par le règlement (CEE) 2309/93 du Conseil, du 2 juillet 1993, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JO n° L 214 du 24.08.1993, p. 1 ss.

²⁷ Il en ressort ainsi du règlement (CE) 726/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, JO n° L 136 du 30.04.2004, pp. 1-33.

²⁸ Règlement 726/2004, art. 4.

²⁹ Règlement 2309/93, art. 3 et partie A de l'annexe.

orphelins destinés au traitement des patients atteints de maladies rares, mais aussi des médicaments contenant une nouvelle substance active non encore autorisée dans l'Union et dont l'indication thérapeutique est le traitement du syndrome d'immunodéficience acquise, ou bien du cancer, d'une maladie neurodégénérative, du diabète, de maladies auto-immunes ou bien encore de maladies virales³⁰. La voie centralisée est en outre facultative pour les médicaments qui présentent « une innovation significative sur le plan thérapeutique, scientifique ou technique » ou lorsqu'une AMM délivrée par la Commission européenne présenterait un intérêt particulier pour les patients³¹.

La seconde voie procédurale est celle des procédures décentralisées qui relèvent des Etats membres tout en faisant désormais intervenir l'EMA et la Commission européenne de manière déterminante. Une AMM peut être accordée directement par un Etat membre à un médicament qui ne figure pas sur la liste des médicaments obligatoirement soumis à la procédure centralisée. Dans cette hypothèse, et si l'entreprise n'a pas engagé dès le départ une procédure de reconnaissance simultanée dans plusieurs Etats, elle pourra demander la reconnaissance de cette AMM par les autres Etats membres sans devoir se soumettre aux exigences spécifiques de ces Etats (procédure de reconnaissance mutuelle)³². Dans un cas comme dans l'autre, l'EMA et la Commission européenne peuvent intervenir lorsqu'un désaccord entre les Etats survient concernant l'évaluation du médicament. Dans cette hypothèse, et comme dans le cadre de la procédure centralisée, la décision finale d'attribution de l'AMM revient ainsi à la Commission, sur avis de l'EMA³³.

Ces évolutions procédurales permettent en définitive une application toujours plus uniforme des critères de contrôle de la qualité et de la sécurité des produits pharmaceutiques à travers l'intervention d'une agence spécialisée dédiée au maintien d'un niveau très élevé d'évaluation scientifique des médicaments. Parallèlement, elles permettent le renforcement d'une expertise réglementaire européenne tout aussi indispensable à la protection de la sécurité des produits qui se nourrit des expertises et compétences développées dans tous les Etats membres.

B. Le contrôle et la surveillance des médicaments disponibles sur le marché

L'UE s'est donnée plus tardivement les moyens de contrôler et surveiller réellement les médicaments disponibles sur le marché.

³⁰ Règlement 726/2004, art. 3 al. 1 et Annexe.

³¹ Règlement 726/2004, art. 3 al. 2.

³² Directive 2001/83, art. 28.

³³ Directive 2001/83, art. 34.

1. La pharmacovigilance : une nécessité

Les systèmes de pharmacovigilance sont destinés à l'amélioration de la santé publique à travers la surveillance de la sécurité des médicaments disponibles sur le marché. D'une part, ils permettent le relevé et l'analyse de données relatives aux réactions indésirables aux médicaments pouvant résulter d'un médicament pris séparément ou en combinaison avec d'autres substances. En effet, non seulement les effets négatifs pour la santé intrinsèques aux médicaments ne peuvent pas tous être détectés avant leur distribution à un nombre beaucoup plus large de patients, mais encore, les effets de la combinaison de médicaments ne sont jamais détectés avant la mise sur le marché pour des raisons pratiques évidentes. D'autre part, ils doivent aussi permettre la prévention des effets indésirables par l'intermédiaire de décisions imposant des restrictions d'emploi, voire le retrait du marché des médicaments pour lesquels la balance entre le bénéfice et le risque est considérée comme trop défavorable.

En 2008, le programme de la Commission européenne pour le renforcement de la régulation des médicaments disponibles sur le marché en Europe insistait sur la nécessité d'améliorer fortement le système européen de pharmacovigilance³⁴. Pour la Commission, la nécessité d'un tel renforcement était clairement justifiée par l'importance des conséquences des effets indésirables à l'origine de nombreux décès en milieu hospitalier notamment et l'impossibilité de détecter tous les effets indésirables d'un médicament avant sa commercialisation³⁵. Ainsi, en 2008, il était estimé que les effets indésirables des médicaments étaient à l'origine de 5% des hospitalisations et d'un décès sur cinq en milieu hospitalier. Au-delà, les capacités de contrôle et de surveillance étaient aussi considérées comme indispensables à la réalisation d'un autre objectif poursuivi par la Commission, toujours dans l'intérêt de la protection de la sécurité des patients, à savoir : la lutte contre les médicaments falsifiés. Les médicaments falsifiés sont des médicaments dont la présentation pharmaceutique comporte une fausse présentation de l'identité du médicament (notamment une fausse présentation de sa composition ou du dosage de ses composants), de sa source ou de son historique³⁶. Ils sont à l'origine d'échecs thérapeutiques, de l'exacerbation des maladies et du développement de la résistance aux antimicrobiens. Ce phénomène, qui touchait jusqu'alors principalement les pays à

³⁴ Communication du 10 décembre 2008 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Des médicaments sûrs, innovants et accessibles : une vision nouvelle du secteur pharmaceutique, COM (2008) 666 final.

³⁵ Voir en ce sens : Commission européenne, Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil modifiant, en ce qui concerne la pharmacovigilance, la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, COM (2008) 665 final.

³⁶ Définition retenue par l'art 1 al. 33 de la directive 2001/83/UE, qui distingue en outre clairement les médicaments falsifiés des médicaments contrefaits (c'est-à-dire les médicaments non conformes à la législation de l'UE en matière de droits de la propriété intellectuelle et industrielle) et du médicament licite mais présentant des défauts de qualité non intentionnels.

faible revenu en raison notamment de l'absence de réglementation des produits pharmaceutiques³⁷, a engendré l'adoption en 2011 d'une directive européenne destinée à l'harmonisation des mesures de contrôle et de sécurité aux frontières de l'UE³⁸.

2. Les évolutions du système européen de pharmacovigilance

Concernant plus précisément la réalisation de l'objectif de renforcement de la pharmacovigilance, des mesures ont été prises en 2010 pour améliorer le système communautaire considéré comme insuffisant. Elles sont rassemblées au sein de la directive 2010/84/UE et du règlement (UE) 1235/2010 entrés en vigueur en 2012. Ces textes, selon le même schéma que celui retenu pour la phase d'évaluation précédant l'attribution de l'AMM, prévoient des mesures d'ordre matériel, institutionnel et structurel. Les mesures matérielles, tout d'abord, visent à la fois à l'inscription dans la loi des lignes directrices existantes en matière de surveillance des médicaments et à la confirmation des responsabilités respectives des Etats membres et des détenteurs d'AMM. Ainsi, il apparaît clairement que les Etats sont des acteurs clés du système. Ils doivent établir un système de pharmacovigilance permettant la collecte des informations utiles pour la surveillance des médicaments, collaborer avec l'EMA pour surveiller la mise en œuvre des plans de gestion des risques établis pour chaque médicament, ou bien encore, surveiller les informations de la base de données européenne³⁹. Les titulaires d'AMM quant à eux ont de larges obligations comme celle de mettre en œuvre un système de pharmacovigilance⁴⁰ qui leur permet d'enregistrer tous les effets indésirables suspectés et de notifier à l'EMA, par voie électronique, les informations sur ces effets indésirables⁴¹.

Ensuite, les évolutions institutionnelles et structurelles sont importantes et encore plus décisives car elles sont en définitive essentielles à la réalisation de la coordination, de l'évaluation et de la transmission des informations. Le cadre réglementaire de 2010 a autorisé un renforcement des structures en recourant aux nouvelles technologies informatiques permettant la collecte, le stockage et la gestion de données, ainsi qu'en favorisant l'accroissement des moyens institutionnels et le développement d'une expertise de très haut ni-

³⁷ OMS, Perspectives politiques de l'OMS sur les médicaments, 7 novembre 2003 – Une réglementation pharmaceutique efficace : assurer l'innocuité, l'efficacité et la qualité des médicaments, 2003.

³⁸ Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2011, modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés, JO n° L 174 du 01.07.2011, pp. 74-87.

³⁹ Directive 2010/84 du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 2010, modifiant, en ce qui concerne la pharmacovigilance, la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JO n° L 348 du 31.12.2010, art. 107 *nonies*.

⁴⁰ Directive 2010/84, art. 104.

⁴¹ Directive 2010/84, art. 107 al. 1 et 3.

veau au sein de l'EMA. Concernant ce dernier point, le renforcement des moyens a pris la forme d'un nouveau comité scientifique appelé Comité pour l'évaluation des risques en matière de pharmacovigilance (Pharmacovigilance Risk Assessment Committee, PRAC) qui a été créé au sein de l'EMA⁴². Ce Comité, composé de spécialistes en matière de sécurité du médicament provenant de différents pays membres⁴³, est chargé de faire une analyse initiale des données et de définir « les propriétés concernant les signaux de risques nouveaux, de changements des risques existants ou de modification du rapport bénéfice/risque »⁴⁴. Son rôle est par conséquent crucial même si, en définitive, c'est au Comité des médicaments à usage humain – qui est le comité d'origine à partir duquel a été créée l'EMA – que revient la charge de formuler un avis final sur le rapport bénéfice-risque des médicaments autorisés par l'EMA, sur la base de l'évaluation réalisée par le PRAC. Concernant les médicaments ayant reçu une AMM dans le cadre d'une procédure décentralisée, l'EMA est aussi au centre des activités de pharmacovigilance. Les évaluations réalisées par le PRAC dans ce cas sont transmises au groupe de coordination qui supervise l'ensemble des systèmes de gestion des risques des Etats membres. Les avis rendus par l'EMA sur la sécurité des médicaments disponibles sur le marché concernent donc tous les médicaments, sans exception selon l'origine de leur AMM.

Concernant les évolutions structurelles, la réforme de 2010 a imposé, d'une part, une modernisation des activités de collecte de l'information et de coordination des avis et, d'autre part, une amélioration des techniques de transfert des informations sur les effets indésirables des médicaments aux professionnels de santé, au public et aux Etats membres. L'EMA a procédé à la modernisation du système informatique « Eudravigilance » qui est une base de données et un réseau de traitement des données de pharmacovigilance. Eudravigilance est accessible dans son entier et en permanence pour les Etats membres, l'Agence du médicament et la Commission ; les titulaires d'autorisations de mise sur le marché, en revanche, y ont un accès plus limité⁴⁵. Ce système est le point unique de centralisation des informations sur la pharmacovigilance des médicaments en Europe⁴⁶. L'EMA est aussi chargée de la gestion d'un « portail

⁴² Règlement 1235/2010, art. 56 § 1.

⁴³ Le Comité est composé à la fois d'experts nommés par les Etats membres et de membres nommés par la Commission européenne qui sont des experts scientifiques indépendants ou des représentants des professionnels de santé et des patients. Voir : règlement 1235/2010, considérant 8.

⁴⁴ Règlement 1235/2010, art. 28bis.

⁴⁵ Règlement 1235/2010 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2010 modifiant, en ce qui concerne la pharmacovigilance des médicaments à usage humain, le règlement (CE) 726/2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, et le règlement (CE) 1394/2007 concernant les médicaments de thérapie innovante, JO n° L 348 du 31.12.2010, considérant 5.

⁴⁶ Règlement 1235/2010, considérant 6.

web européen » qui contient toutes sortes d'informations⁴⁷. On trouve notamment sur ce portail les éléments d'information suivants : des résumés des plans de gestion des risques relatifs à des médicaments autorisés⁴⁸ ; la liste des médicaments qui font l'objet d'une surveillance supplémentaire, à l'instar des médicaments autorisés dans l'Union et qui contiennent une nouvelle substance active qui n'était contenue dans aucun médicament sur le marché de l'Union avant janvier 2011⁴⁹ ; des protocoles et résumés accessibles au public des résultats des études de sécurité post-autorisation⁵⁰ ; des conclusions d'évaluation, des recommandations et avis du PRAC et des autres comités au sein de l'EMA cités plus haut⁵¹ ; des informations relatives au lancement des procédures d'urgence de l'Union visant à la suspension ou au retrait d'une AMM, à l'interdiction de la délivrance d'un médicament ou au refus de renouvellement d'une AMM⁵² ; une information complète sur les démarches et formulaires utilisés pour la notification aux autorités nationales compétentes des effets indésirables suspectés de médicaments⁵³.

III. Les exceptions aux conditions principales de l'AMM : vers un changement de paradigme ?

Ces dernières années, le législateur européen a introduit des procédures alternatives visant à autoriser un accès plus rapide aux nouveaux médicaments au détriment du respect des exigences traditionnelles en termes de sécurité et d'efficacité. Ces procédures sont destinées à n'être utilisées que dans des cas particuliers (A). Néanmoins, l'idée d'un recours accentué à ce type de mécanisme fait son chemin ce qui pose des questions importantes concernant la sécurité des patients et le transfert des risques (B).

A. Les procédures accélérées : un amoindrissement des exigences de sécurité et d'efficacité

Récemment, le législateur européen a introduit deux procédures dites accélérées d'AMM permettant la mise sur le marché d'un nouveau médicament à un

⁴⁷ Règlement 1235/2010, art. 26.

⁴⁸ Règlement 1235/2010, art. 26 c.

⁴⁹ Règlement 1235/2010, art. 26 et art. 23 al. 1.

⁵⁰ Règlement 1235/2010, art. 26 h.

⁵¹ Règlement 1235/2010, art. 26 j.

⁵² Règlement 1235/2010, art. 26 i et directive 2001/83, art. 107 *decies*. Les procédures d'urgence sont déclenchées par les Etats membres ou la Commission. Elles peuvent aussi être engagées dans l'hypothèse dans laquelle le titulaire d'une AMM aura décidé d'interrompre la mise sur le marché de son médicament ou aura pris les mesures nécessaires pour faire retirer l'AMM ou bien encore n'aura pas demandé le renouvellement de l'AMM.

⁵³ Règlement 1235/2010, art. 26 f.

stade précoce de son développement. Ces deux procédures ne doivent pas être confondues avec la procédure d'accès compassionnel qui a été introduite dans le droit européen dès 1989 et qui permet à un patient ou à un groupe de patients de faire usage d'un médicament en cours de développement et qui n'a pas encore reçu d'AMM⁵⁴. Très certainement, le but de ces mécanismes dans leur ensemble est le même : il s'agit d'offrir un traitement médicamenteux aux patients souffrant d'une maladie invalidante, grave ou chronique ou d'une maladie mettant leur vie en danger dans les cas dans lesquels il n'existe pas d'alternative thérapeutique. Cependant, alors que dans l'hypothèse de l'accès compassionnel à un médicament, le patient ou groupe de patients concernés doivent être directement identifiables, le médicament en développement leur étant directement attribué⁵⁵, dans celui des procédures accélérées d'AMM, le groupe de patients concernés est défini de façon générique et ce groupe ne pourra bénéficier du médicament que si celui-ci reçoit une AMM.

1. L'amointrissement des exigences de sécurité dans le cas de « circonstances exceptionnelles »

La première de ces procédures accélérées permet l'octroi d'une AMM, dans des circonstances exceptionnelles et pour la durée d'une année renouvelable, à une entreprise pharmaceutique qui serait dans l'incapacité de fournir les informations complètes sur l'efficacité et la sécurité requises pour l'obtention d'une AMM⁵⁶. Par circonstances exceptionnelles, il faut comprendre les situations dans lesquelles il est impossible pour le demandeur de l'AMM d'apporter ces informations. Cette incapacité est notamment courante dans le cadre de la recherche sur les maladies rares. Dans ce cas en effet, les indications prévues pour le médicament ne concernent qu'un nombre très limité de patients et il est souvent impossible pour le demandeur de conduire des essais cliniques. D'autres raisons peuvent être liées à l'état d'avancement de la science ou bien encore à l'impossibilité de conduire certaines analyses au regard des principes de la déontologie médicale⁵⁷. Si ces conditions sont réunies, l'AMM pourra être octroyée sous réserve de l'obligation faite au demandeur de l'autorisation de mettre en place des mécanismes particuliers concernant la sécurité du médicament et l'information des autorités compétentes sur les incidents liés à son utilisation et les mesures à prendre⁵⁸. L'AMM accordée conformément à ce mécanisme est valable une année et pourra être prolongée dans le temps sans que les exigences traditionnelles ne soient jamais remplies.

⁵⁴ Mécanisme codifié par l'art. 83 du règlement 726/2004.

⁵⁵ Directive 2001/83, art. 5.

⁵⁶ Directive 2001/83, art. 22 ; Règlement 726/2004, art. 14 al. 8.

⁵⁷ Directive 2001/83, Annexe I.

⁵⁸ *Ibid.*

2. La procédure d'autorisation conditionnelle de mise sur le marché

Dans le cadre de la seconde procédure appelée procédure d'autorisation conditionnelle de mise sur le marché, et contrairement à l'hypothèse précédente, les preuves cliniques de la sécurité et de l'efficacité du médicament devront être apportées après la mise sur le marché du médicament car elles conditionnent la prolongation de l'AMM⁵⁹. Une autorisation de mise sur le marché conditionnelle pourra être accordée pour un médicament répondant à des besoins particuliers à l'instar des médicaments orphelins ou bien des médicaments destinés à des situations d'urgence en réponse à des menaces pour la santé publique reconnues comme telles par l'OMS ou l'Union européenne. En outre, d'une manière plus générale encore, elle pourra être accordée pour des « médicaments destinés au traitement, à la prévention ou au diagnostic médical de maladies invalidantes graves ou de maladies potentiellement mortelles »⁶⁰.

Les exigences d'attribution sont *a priori* strictes. Le demandeur qui n'est pas en mesure d'apporter les éléments normalement requis concernant la sécurité et l'efficacité de son produit, doit démontrer que le rapport entre bénéfice et risque du médicament est positif, que le médicament répond à des besoins médicaux non satisfaits et que les « bénéfices pour la santé publique découlant de la disponibilité immédiate du médicament concerné sur le marché l'emportent sur le risque inhérent au fait que les données supplémentaires sont encore requises »⁶¹. En outre, le demandeur doit être en position de fournir à une date ultérieure, après mise sur le marché, les données cliniques manquantes. L'EMA vérifiera, selon un calendrier précis, le respect par le demandeur des obligations spécifiques concernant la collecte de données supplémentaires issues d'études cliniques.

B. L'évolution des procédures et de l'appréhension du risque : un changement de paradigme souhaitable ?

Le médicament est un produit particulier destiné à satisfaire des besoins de santé tout en étant un élément clé de certaines économies nationales. La définition du risque accepté et acceptable peut évoluer en fonction des intérêts privilégiés.

⁵⁹ Règlement (CE) 507/2006 de la Commission, du 29 mars 2006, relatif à l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle de médicaments à usage humain relevant du règlement (CE) 726/2004 du Parlement européen et du Conseil, JO n° L 92 du 30.03.2006, pp. 6-9.

⁶⁰ Règlement 507/2006, art. 2.

⁶¹ Règlement 507/2006, art. 4.

1. L'équilibre fragile entre bénéfique et risque

Un médicament n'est pas destiné à léser les patients. Il doit au contraire être développé, produit et distribué dans l'objectif de guérir ou de prévenir des maladies, ou bien encore d'établir des diagnostics médicaux. Cependant, aucune substance médicamenteuse n'est vraiment inoffensive et les médicaments peuvent avoir des effets indésirables et représenter des risques qui vont devoir être analysés au regard des avantages attendus. C'est par conséquent l'équilibre entre bénéfique et risque qui est déterminant dans la procédure d'AMM. Dans le cadre des procédures accélérées, le risque accepté devient plus important puisque les données sur le produit ne sont pas complètes. L'objectif recherché est toujours la sécurité des patients, ce qui est souligné par la condition selon laquelle le rapport bénéfice-risque doit être positif⁶². Cependant, cet objectif est aussi en concurrence avec d'autres objectifs qui sont ceux d'apporter une réponse plus rapide aux patients pour lesquels il n'existe pas d'alternative satisfaisante, d'une part, et de favoriser et encourager la recherche et le développement de nouveaux médicaments en facilitant leur mise sur le marché, d'autre part. Les buts de la régulation du médicament poursuivis par le législateur européen ont toujours été multiples. La directive 65/65 mentionnait déjà clairement les objectifs essentiels de sauvegarde de la santé publique et de respect du développement de l'industrie pharmaceutique et des échanges de médicaments au sein de la Communauté.

2. Les projets d'autorisation « adaptive » de mise sur le marché des médicaments

Depuis quelques années cependant, l'objectif de soutien à l'innovation a pris une dimension encore plus importante⁶³. La poursuite de cet objectif peut se faire de différentes manières⁶⁴. Concernant les procédures d'AMM, une réflexion favorable au développement d'une procédure permettant un gain de temps important pour un nombre plus élevé de médicaments que dans le cas des procédures accélérées actuelles – voire pour tous les nouveaux médicaments⁶⁵ – a été menée au sein de l'EMA. L'Agence a ainsi lancé en 2014 un

⁶² Certains auteurs considèrent que l'obligation d'un rapport bénéfice-risque positif dans le cas des procédures accélérées d'AMM n'est pas respectée. Voir en ce sens : LA SANTOS QUINTANO Ancel, « AMM « fractionnées » : mise en danger des patients et capture de la régulation », *Conférence-débat Pilule d'Or Prescrire* 2016, p. 2.

⁶³ COM (2008) 666 final.

⁶⁴ Voir les propositions formulées dans le rapport suivant : United Nations Secretary-General's High-Level Panel on Access to Medicines Report, Promoting innovation and access to health technologies, 2016.

⁶⁵ Proposition formulée par les auteurs suivants : EICHLER Hans-Georg et al., « Adaptive Licensing : Taking the next step in the evolution of drug approval », in *Clinical Pharmacology and therapeutics* (Alexandria) 2012 III pp. 426-437. En revanche, l'EMA, dans son rapport final sur son projet pilote mené de 2014 à 2016, a considéré que cette approche n'était pas adaptée pour tous les médica-

programme de recherche autour de l'idée d'une autorisation « adaptive » de mise sur le marché des médicaments, aussi appelée « AMM fractionnée » selon la traduction choisie pour le concept original d'*adaptive licensing* ou *adaptive pathways*. En théorie, l'autorisation fractionnée doit pouvoir être attribuée à partir de l'évaluation de données très limitées issues des résultats cliniques obtenus pour un groupe de patients très restreint. Une fois autorisés et mis sur le marché, les médicaments continuent à être testés en « grandeur réelle ». Les données collectées ne résultent plus d'essais cliniques conduits selon les règles de l'art⁶⁶, mais de données collectées à travers des études post-AMM devant permettre d'affiner peu à peu les données concernant l'efficacité et la sécurité du médicament⁶⁷. L'EMA résume ainsi sa proposition : « adaptive pathways seeks to balance timely access for patients who are likely to benefit most from the medicine with the need to provide adequate evolving information on the benefits and risks of the medicine itself »⁶⁸.

Il est trop tôt pour formuler un avis sur l'évolution envisagée par l'EMA. Pour autant, il est possible de constater qu'elle repose sur une approche du risque et de la protection de la sécurité des patients différente de celle qui a prévalu pendant plusieurs décennies en Europe. Alors que le principe traditionnel était l'assemblage des preuves de l'efficacité et de l'innocuité avant distribution à plus grande échelle des médicaments, il s'agit désormais d'observer et d'assembler les preuves une fois le médicament sur le marché. Selon l'EMA, le système européen de pharmacovigilance serait d'ailleurs aujourd'hui suffisamment performant à cet effet⁶⁹. Cette affirmation est discutable. D'une part, le législateur européen de 2010 ne voyait pas forcément la pharmacovigilance sous cet angle. Il est en effet bien précisé dans la directive 2010/84 « qu'un renforcement du système de pharmacovigilance [ne doit pas conduire] à l'octroi prématuré des autorisations de mise sur le marché »⁷⁰. D'autre part, l'efficacité complète du système de pharmacovigilance est très largement dépendante de la participation engagée des détenteurs d'AMM qui sont tenus de fournir de manière transparente toutes les informations détenues sur leurs médicaments

ments. Le groupe concerné reste cependant très large puisqu'il s'agit des médicaments pour lesquels il est difficile de rassembler des données. Le rapport donne comme exemple les médicaments destinés aux maladies infectieuses, à la maladie d'Alzheimer, aux maladies dégénératives et certains cancers. Voir : EMA, Final report on the adaptive pathways pilot, 28 juillet 2016, EMA/276378/2016.

⁶⁶ Voir : DAGRON Stéphanie, « Aktuelle Rechtsrahmen und Anforderungen für die Durchführung von klinischen Prüfungen in der Europäischen Union », in Christian Lenk et al. (édit.), *Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen*, Berlin, Heidelberg (Springer) 2014, pp. 525-530.

⁶⁷ EMA, Final Report on the adaptive pathways pilot, *op. cit.* note 65.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Directive 2010/83, considérant 10.

dans le cadre du contrôle post-AMM. La réalisation pratique de cet engagement fait l'objet aujourd'hui comme hier de larges interrogations⁷¹.

IV. Conclusion

La directive 85/374 relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux prévoit que la responsabilité du producteur n'est pas engagée 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 »⁷². L'Union européenne a développé un cadre réglementaire très précis et contraignant visant à assurer qu'au regard des connaissances scientifiques actuelles, les risques engendrés par les médicaments soient les plus réduits possible, la protection de la sécurité des patients et consommateurs figurant au premier plan de ses préoccupations. Pour autant, ce cadre est fragile. Les choix réalisés en faveur d'un renforcement des contrôles avant mise sur le marché des médicaments contribuent très certainement à l'augmentation des coûts de recherche et développement et au ralentissement du développement de nouveaux médicaments alors pourtant qu'il existe des besoins pressants dans de nombreux domaines comme celui des antibiotiques. L'encouragement de l'innovation et de la recherche doit-il pour autant passer par une accélération des procédures et un transfert toujours plus accentué des risques vers les patients dépourvus en supplément de moyens juridiques pour se retourner contre les détenteurs d'AMM ? Ou bien existe-t-il d'autres voies moins risquées pour les patients ? La question demeure posée.

⁷¹ Voir en ce sens SPRECHER Franziska, « Transparenz – Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Bâle) 2016 II pp. 139-250.

⁷² Directive 85/374 art. 7 e.

V. Bibliographie

- AQUILINO Morelle / PADIS Marc-Olivier, « Mediator : l'histoire d'une seconde défaite de la santé publique », in *Esprit* (Paris) 2011 p. 71-79.
- BONAH Christian / GAUDILLIÈRE Jean-Paul, « Faute, accident ou risque iatrogène ? La régulation des événements indésirables du médicament à l'aune des affaires Stalidon et Distilbène », in *Revue française des affaires sociales* (Paris) 2007 p. 123-151.
- DAGRON Stéphanie, « Regulating pharmaceuticals in Europe : A Human Rights Approach », in den Exter (édit.), *European Health Law, Antwerpen, Apeldoorn (Maklu)* 2017 p. 133-154.
- DAGRON Stéphanie, « Aktuelle Rechtsrahmen und Anforderungen für die Durchführung von klinischen Prüfungen in der Europäischen Union », in Christian Lenk et al. (édit.), *Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen*, Berlin, Heidelberg (Springer) 2014 p. 525-530.
- DAGRON Stéphanie, « Global Harmonization through Public-Private Partnership : The Case of Pharmaceuticals », *IRPA GAL Working Paper No. 2/2012*.
Online publication : <http://ssrn.com/abstract=1995035>.
- EICHLER Hans-Georg et al., « Adaptive Licensing : Taking the next step in the evolution of drug approval », in *Clinical Pharmacology and Therapeutics* (Alexandria) 2012 III p. 426-437.
- FARMER Paul, *Pathologies of power, Health, Human Rights, and the New War on the Poor, With a New Preface by the Author*, Berkeley, Los Angeles, London (University of California Press) 2005.
- GARRAUD Olivier / TISSOT Jean-Daniel, « Les produits sanguins thérapeutiques : des médicaments ou des produits de santé à part [Blood components : Are they drugs or special medicines ?] », in *Transfusion Clinique et Biologique : Journal de la société française de transfusion sanguine* (Paris) 2016 p. 127-131.
- United Nations Secretary-General's High-Level Panel on Access to Medicines Report, Promoting innovation and access to health technologies, 2016.
- JOURDAIN-FORTIER Clothilde, « L'affaire PIP ou la difficile réparation en Europe des dommages corporels de masse causés par un dispositif médical défectueux », in *Revue internationale de droit économique* (Dijon) 2015 p. 5-35.
- KIRK Beate, *Der Contergan-Fall, eine unvermeidbare Arzneimittelkatastrophe ? Zur Geschichte des Arzneistoffs Thalidomid*, Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft (Stuttgart) 1999.

- LA SANTOS QUINTANO Ancel, « AMM « fractionnées » : mise en danger des patients et capture de la régulation », *Conférence-débat Pilule d'Or Prescrire* (Paris) 2016.
- MAIO Giovanni, « Zur Geschichte der Contergan-Katastrophe im Lichte der Arzneimittelgesetzgebung », in *Deutsche medizinische Wochenschrift* (Stuttgart, New York) 2001 p. 1183-1186.
- OMS, Perspectives politiques de l'OMS sur les médicaments, 07 novembre 2003 - Une réglementation pharmaceutique efficace : assurer l'innocuité, l'efficacité et la qualité des médicaments, 2003.
- SPRECHER Franziska, « Transparenz – Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Bâle) 2016 II p. 139-250.
- SPRECHER Franziska, « Anpassung der Medizinproduktverordnung (MepV). Mehr Sicherheit bei Medizinprodukten – und Schritt halten mit der EU », *Sicherheit & Recht* (München) 2015 p. 115-120.
- SPRECHER Franziska, « Klinische Versuche mit Medizinprodukten : die Sicht des Arztes », in Rüttsche (édit.), *Medizinprodukte : Regulierung und Haftung, Weiterbildung Recht*, Bern (Stämpfli) 2013 p. 35-75.
- STORDEUR Sabine / VINCK Imgard / NEYT Mattias / VAN BRABANDT Hans / HULSTAERT Frank, « Mise sur le marché européen des dispositifs médicaux innovants à haut risque : l'efficacité clinique et la sécurité sont-elles garanties ? », in *Revue d'épidémiologie et de santé publique* (Paris) 2013 p. 105-110.
- THOMAS John W., « The Vioxx story : would it have ended differently in the European Union ? », in *American Journal of Law and Medicine* (Boston) 2006 p. 365-380.

La responsabilité pour produits pharmaceutiques défectueux dans la jurisprudence récente

FRANZ WERRO*

Table des matières

I.	Le jugement de la CJUE dans l'affaire Boston	79
A.	Le jugement	79
1.	Les questions du <i>Bundesgerichtshof</i> à la CJUE	79
2.	Les réponses de la CJUE	80
B.	L'analyse de l'arrêt Boston et de sa portée en droit suisse	81
1.	Le défaut du produit et la potentialité du dommage	82
2.	L'indemnisation du coût des mesures préventives	87
3.	La portée de l'arrêt	92
II.	La pilule contraceptive et l'arrêt Yasmin du Tribunal fédéral	95
A.	L'arrêt du Tribunal fédéral	96
1.	Les faits de la cause	96
2.	Les considérants de l'arrêt	96
B.	La consécration de la règle du <i>learned intermediary</i> et sa critique	97
1.	La portée de la règle	98
2.	La justification de la règle et ses exceptions	99
3.	Une appréciation critique	101
	Conclusion	102

La responsabilité pour produits pharmaceutiques défectueux relève principalement de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, laquelle a repris la directive européenne de 1985 en la matière (LRFP)¹. Le droit qui ré-

* Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law center.

¹ Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP), RS 221.112.944 ; Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210, 29-33.

sulte de l'application de ces textes émane ainsi non seulement de la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais aussi de celle de la Cour de Justice de l'Union européenne relative à la directive (CJUE)².

La directive de 1985 occupe une position emblématique dans l'harmonisation du droit privé que l'Union européenne s'efforce de mettre en place ici et là depuis près de quarante ans³. A bien des égards, l'harmonisation de la responsabilité du producteur marque le succès de cet effort, même si on peut regretter qu'elle ait entraîné le recul de la protection des consommateurs dans certains pays⁴. Il est vrai cependant que dans d'autres, elle l'a fait avancer⁵. En tous les cas, l'impact réel de la directive de 1985, comme d'autres, contraste singulièrement avec les écueils de la tentative d'unification plus ou moins générale du droit des obligations, tels qu'ils se sont manifestés à plusieurs reprises, et tout particulièrement avec le retrait fin 2014 du projet de règlement en matière de droit de la vente⁶.

La CJUE a rendu en 2015 un arrêt concernant la responsabilité du fabricant de produits médicaux défectueux⁷. Si ces produits se distinguent à certains égards des produits pharmaceutiques, les considérations émises sur la défini-

² Le Tribunal fédéral a en effet déclaré à plusieurs reprises qu'il entendait en principe suivre la jurisprudence de la CJUE en cette matière, comme pour d'autres directives que la Suisse a reprises avec le paquet de lois Swisslex. A ce sujet, cf. p. ex. ATF 137 III 226, consid. 2.2 ; sur l'ensemble de la question, cf. Franz WERRO, *La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'art. 208 al. 2 CO*, in : Stephan Fuhrer/Christine Chappuis (éd.), *Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2012, 472 ss (cité : La jurisprudence de la CJUE).

³ Pour un recueil des directives les plus importantes, cf. Marc Amstutz/Pascal Pichonnaz/Thomas Probst/Franz Werro (éd.), *Droit privé européen. Directives choisies*, Berne/Athènes 2005.

⁴ C'est le cas de la France, par exemple, qui connaissait, avant la transposition de la directive, un droit plus généreux en cette matière ; cf. CJUE, aff. C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (Commission c. France).

⁵ Il en est ainsi pour la Suisse ; cf. Franz WERRO, *La responsabilité civile*, 3ème éd., Berne 2017, n. 578 ss.

⁶ Sur cette question, cf. Franz WERRO/Pascal PICHONNAZ, *Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen*, in : Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (éd.), *Annuaire suisse de droit européen 2014/2015*, p. 249 ss.

⁷ Cf. Franz WERRO/Alborz TOLOU, *Le défaut potentiel et les mesures préventives dans la responsabilité du fait des produits défectueux – Une analyse à partir de l'arrêt Boston Scientific*, in : Astrid Epiney (éd.), *Die Schweiz und die europäische Integration / La Suisse et l'intégration européenne*, Zurich 2015, 277 ss. C'est trop tard pour l'analyser ici que nous avons pris connaissance d'un arrêt de la CJUE de 2017 dans une affaire de vaccin (W e.a./Sanofi Pasteur MSD, aff. C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, 21.06.2017). Dans cette affaire, la cour a admis qu'en l'absence d'un consensus scientifique, le défaut du vaccin et le lien de causalité entre celui-ci et une maladie peuvent se prouver par un faisceau d'indices graves, précis et concordants. La proximité temporelle entre l'administration d'un vaccin et la survenance d'une maladie, l'absence d'antécédents médicaux personnels et familiaux ainsi que l'existence d'un nombre significatif de cas répertoriés de survenance de cette maladie à la suite de telles administrations peuvent constituer des indices suffisants pour établir une telle preuve. A notre sens, cette décision ne contredit pas les principes généraux applicables en droit suisse de la preuve et, en tout état de cause, conformément à sa jurisprudence sur l'impact de la jurisprudence de la CJUE, le TF sera amené à la reprendre dans l'interprétation de la LRFP, indépendamment du produit (pharmaceutique ou non) qui est en cause.

tion du défaut dans cet arrêt sont en revanche pertinentes pour les deux, et il est donc opportun qu'on en aborde ici l'étude. Le Tribunal fédéral a, quant à lui, rendu un arrêt concernant un médicament dont son usagère plaidait la défectuosité⁸. De deux manières, certes distinctes, la jurisprudence récente permet donc de faire le point dans la matière qui nous intéresse ici.

Les développements qui suivent auront successivement pour objet l'analyse des arrêts de la CJUE (I.) et du Tribunal fédéral (II.).

I. Le jugement de la CJUE dans l'affaire Boston

Une affaire allemande a donné lieu à un jugement de la CJUE en 2015. Même s'il concerne des produits médicaux, dont on ne saurait ignorer la spécificité, ce jugement marque de manière importante l'actualité du droit de la responsabilité du fabricant de produits défectueux, aussi bien en relation avec la notion de défaut que celle de dommage. Il convient ici d'en présenter le contenu (A.) puis d'en analyser les considérants et la portée, aussi bien en droit européen qu'en droit suisse (B.).

A. Le jugement

On présentera ici brièvement le contexte, les questions posées par le *Bundesgerichtshof* (1.) et les réponses données par la CJUE (2.)⁹.

1. Les questions du *Bundesgerichtshof* à la CJUE

L'arrêt *Boston* est venu mettre un terme à deux affaires opposant Boston Scientific Medizintechnik GmbH (ci-après : BS), société fille de la société Boston Scientific Corporation (ci-après : BSC), à l'assurance AOK Sachsen-Anhalt (ci-après : AOK), d'une part, et à la Betriebskrankenkasse RWE (ci-après : RWE), d'autre part. L'activité de BSC consiste dans la fabrication et la vente de simulateurs cardiaques et de défibrillateurs automatiques implantables¹⁰.

Dans la première affaire, BSC a constaté qu'un élément utilisé pour sceller de manière hermétique les simulateurs cardiaques pouvait éventuellement devenir progressivement défaillant¹¹. BSC a dès lors recommandé aux médecins d'envisager le remplacement de ces simulateurs portés par leurs patients.

⁸ TF, 4A_365/2014 ; TF, 4A_371/2014.

⁹ Les développements qui suivent reprennent en partie la contribution citée plus haut (WERRO/TOLOU, note 7). Le présent texte a laissé de côté certains développements et en a modifié la présentation sur quelques points, moins dans le fond que dans la forme.

¹⁰ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 12 (Boston Scientific).

¹¹ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 14 (Boston Scientific).

Malgré la prescription des droits à la garantie, BSC s'est engagé à mettre à disposition gratuitement de nouveaux stimulateurs cardiaques¹². À la suite de cette recommandation, deux bénéficiaires de la couverture d'assurance AOK ont reçu un nouveau stimulateur. Subrogée dans les droits des deux bénéficiaires, AOK a ouvert action en responsabilité contre BS en lui réclamant le paiement des coûts liés aux implantations des premiers stimulateurs cardiaques. Les instances nationales inférieures au *Bundesgerichtshof* allemand ont toutes retenu la responsabilité de BS¹³.

La seconde affaire oppose BS à RWE. Dans une nouvelle lettre, BSC a informé les médecins traitants que le défaut d'un interrupteur magnétique pouvait affecter le fonctionnement de ses défibrillateurs implantables¹⁴. BSC a recommandé aux médecins traitants de désactiver l'interrupteur magnétique des défibrillateurs concernés¹⁵. Un assuré de RWE s'est fait remplacer son défibrillateur de manière anticipée par son médecin¹⁶. Subrogée dans les droits du patient, RWE a exigé de BS le remboursement des coûts liés à l'opération d'échange de défibrillateur¹⁷. Les instances nationales inférieures allemandes ont toutes retenu la responsabilité de BS¹⁸. L'affaire a été portée à la connaissance du *Bundesgerichtshof*.

Pour ces deux affaires, le *Bundesgerichtshof* a fait un renvoi préjudiciel à la CJUE (article 277 TFUE). En substance, il a demandé en premier lieu si on peut considérer un produit médical posé dans le corps humain comme défectueux au sens de l'article 6 par. 1 dir. 85/374, dès lors que des produits appartenant au même groupe présentent un risque de défaillance, sans qu'il soit nécessaire de démontrer le défaut du produit concerné. En second lieu, et en cas de réponse positive à la première question, le *Bundesgerichtshof* a demandé si les coûts de l'opération de remplacement du produit défectueux constituent un dommage qui doit être mis à la charge du producteur au sens des articles 1 et 9 let. a dir. 85/374.

2. Les réponses de la CJUE

Dans un jugement joint, la CJUE a répondu à la première question qu'en vertu de l'article 6 par. 1 dir. 85/374, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu des circons-

¹² CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 15 (Boston Scientific).

¹³ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 18 (Boston Scientific).

¹⁴ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 19 (Boston Scientific).

¹⁵ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 21 (Boston Scientific).

¹⁶ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 22 (Boston Scientific).

¹⁷ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 23 (Boston Scientific).

¹⁸ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 24 (Boston Scientific).

tances. Conformément au considérant 6 de la directive, la sécurité attendue se mesure au regard des attentes légitimes du public, en tenant compte notamment de la destination, des caractéristiques et des propriétés objectives du produit en cause ainsi que des spécificités des utilisateurs auxquels le produit est destiné¹⁹. S'agissant de dispositifs médicaux, ces attentes sont particulièrement élevées, en raison de leur fonction et de la vulnérabilité particulière des patients qui les utilisent²⁰. Le constat d'un défaut potentiel d'un groupe de produits permet de qualifier de défectueux tous les produits de ce groupe, sans qu'il soit besoin de démontrer le défaut du produit dans un cas donné.

A la seconde question, la CJUE a répondu que le dommage causé par une opération chirurgicale de remplacement d'un produit médical défectueux, comme ceux en cause dans ces deux affaires, constitue un « dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles » au sens des articles 1 et 9 let. a dir. 85/374 lorsque cette opération est nécessaire pour éliminer le défaut du produit considéré²¹. Dans le cas d'espèce, la CJUE a relevé que BSC avait recommandé aux médecins d'envisager d'échanger les stimulateurs cardiaques concernés, de sorte que les coûts liés à l'échange des stimulateurs et ceux liés aux opérations chirurgicales constituent un dommage au sens de l'article 9 let. a dir. 85/374²². Concernant les défibrillateurs automatiques, la CJUE a constaté que BSC avait uniquement recommandé aux médecins de désactiver l'interrupteur magnétique²³. Partant, BSC ne saurait supporter les coûts de remplacement des défibrillateurs que dans l'hypothèse où une désactivation de l'interrupteur magnétique n'aurait pas suffi à éliminer le défaut, compte tenu des circonstances du cas. La CJUE a laissé le soin au *Bundesgerichtshof* allemand d'apprécier ce qu'il en était en l'espèce²⁴.

B. L'analyse de l'arrêt Boston et de sa portée en droit suisse

Les développements qui suivent auront successivement pour objet l'examen critique de la notion de défaut potentiel (1.) et celui de l'indemnisation des mesures préventives en tant que dommage corporel (2.). Ils se termineront avec une analyse de la portée de l'arrêt en droit suisse (3.).

¹⁹ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 44 ss (Boston Scientific).

²⁰ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 39 (Boston Scientific).

²¹ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 47 (Boston Scientific).

²² CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 52 (Boston Scientific).

²³ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 53 (Boston Scientific).

²⁴ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 54 (Boston Scientific).

1. Le défaut du produit et la potentialité du dommage

Pour apprécier l'utilité du défaut potentiel (c.), l'analyse portera d'abord sur le caractère normatif du défaut (a.), puis sur les différents types de défauts (b.)²⁵.

a. La notion du défaut

L'affaire *Boston* constitue le premier arrêt de la CJUE qui traite de la notion de défaut au sens de l'article 6 dir. 85/374. Dans cette affaire, la CJUE interprète cette notion de manière large, puisqu'elle retient qu'elle englobe la simple potentialité d'un défaut. Elle retient que le défaut se définit comme l'absence de sécurité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre, compte tenu de l'ensemble des circonstances²⁶.

Comme le souligne justement l'Avocat général dans ces conclusions²⁷, cette notion laisse une grande marge de manœuvre au juge, dont le rôle consiste à établir dans chaque cas particulier le degré de sécurité attendu et, partant, le seuil à partir duquel un défaut peut être retenu. En cela, le défaut doit être apprécié de manière objective et concrète²⁸. Pour retenir l'existence d'un défaut dans l'affaire ici discutée, la CJUE a tenu compte de la particularité du produit en cause, du risque élevé de dommage qu'il présentait et de la gravité du dommage qui pouvait en résulter.

Pour apprécier la sécurité raisonnablement attendue, la CJUE s'est fondée sur les attentes du patient²⁹. En matière de produits médicaux, certains auteurs sont d'avis que l'analyse de la sécurité doit se fonder sur les attentes du médecin qui implante le produit et non pas sur celles de l'utilisateur final du produit³⁰. Ils justifient leur point de vue en considérant que le patient n'est pas en mesure d'apprécier les risques liés à l'utilisation d'un produit médical et que ses attentes sont souvent déçues dès l'instant où le produit ne présente pas les

²⁵ Une discussion sur le fardeau de la preuve du défaut, à la charge du lésé selon l'art. 4 dir. 85/374, n'a pas sa place ici, dès lors que le producteur reconnaissait lui-même l'existence du défaut.

²⁶ Pour une définition du défaut dans la LRFP, cf. WERRO (note 5), N 630 ss ; Walter FELLMANN/Andrea KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. 1, 2012, N 1140 ss.

²⁷ Conclusion du 21 octobre 2014 de l'Avocat général BOT dans l'affaire C-503/13 et C-504/13 (*Boston Scientific*), pt. 30.

²⁸ Cf. Conclusion du 21 octobre 2014 de l'Avocat général BOT dans l'affaire C-503/13 et C-504/13 (*Boston Scientific*), pt. 29. En droit suisse, cf. ATF 137 III 226, cons. 3.2 ; ATF 133 III 81, cons. 3.1 ; WERRO (note 5), N 631 ; Franz WERRO, *La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte ?*, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éd.), *Responsabilités objectives*, Journée de la responsabilité civile 2002, 2003, 29 ss, 32 ; Walter FELLMANN/Gabrielle VON-BÜREN-VON MOOS, *Grundriss der Produkthaftpflicht*, 1993, N 77 ; FELLMANN/KOTTMANN (note 26), N 1142.

²⁹ Cf. CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 39 (*Boston Scientific*).

³⁰ Cf. p. ex. FELLMANN/KOTTMANN (note 26), N 1144, qui mentionnent aussi un arrêt du Tribunal lucernois allant dans ce sens ; Albert Sánchez GRAELLS, *Don't skip a beat : CJEU intends to strengthen consumer protection of medical devices but does it ?* (C-503/13), in : <<http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/03/dont-skip-beat-cjeu-intends-to.html>> (consulté le 28.02.2017).

résultats auxquels il s'attendait³¹. Cette approche n'emporte pas la conviction³². Le degré de sécurité d'un produit doit s'apprécier selon les attentes des personnes qui sont susceptibles de subir un dommage en cas de défaut. Or, en matière médicale, c'est bien le patient qui supporte le risque de dommage matériel ou corporel en cas de défaut du produit. Le fait que les attentes du patient sont, en matière médicale, souvent déçues dès l'instant où il n'obtient pas le résultat qu'il espérait n'est pas pertinent. À cet égard, il convient de rappeler que le défaut s'apprécie selon les attentes légitimes de l'utilisateur moyen, et non pas sur celles de la personne lésée³³. Le fait que le patient n'a aucune relation avec le producteur n'est non plus pertinent, car, en tant qu'elle instaure une responsabilité extracontractuelle, la directive 85/374 vise précisément à rendre responsable le producteur en l'absence de tout lien contractuel avec le lésé.

Apprécier le défaut en se fondant sur le degré de sécurité attendu défini par rapport aux attentes du patient et en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas et notamment de la particularité du produit en cause, comme le fait la Cour, est convaincant. La Cour a aussi admis avec raison qu'il n'était pas nécessaire de démontrer le défaut du produit en cause dans les cas litigieux, dès lors que la société BSC avait admis le risque que présentaient ses produits³⁴. Le fait de recourir à la notion de défaut potentiel, comme l'a fait la Cour, est en revanche plus douteux. En effet, lorsqu'un groupe de produits présente un risque de dysfonctionnement et donc de dommages, ce groupe de produits est d'ores et déjà défectueux, et pas seulement potentiellement (cf. *infra*). Pour le démontrer, il convient d'abord de rappeler la définition des différents types de défauts.

b. Les différents types de défauts

Dans son arrêt, la CJUE ne s'est pas arrêtée sur la question de savoir quel type de défaut affectait le stimulateur cardiaque et le défibrillateur. Comme on le verra plus loin, une telle analyse lui aurait peut-être été utile³⁵. Quoi qu'il en soit, si la directive 85/374 ne distingue pas expressément différents types de

³¹ FELLMANN/KOTTMANN (note 26), N 1144.

³² Du même avis, cf. Corinne WIDMER LÜCHINGER, *Die Haftung für fehlerhafte Medizinprodukte*, in : Bernhard Rüttsche (éd.), *Medizinprodukte : Regulierung und Haftung*, Berne 2013, 209 ss, 214 s. ; Erdem BÜYÜKSAGIS, *Et si Dr House évoquait le défaut potentiel de votre pacemaker...*, PJA 2016, 14 ss, 19.

³³ WERRO (note 5), N 631.

³⁴ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 41 (Boston Scientific).

³⁵ Dans ses conclusions, l'Avocat général avait retenu que les appareils présentaient un défaut dans sa conception ; cf. Conclusion du 21 octobre 2014 de l'Avocat général BOT dans l'affaire C-503/13 et C-504/13 (Boston Scientific), pt. 52.

défaut³⁶, la doctrine admet à juste titre qu'il convient d'en retenir trois : le défaut de fabrication, le défaut de conception et le défaut de présentation³⁷.

Il y a *défaut de fabrication* lorsqu'un produit isolé s'écarte de ce qu'il devrait être selon la conception du fabricant³⁸. On vise l'écart entre le produit dommageable et celui correctement conçu³⁹. Malgré tous les contrôles du fabricant, la production génère le risque de la survenance d'un défaut de fabrication⁴⁰. Compte tenu de son caractère imprévisible et le plus souvent incompressible, le défaut de fabrication est celui qui a donné naissance à la responsabilité sans faute du producteur. Face au risque d'un tel défaut, la Cour suprême californienne est la première à avoir conçu l'opportunité d'une *strict liability*⁴¹. C'est de ce modèle que la directive de 1985 s'est inspirée.

Il y a *défaut de conception* quand l'absence de sécurité affecte le produit tel qu'il a été pensé⁴². L'absence de sécurité ne concerne donc pas seulement le produit dommageable du cas d'espèce, mais tous les produits du même type ou de la même série de production⁴³. Contrairement au défaut de fabrication, le défaut de conception présente un caractère évitable⁴⁴. Il en résulte que l'appréciation d'un tel défaut intègre des considérations liées à la diligence du producteur dans la conception du produit⁴⁵.

Il y a *défaut de présentation* quand le produit n'est pas accompagné d'une information adéquate sur les dangers qu'il présente⁴⁶. À nouveau, la question relève d'une appréciation qui met en cause la manière dont le producteur s'est comporté et se rapproche pour cette raison d'une responsabilité pour manque de diligence plus que d'une responsabilité pour risque, comme c'est le cas pour le défaut de fabrication.

³⁶ Cf. Erdem BÜYÜKSAGIS, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits – Analyse économique et comparative*, th. Fribourg, 2005, 283. Il en va différemment en droit américain, cf. Restatement (3rd) of Torts, § 2.

³⁷ En droit suisse, cf. ATF 133 III 81, cons. 3.2 ; TF, 4C.307/2005, cons. 3 ; WERRO (note 5), N 591 et les réf. citées ; Hans-Joachim HESS, *Kommentar zum Produkthaftungsgesetz (PrHG)*, 2^e éd., 1996, art. 4 N 21 ss. Pour une analyse approfondie, cf. BÜYÜKSAGIS (note 36), 283 ss.

³⁸ WERRO (note 5), N 643 ; BÜYÜKSAGIS (note 36), 284. Pour un exemple, cf. l'ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378, dans lequel la rupture de la boucle de suspension incrustée dans l'armature d'une dalle en béton armé a fait tomber celle-ci sur le travailleur chargé de la mettre en place.

³⁹ WERRO (note 5), N 643 ; HESS (note 37), art. 4 N 37.

⁴⁰ WERRO (note 5), N 656 ; Armin TÖPFER/Swen GÜNTHER, *Steigerung des Unternehmenswertes durch Null-Fehler-Qualität als strategisches Ziel : Überblick und Einordnung der Beiträge*, in : Armin Töpfer (éd.), *Six Sigma, Konzeption und Erfolgsbeispiele für praktizierte Null-Fehler-Qualität*, 4^e éd., 2007, 3 ss, 3 ; BÜYÜKSAGIS (note 36), 285, qui parle de « risque incompressible ».

⁴¹ Greenman v. Yuba Power Products, Inc., 59 Cal. 2d 57 (1963).

⁴² WERRO (note 5), N 645 ; HESS (note 37), art. 4 N 22.

⁴³ WERRO (note 5), N 645.

⁴⁴ BÜYÜKSAGIS (note 36), 291.

⁴⁵ À ce sujet, cf. WERRO, *La responsabilité objective* (note 28), 46.

⁴⁶ WERRO (note 5), N 596 ; HESS (note 37), art. 4 N 41 ; BÜYÜKSAGIS (note 36), 295.

Pour une partie importante de la doctrine, la distinction entre les différents types de défauts a une portée normative, dès lors qu'elle se reporte sur le fondement exact de la responsabilité et sur les moyens dont peut disposer le producteur pour échapper à sa responsabilité.⁴⁷ En effet, le défaut de conception se fonde sur le manque de diligence du producteur, alors que le défaut de fabrication trouve son vrai fondement dans le risque⁴⁸. A l'inverse, on ne saurait retenir un défaut de conception sans se demander comment le producteur aurait pu ou dû concevoir le produit autrement⁴⁹. Cette analyse implique qu'on juge du « bon » comportement du producteur ainsi que des moyens financiers et techniques qu'il a mis en œuvre pour parvenir à un certain niveau de sécurité⁵⁰. Pour établir un défaut de fabrication, on se limite en revanche à comparer l'état du produit dommageable avec l'état du produit planifié⁵¹. Lorsque le degré de sécurité du produit dommageable est inférieur à celui du produit envisagé, il y a un défaut⁵². Il n'y a pas lieu de s'interroger sur le comportement opportun ou non du producteur.

La distinction entre les différents types de défaut a aussi des effets sur les moyens de défense dont dispose le producteur. L'article 7 let. e dir. 85/374 et l'article 5 al. 1 let. e LRFP permettent au producteur de se libérer de sa responsabilité en apportant la preuve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler l'existence du défaut. Ce moyen de défense se rattache aux risques de développement, que sont les risques imprévisibles et non identifiables lors de la mise en circulation du produit, compte tenu de l'état objectif des connaissances scientifiques et techniques⁵³. Un tel moyen de défense ne fait pas de sens lorsqu'on est en présence d'un défaut de fabrication⁵⁴.

⁴⁷ Sur les différences qu'entraînent les divers types de défauts, cf. Franz WERRO, *Le défaut du produit, ses catégories, sa preuve et les instructions du fabricant*, RSJ 2008, 257, 261 ss ; HESS (note 37), art. 4 N 4 ; cf. aussi Roland BÜHLER, *Definition des Produktfehlers im Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)*, PJA 1993 1425 ss, 1428 s. ; *contra* FELLMANN/KOTTMANN (note 26), N 1145 ; Ingeborg SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 6e éd., 2012, N 53.37 ; Vito ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2002, N 366. Il arrive que des tribunaux rejettent la portée normative de la distinction ; ce point de vue repose sur une appréciation des faits de l'espèce qui impose l'existence du défaut, mais on ne saurait le généraliser. Pour des exemples de cette approche, cf. ATF 133 III 81, cons. 3.2 et 4.1 ; cf. ég. *A & Others v. National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289, § 39 s.

⁴⁸ WERRO, RSJ 2008 (note 47), 262.

⁴⁹ WERRO, RSJ 2008 (note 47), 262 ; BÜYÜKSAGIS (note 36), 293 s.

⁵⁰ WERRO, RSJ 2008 (note 47), 262 ; BÜYÜKSAGIS (note 36), 293 s.

⁵¹ WERRO (note 5), N 654 ; BÜYÜKSAGIS (note 36), 289.

⁵² WERRO (note 5), N 654 ; BÜYÜKSAGIS (note 36), 289.

⁵³ WERRO (note 5), N 708 ; HESS (note 37), art. 5 N 55.

⁵⁴ Dans ce sens, cf. BGH, NJW 1995 2162. Pour une analyse comparative, cf. Franz WERRO/Vernon V. PALMER/Anne-Catherine HAHN, *Strict Liability in European Tort Law: Is There A Common Core ?*, in : Franz Werro/Vernon V. Palmer (éd.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law, The Common Core of European Private Law*, 2004, 441 ss. Sur l'ensemble de la question, cf. WERRO, RSJ 2008 (note 47), 261.

c. *L'opportunité de la notion du défaut potentiel ?*

Ce rappel des différents types de défauts et de leur portée parfois contestée permet de mettre en doute plus clairement l'opportunité de la notion de défaut potentiel que la Cour a retenue. Comme on le verra, la potentialité du défaut ne trouve en effet aucune place dans la typologie retenue.

Pour ce qui est du défaut de fabrication, celui-ci n'a de sens que lorsqu'il s'est matérialisé dans un produit. Par conséquent, on ne saurait admettre qu'un produit présente un défaut de fabrication du fait que celui-ci pourrait se produire. Admettre l'inverse reviendrait en réalité à qualifier tous les produits de défectueux, dès lors qu'un défaut de fabrication est statistiquement inévitable⁵⁵. Si défaut potentiel il devait y avoir, ce devrait être en relation avec un autre type de défaut que celui de fabrication. On notera à cet égard que lorsque certains produits présentent un risque potentiellement plus élevé d'être défectueux que d'autres produits du même type, ils ne présentent pas un défaut de fabrication, mais bien de conception⁵⁶.

Au demeurant, pour le défaut de conception précisément, la notion de défaut potentiel ne convainc pas non plus. Lorsqu'un type ou une série de produits présentent une sécurité inférieure à celle attendue, il y a défaut de conception, indépendamment de la question de savoir si, dans un cas donné, le défaut s'est matérialisé dans un produit donné ou s'il a provoqué un dommage à son utilisateur. On gardera à l'esprit que l'existence d'un défaut n'implique pas nécessairement la survenance d'un dommage.

Il en va de même pour le défaut de présentation. Celui-ci ne laisse pas de place à la potentialité : soit l'information est adéquate, de sorte qu'on ne saurait parler de défaut, soit elle ne l'est pas, ce qui a pour effet que le produit est défectueux.

De ce qui précède, il faut conclure que la notion de défaut potentiel n'a pas sa place dans la notion de défaut. En réalité, et là réside la solution, contrairement à ce que la Cour a suggéré dans l'affaire ici présentée, ce n'est pas le défaut qui est potentiel, mais bien le dommage qui peut résulter d'un produit ou d'un certain nombre de produits. En présence d'un défaut de conception, tel que ceux en cause dans le cas ici discuté, l'utilisateur du produit risquait potentiellement de subir un dommage.

La question n'est dès lors pas celle de savoir si on est en présence d'un défaut potentiel, mais bien s'il suffit d'un dommage potentiel pour admettre que la responsabilité du producteur est engagée lorsqu'une série de produits est

⁵⁵ BÜYÜKSAGIS (note 36), 285.

⁵⁶ BÜYÜKSAGIS (note 36), 285.

défectueuse. Il faut répondre de manière nuancée à la question : lorsqu'un produit est mal conçu et qu'il risque de causer un dommage, il doit, à certaines conditions, engager la responsabilité du producteur, afin de permettre à l'utilisateur d'agir de manière préventive pour éviter que le défaut lui cause un dommage. C'est la question de l'indemnisation des mesures de prévention, qu'il conviendra d'analyser plus loin (cf. *infra*). Bien que dans son résultat, la position ici développée rejoint celle retenue par la Cour dans le résultat, elle a le mérite de ne pas laisser penser que la notion de défaut a été, à tort, étendue.

2. L'indemnisation du coût des mesures préventives

Pour répondre à la seconde question posée par le *Bundesgerichtshof*, la Cour a dû analyser la notion de dommage au sens des articles 1 et 9 de la directive 85/374. En substance, elle a retenu que celui-ci comprenait les frais résultant des mesures préventives (a.), mais que ceux-ci devaient se limiter aux mesures nécessaires (b.). On terminera l'examen de l'analyse entreprise avec celui de la question de savoir si le coût de remplacement d'un produit entre dans la notion de dommage consécutif au défaut (c.).

a. Les mesures préventives comme dommage au sens de la directive 85/374

Le droit de la responsabilité civile a une fonction compensatrice et préventive⁵⁷. Il vise en premier lieu à réparer le dommage qu'a subi le lésé. En second lieu, il a pour but de faire pression sur les justiciables pour qu'ils se comportent de telle manière à éviter la survenance d'un dommage⁵⁸. Dans la responsabilité du fait des produits, l'utilisateur d'un produit défectueux doit en principe attendre que le défaut lui cause un dommage avant de pouvoir agir en réparation. Toute action anticipée est considérée comme une mesure préventive. L'unique enjeu de l'assimilation du défaut potentiel au défaut est dès lors celui de permettre au lésé d'obtenir la réparation des mesures préventives sur la base de la directive 85/374. Ainsi, l'indemnisation des mesures préventives est l'élément central de l'arrêt *Boston*. Dans cette affaire, la CJUE a retenu que le dommage corporel au sens de l'article 9 let. a dir. 85/374 inclut les frais de remplacement d'un produit qui court le risque d'être défaillant. Elle justifie son point de vue par l'interprétation large qu'il convient de donner à la notion de « dommage causé par des lésions corporelles ».

⁵⁷ TF, 4A_61/2015, cons. 3.1 (25.06.2015).

⁵⁸ WERRO (note 5), N 6 ; Franz WERRO, *Le dommage : l'état d'une notion plurielle*, in : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éd.), *Le dommage dans tous ses états – Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Berne 2013, 4 ; Heinrich HONSELL/Bernhard ISENRING/Martin A. KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5e éd., 2013, § 1 N 66.

Considérer que de tels coûts liés aux mesures préventives constituent un dommage corporel revient à étendre cette notion. Traditionnellement, le dommage corporel est en effet défini comme la diminution involontaire du patrimoine qui résulte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique du lésé⁵⁹. Or, dans l'affaire *Boston*, il n'y a pas eu d'atteinte à l'intégrité corporelle. Le but de l'intervention du médecin était précisément d'éviter que le défaut ne cause une telle atteinte. Cette intervention visait ainsi à prévenir un dommage corporel. De ce fait, on ne saurait retenir que les coûts d'intervention constituent un dommage corporel : il serait plus adéquat d'y voir un dommage de prévention⁶⁰.

En affirmant que la notion de dommage corporel inclut les coûts visant à éviter la survenance d'un tel dommage, et donc en définitive les mesures préventives, la CJUE s'affranchit, non sans risque, de la notion classique du dommage. Une telle jurisprudence pourrait en effet compliquer le rapport entre le droit européen et le droit privé national. Ainsi, la position de la CJUE se concilie-t-elle mal avec le droit suisse, qui n'inclut pas dans le dommage corporel les mesures préventives.

En revanche, le problème ne se poserait pas si la Cour avait retenu que la directive 85/374 répare non seulement les dommages corporels et matériels, mais aussi les coûts des mesures préventives prises dans le but d'éviter qu'un défaut ne cause de tels dommages. En effet, il ne fait pas de doute qu'il se justifie d'indemniser les mesures préventives dès lors qu'elles sont nécessaires et proportionnées, en ce sens qu'elles sont propres à « prévenir le risque de défaillance en cause et [qu'elles ne peuvent être remplacées] par des mesures moins dommageables »⁶¹. Il est vrai que la Cour se serait alors affranchie de la lettre de l'article 9 qui limite le dommage réparable au dommage corporel et à certains dommages matériels. Le texte ne saurait toutefois jouer ici un rôle décisif, puisque celui-ci ne contient pas non plus une référence au dommage résultant de mesures préventives. Il était dès lors préférable de détacher ce dernier de l'une ou l'autre catégorie des dommages réparables et d'admettre qu'il fait partie du dommage que la directive 85/374 entend en principe réparer.

Dans l'affaire *Boston*, la réparation des mesures préventives était d'autant plus justifiée qu'elles faisaient précisément suite aux recommandations du producteur. Il est normal qu'une société, qui recommande à des utilisateurs de remplacer des produits potentiellement défectueux qu'elle a commercialisés

⁵⁹ En droit suisse, cf. WERRO (note 5), N 593.

⁶⁰ Sur l'indemnisation des mesures préventives en droit suisse, cf. Benoît CHAPPUIS, *L'indemnisation des mesures préventives*, in : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éd.), *Le dommage dans tous ses états – Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Berne 2013, 155 ss.

⁶¹ Conclusion du 21 octobre 2014 de l'avocat général BOT dans l'affaire C-503/13 et C-504/13, pt. 69.

afin d'éviter qu'ils ne causent un dommage qui engagera sa responsabilité, soit tenue de prendre en charge l'ensemble des coûts engendrés par le remplacement. Ce n'est ni à l'utilisateur final ni au cocontractant du producteur d'assumer une part des mesures qui visent à permettre au producteur d'éviter que sa responsabilité soit engagée pour de lourds dommages.

b. Le lien de causalité comme limite à la réparation

La question de savoir si le coût d'une mesure préventive constitue un dommage est délicate. On retient généralement deux types de mesures préventives : les mesures préventives anticipées, soit celles prises avant la survenance du fait générateur de responsabilité, et les mesures préventives différées, soit celles qui sont prises après la survenance du fait générateur de responsabilité civile, mais avant la survenance d'un dommage⁶². En lien avec les conditions de la responsabilité, la mesure préventive pose un double problème : en premier lieu, la mesure est prise volontairement par le lésé ; en second lieu, le lien de causalité entre la mesure prise et le fait générateur de responsabilité civile peut être difficile à établir⁶³.

Dans l'affaire ici présentée, la CJUE a été attentive à la question du lien de causalité lorsqu'elle a affirmé que le producteur ne saurait être tenu au remboursement des coûts de l'intervention liés au remplacement du défibrillateur, tant qu'il n'était pas établi que cette intervention était nécessaire pour supprimer le dommage potentiel. Ainsi, la CJUE a clairement délimité la possibilité de réparer les mesures préventives : seules les mesures nécessaires pour l'élimination d'un risque de dommage à la suite d'un défaut peuvent être mises à la charge du producteur.

L'objection selon laquelle la mesure préventive ne saurait constituer un dommage, dès lors qu'elle a été prise volontairement par le prétendu lésé, n'est pas convaincante. Le caractère involontaire de la diminution du patrimoine doit s'analyser de manière globale et en tenant compte de la source de la diminution⁶⁴. Le fait que la mesure préventive ait été effectivement prise par le lésé est certes délibéré, mais elle a pour but d'éviter la survenance d'un dommage qui lui n'est pas volontaire. La cause de la mesure préventive n'est pas imputable au lésé.

⁶² CHAPPUIS (note 60), 157 ; Annick ACHTARI, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage*, th. Fribourg, 2008, N 212 ss. Sur l'ensemble de la question, cf. Mirco ANDEREGG, *Der Ersatz von Schadenabwehrkosten – Eine Analyse zum Recht der unerlaubten Handlungen*, th. Fribourg, 2014.

⁶³ Tout particulièrement lorsqu'on est en présence d'une mesure préventive anticipée ; à ce sujet, cf. CHAPPUIS (note 60), 176 ss.

⁶⁴ Gilles PETTPIERRE, *Le préjudice patrimonial et le tort moral : vers de nouvelles frontières ?*, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éd.), *Le préjudice – Une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005, 63 ss, 67.

c. *Le coût des mesures préventives et le dommage consécutif au défaut*

La directive 85/374 vise la réparation du dommage consécutif au défaut (*Mangelfolgeschaden*) et non pas celle du dommage du défaut (*Mangelschaden*) (cf. article 9 let. b dir. 85/374 et article 1 al. 1 let. b LRFP)⁶⁵. Dans les conceptions suisses, on parle de dommage consécutif au défaut lorsque la diminution involontaire du patrimoine du lésé trouve sa source dans le défaut de la chose, sans pour autant se confondre avec la moins-value du produit résultant du défaut, de sorte qu'elle est la conséquence du défaut.⁶⁶ À l'inverse, le dommage du défaut est la diminution du patrimoine qui se confond avec la moins-value du produit résultant du défaut⁶⁷.

En doctrine suisse, on considère que les frais engendrés par le remplacement ou la réparation d'une chose ou d'un ouvrage défectueux ne constituent pas un dommage consécutif au défaut, mais sont couverts par le droit de garantie exercé⁶⁸. Cette approche n'a au demeurant pas empêché la Cour de considérer que les frais de remplacement d'un stimulateur cardiaque ou d'un défibrillateur défectueux constituent un dommage consécutif au défaut et entrent ainsi dans le champ d'application de la directive 85/374.

En interprétant la notion de dommage consécutif au défaut dans le prolongement de la conception (suisse) rappelée, la Cour aurait mieux fait de retenir que les frais (préventifs) de remplacement d'un produit potentiellement défectueux doivent être mis à la charge du vendeur, et non pas du producteur, sur

⁶⁵ En droit suisse, cf. WERRO (note 5), N 591 et les réf. citées ; FELLMANN/KOTTMANN (note 26), N 1118 ss.

⁶⁶ En droit suisse, cf. TF, 4C.130/2006, cons. 6.1 (08.05.2007) ; Gaudenz G. ZINDEL/Urs PULVER *ad art.* 368 N 70, in : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éd.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR, Basler Kommentar*, 5e éd., 2011 ; Peter GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5e éd., 2011, N 1855 ; Theodor BÜHLER in : *Zürcher Kommentar, art. 363-379 OR – Der Werkvertrag*, v. 5/2d, 3e éd., Zurich 1998, *ad art.* 368 N 172.

⁶⁷ Pour un exemple en droit suisse, cf. ATF 136 III 273, cons. 2.5, dans lequel le maître d'ouvrage obtient la condamnation de l'entrepreneur au paiement des frais de réparation d'un ouvrage défectueux. Ces frais constituent la contre-valeur de la créance en réparation. Il ne s'agit dès lors pas d'un dommage consécutif au défaut, mais bien d'un dommage du défaut.

⁶⁸ Cf. Peter GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5e éd., Zurich 2011, N 1860 ; cf. aussi Blaise CARRON/Yann FÉROLLES, *Le dommage consécutif au défaut*, in : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éd.), *Le dommage dans tous ses états – Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Berne 2013, 91 ; Silvio VENTURI/Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN *ad art.* 206 N 5, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO, Commentaire romand*, Bâle/Zurich/Genève, 2e éd., 2012. En droit européen, cf. CJUE, aff. C-65/09 et C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, pt. 56 (Weber), où la CJUE a considéré que les frais de remplacement et d'installation d'un lave-vaisselle défectueux doivent être pris en charge par le vendeur, en application de l'art. 3 par. 3 dir. 99/44, et ce, alors même que le contrat initial ne prévoyait pas le montage et l'installation du lave-vaisselle. Pour une analyse de cet arrêt, cf. Pascal PICHONNAZ/Franz WERRO/Béatrice HURNI, *Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen*, in : Annuaire suisse de droit européen 2010/2011, 203 ss, 214 ss ; cf. aussi ATF 136 III 273, cons. 2.6, où le Tribunal fédéral retient que la contre-valeur de la créance en réparation du maître d'ouvrage contre l'entrepreneur inclut les frais accessoires nécessaires pour exécuter les travaux de réparation.

la base de la garantie pour les défauts fondée sur le contrat. Dans le cas d'espèce, cette approche aurait cependant eu pour effet que le fabricant n'aurait pas dû réparer les coûts des opérations, compte tenu du fait que les droits de garantie à son encontre étaient en l'occurrence prescrits. Une telle analyse aurait eu un résultat profondément insatisfaisant, puisqu'elle aurait eu pour effet de pénaliser l'utilisateur du produit ayant agi avant que le produit lui cause un dommage (corporel ou matériel).

C'est la raison pour laquelle il convient d'approuver la décision de la Cour. Partant, il est convaincant de retenir que la notion de dommage consécutif au défaut au sens de la directive 85/374 couvrent les mesures préventives qui consistent aux frais de remplacement d'un produit lorsque le défaut n'a pas encore causé un dommage corporel ou matériel. Il reste qu'en droit européen, lorsqu'un produit est défectueux, le lésé doit en principe en demander la réparation au fournisseur sur la base du contrat de vente, conformément aux règles nationales qui transposent la directive 1999/44/CE⁶⁹. Ce remplacement ne doit pas lui engendrer de frais⁷⁰. Tous les frais de remplacement sont ainsi mis à la charge du vendeur, indépendamment de la question de savoir si celui-ci a commis une faute ou non. Si on retient que les frais de remplacement constituent aussi un dommage consécutif au défaut au sens de l'article 9 dir. 85/374, le producteur assumera une responsabilité causale pour ces frais. Il y aurait dès lors un conflit entre ces deux directives, ce d'autant que la directive 85/374 instaure un régime unique de responsabilité causale à charge du producteur⁷¹.

Pour éviter cette contradiction, il convient de retenir que seules les mesures qui visent à *prévenir* la survenance d'un dommage consécutif au défaut (corporel ou matériel) entrent dans le champ d'application de la directive. À l'inverse, dès l'instant où le produit défectueux a déjà causé un dommage corporel ou matériel, les frais de remplacement du produit tombent sous le coup de la garantie pour les défauts du contrat.

⁶⁹ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation, JO L 171/12.

⁷⁰ Cf. CJUE, aff. C-65/09 et C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 (Weber) et CJCE, aff. C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231 (Quelle). Pour une analyse de l'arrêt *Quelle*, cf. Franz WERRO, *La vente dans la jurisprudence récente*, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éd.), *La pratique contractuelle : actualité et perspectives*, 2009, 1 ss, 8 ss.

⁷¹ Cf. CJUE, aff. C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (Commission c. France) et CJUE, aff. C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (Commission c. Grèce). Pour une analyse de ces arrêts, cf. Franz WERRO, *Le droit suisse de la responsabilité du fait des produits face au droit européen*, in : Franz Werro/Thomas Probst (éd.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, 45 ss, 56 ss.

3. La portée de l'arrêt

Les brefs développements qui suivent ont pour objet la portée de l'arrêt *Boston* en droit européen (a.) et en droit suisse (b.).

a. En droit européen

La question de la portée de l'arrêt *Boston* a fait l'objet de nombreux commentaires⁷². La controverse porte en substance sur la question de savoir si tout type de produit qui présente un risque potentiel de dommage doit être qualifié de défectueux, ou si la décision de la Cour se limite à des produits aux caractéristiques similaires à ceux en cause dans cette affaire.

Pour répondre à cette question, il convient de relever que la CJUE et l'Avocat général motivent leur décision en tenant compte des particularités liées aux produits médicaux en question. La Cour relève la « potentialité anormale de dommage » que peut causer un défibrillateur ou un stimulateur cardiaque, ainsi que l'attente particulièrement élevée des utilisateurs de tels produits⁷³.

La majorité des auteurs considèrent que la décision de la Cour est limitée aux produits médicaux en cause ou à ceux qu'on peut leur assimiler⁷⁴. Tel est aussi l'avis ici défendu. Le défaut est une notion normative qui s'apprécie en tenant compte de l'ensemble des circonstances. On ne saurait isoler la décision de la Cour des particularités des produits du cas d'espèce. Il ne faut dès lors pas déduire de cet arrêt le principe selon lequel tout risque de dommage repo-

⁷² Parmi d'autres, cf. Luigi LONARDO, 'One for all, all for one': the sweeping notion of defects in product liability case *Boston Scientific*, in : <https://blogs.kcl.ac.uk/ksreuropeanlawblog/?p=924#_VZU48u8w9eI> (consulté le 28.02.2017); Marcus SACRÉ, *EuGH dehnt Produkthaftung erstaunlich weit aus*, in : <<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-urteil-c-503-13-produkthaftung-medizin-herzschrtrittmacher/>> (consulté le 28.02.2017); A&L GOODBODY, *European Court ruling extends liability of manufacturers for defective medical devices*, in : <http://m.algoodbody.com/insightpublications/european_court_ruling_extends_liability_of_manufacturers_for_defective_medical_devices> (consulté le 28.02.2017); Albert Sánchez GRAELLS (note 30), *passim*; DAC BEACHCROFT, *Can a normally functioning medical device be a defective product?*, in : <<https://www.dacbeachcroft.com/es/gb/articles/2015/march/can-a-normally-functioning-medical-device-be-a-defective-product/>> (consulté le 28.02.2017); Elena MARTINI, *Liability for damages caused by defective medical devices : the ECJ in the Boston Scientific case*, in : <<http://www.martinimanna.com/liability-for-damages-caused-by-defective-medical-devices-the-ecj-in-the-boston-scientific-case/>> (consulté le 28.02.2017); Hanneke LATER-NJLAND/Evelyn TJON-EN-FA, *CJEU : 'potentially defective' medical device can be held 'defective' in terms of product liability directive*, *Life Science en Recht* 1011; Marcel KAUFMANN/Jana HAGER, *ECJ Rules on Liability for Life-Sustaining Implants With Elevated Risk of Failure*, in : <<http://de.genre.com/knowledge/publications/cmint1504-en.html>> (consulté le 28.02.2017); Philippe FUCHS, *Erhöhtes Ausfallrisiko als Produktfehler ? – Kommentar zur Entscheidung des EuGH vom 5. März 2015 in Bezug auf aktive implantierbare Medizinprodukte*, in : Jusletter du 30 mars 2015.

⁷³ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, pt. 39 et 40 (*Boston Scientific*).

⁷⁴ LONARDO (note 72), 4; A&L GOODBODY (note 72), 3; LATER-NJLAND/TJON-EN-FA (note 72), 4; SACRÉ (note 72), 3, considère qu'au-delà des produits médicaux, cette jurisprudence peut s'appliquer à des produits dont le risque de dommage est potentiellement élevé.

sant sur un défaut au sens de l'article 6 par. 1 dir. 85/374. Aussi, la question n'est pas tant de savoir si le produit est défectueux, mais bien s'il se justifie, compte tenu des circonstances, de mettre à la charge du producteur la réparation des mesures préventives dans un cas d'espèce. La réponse dépendra tant de la gravité du dommage risqué que de la probabilité de sa survenance. Ainsi, plus le risque de dommage est élevé, plus il conviendra de considérer que le produit est défectueux et donc de retenir la responsabilité du producteur selon la directive.

Enfin, il faut garder à l'esprit que l'extension de la notion de défaut au défaut potentiel avait pour unique but de permettre la réparation des mesures préventives qui sont en lien de causalité avec la diminution du risque de dommage, de sorte que les producteurs ne risquent pas de voir leur responsabilité exagérément engagée. La prise en charge des mesures préventives par le producteur encourage ainsi les utilisateurs des produits à agir avant qu'un dommage corporel ou matériel, en principe plus lourd que le coût des mesures préventives, leur soit causé. C'est pour cette raison que la société BSC avait elle-même recommandé aux médecins traitants de remplacer les stimulateurs cardiaques. Ces considérations devraient valoir pour d'autres produits que les seuls produits médicaux et pour d'autres dommages que le seul dommage corporel.

Il convient de noter que l'arrêt *Boston* intéresse la responsabilité pour les produits pharmaceutiques surtout par les réponses générales qu'il apporte en relation avec la notion de défaut et la question de son appréciation normative. En revanche, il paraît acquis que, par rapport à la notion de dommage, et en particulier celle de dommage potentiel, les réponses de la Cour ne saurait concerner des produits pharmaceutiques. On verrait mal en effet comment l'absorption d'un médicament pourrait dans les faits justifier des mesures préventives comme celles qui s'imposaient dans l'arrêt *Boston*.

b. *En droit suisse*

La Suisse a transposé de manière autonome la directive 85/374 dans la Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)⁷⁵. Selon le Tribunal fédéral, le juge suisse amené à interpréter des lois ayant repris des directives européennes suivra en principe la jurisprudence de la CJUE⁷⁶. La

⁷⁵ Pour les réf., cf. note 1.

⁷⁶ ATF 137 III 226, cons. 2.2 ; ATF 136 III 552, cons. 3.3 ; ATF 133 III 180, cons. 3.5, JdT 2010 I 239 ; ATF 132 III 32, cons. 4.1 ; ATF 130 III 182, cons. 5.5.1, JdT 2005 I 3 ; ATF 129 III 335, cons. 6, JdT 2003 II 75. Cf. Franz WERRO/Béatrice HURNI, *Les prothèses à risques – L'état des connaissances scientifiques et la libération du producteur selon la LRFP*, REAS 2012, 161 ss, 163 ; cf. ég. WERRO, La jurisprudence de la CJUE (note 2), 475 ss.

jurisprudence européenne en matière de responsabilité du fait des produits défectueux a dès lors une importance toute particulière.

Confronté à un cas similaire à celui en cause dans l'affaire *Boston*, le juge devrait reprendre la position de la CJUE afin de garantir une compatibilité avec le droit européen. Il devrait toutefois le faire de manière qui soit en harmonie avec le droit suisse. Celui-ci ne connaît pas de manière générale le dommage corporel de prévention⁷⁷. Pour éviter cette difficulté, le juge suisse fera bien de souligner que le dommage de prévention est propre au droit de la responsabilité du fabricant mais qu'il vise aussi, au-delà de ce qu'en a dit la Cour, le dommage matériel. Sur ce point, il n'y a en effet aucune raison pour admettre le contraire. En tout état de cause, l'avenir nous dira si on ne doit pas reconnaître au dommage de prévention une vocation plus générale dans l'ensemble du droit de la responsabilité civile. C'est en tous les cas ce qu'ont envisagé les auteurs de l'art. 45f de l'avant-projet de révision de la RC et de l'art. 47 CO2020⁷⁸.

c. *Une synthèse*

L'arrêt *Boston* marque une étape importante dans le développement du droit de la responsabilité du fait des produits défectueux.

L'arrêt *Boston* est le premier que la CJUE a pu rendre sur la notion de défaut. Partant de la définition qu'en donne la directive, qui le comprend comme l'absence de sécurité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre, la Cour a mis l'accent sur le fait qu'il s'agit d'une notion normative et que, pour en établir l'existence, on doit tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas et se fonder sur les attentes des patients, et non sur celles des médecins. En matière de produits médicaux, la Cour a ainsi considéré qu'il suffisait que certains défibrillateurs ou stimulateurs cardiaques d'un certain type soient défectueux pour qualifier l'ensemble des produits du même type de défectueux, sans qu'il soit nécessaire de prouver le défaut du produit concerné. Elle a fondé son analyse sur la notion de défaut potentiel. Dans la foulée, la Cour a admis que les mesures préventives qui visent à diminuer ou supprimer le risque de survenance d'un dommage corporel entrent dans la notion de dommage corporel au sens de l'article 9 let. a dir. 85/374. Dans le même temps, elle a aussi jugé que la responsabilité du producteur qui

⁷⁷ Cf. WERRO (note 5), N 68.

⁷⁸ <<http://www.co2020.ch>> (consulté le 06.03.2017) ; Walter FELLMANN/Christoph MÜLLER/Franz WERRO, Art. 46-63, in : Claire Huguenin/Reto M. Hilty (éd.), *Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich 2013, art. 47 N 2 ss et les réf. à l'APRC de Pierre Widmer et Pierre Wessner.

en résulte est limitée aux mesures qui sont proportionnées à la diminution du risque de dommage.

De l'analyse ici présentée, il ressort en substance que le résultat auquel est parvenu la Cour est convaincant. En revanche, les raisonnements sur lesquels elle l'a fondé le sont moins. En effet, avec la notion de défaut potentiel, la Cour élargit inutilement celle de défaut et son approche revient en réalité à confondre la potentialité du défaut avec celle du dommage. En effet, le produit qui présente un risque important de causer un dommage est tout simplement défectueux. Dans ce cas, seul le dommage est potentiel. Au demeurant, admettre le défaut a permis en l'espèce d'ouvrir la voie à la réparation des coûts des mesures préventives. Sur ce point, la Cour retient que ceux-ci entrent dans la notion même de dommage corporel. Du point de vue conceptuel ici aussi, cette extension est toutefois douteuse, car elle est contraire à la notion qu'on retient en principe du dommage corporel en droit suisse. Il aurait dès lors été préférable de retenir que le dommage de prévention est une notion propre au droit de la responsabilité du fabricant selon la directive 85/374, qui s'applique aussi bien au dommage matériel qu'au dommage corporel.

Afin d'éviter les conflits avec les règles de la garantie pour les défauts de la directive 99/44, il faut retenir que les frais de remplacement d'un produit défectueux tombent sous le coup de la directive 85/374 uniquement lorsqu'ils constituent des mesures préventives visant à éviter la survenance d'un dommage consécutif au défaut (corporel ou matériel). Dans l'hypothèse où un tel dommage survient, c'est bien au vendeur et non au producteur d'assumer le coût des frais de remplacement, conformément aux règles nationales qui transposent l'article 3 par. 3 dir. 99/44.

Si l'arrêt peut intéresser le fabricant de produits pharmaceutiques en relation avec la notion normative du défaut et la définition des attentes pertinentes, à savoir celles des usagers et non celles des médecins, tel n'est pas le cas pour les considérations relatives au dommage de prévention.

II. La pilule contraceptive et l'arrêt Yasmin du Tribunal fédéral

La seconde affaire ici présentée implique une jeune patiente que la consommation de la pilule « Yasmin » produite par l'entreprise Bayer a rendu lourdement handicapée à la suite d'une embolie pulmonaire ayant entraîné un manque d'oxygène et de graves lésions cérébrales. Les développements qui suivent successivement ont pour objet la présentation de l'arrêt (A.) et une appréciation critique de celui-ci (B.).

A. L'arrêt du Tribunal fédéral

Le rappel des faits (1.) permettra de mettre en lumière les considérants de l'arrêt (2.).

1. Les faits de la cause

En janvier 2008, une jeune femme, alors âgée de seize ans, s'est vue prescrire par son gynécologue la pilule contraceptive Yasmin, un produit de la firme pharmaceutique Bayer (Suisse), délivré sur ordonnance. En mars 2008, elle a subi une embolie pulmonaire et, en raison d'un manque d'oxygène, celle-ci lui a causé de graves lésions cérébrales. Depuis, la jeune femme est lourdement handicapée. En 2009, cette dernière, représentée par sa mère, ainsi que son assureur ont intenté une action en justice contre Bayer afin d'obtenir des dommages-intérêts à hauteur de CHF 5,3 millions pour le dommage subi et une indemnité pour tort moral de CHF 400'000. Les demandereses ont fondé leur demande sur l'art 4. LRP et ont fait valoir que, contrairement à celle établie par le producteur à l'intention des médecins, la notice d'information destinée aux patientes ne mentionnait pas qu'en comparaison avec les autres pilules contraceptives, « Yasmin » pouvait entraîner un risque d'embolies deux fois plus élevé.

En mai 2015, le Tribunal supérieur du canton de Zurich a rejeté la demande et écarté la responsabilité de Bayer, confirmant sur recours le jugement de première instance. La demanderesse ainsi que son assureur ont porté l'affaire devant le Tribunal fédéral, en soutenant que la notice d'information destinées aux patientes était insuffisante. A l'inverse de la notice destinée aux professionnels de la santé, cette dernière omettait de mentionner que la pilule Yasmin pouvait entraîner un risque d'embolies pulmonaires deux fois plus élevé que les autres pilules connues jusque-là.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours et confirmé les jugements cantonaux. Le Tribunal fédéral a estimé que la responsabilité de la compagnie pharmaceutique n'était pas engagée. Celle-ci a toutefois renoncé à exiger le remboursement des frais et dépens à charge des recourantes, qui s'élevaient à CHF 120'000.

2. Les considérants de l'arrêt

A l'appui de son jugement, le Tribunal fédéral a considéré d'abord que la fabrication et la mise en circulation en Suisse d'un médicament exigent une

autorisation de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic)⁷⁹. Selon lui, le respect des dispositions administratives afin d'obtenir une telle autorisation crée une présomption de sécurité⁸⁰. Cette présomption ne signifie toutefois pas que le médicament autorisé soit toujours exempt de tout défaut. Selon l'article 4 LRFP, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut s'attendre compte tenu de toutes les circonstances. Il y a dès lors défaut notamment lorsque le produit est commercialisé sans une information appropriée quant aux risques qu'il peut faire encourir à ses usagers.

Pour déterminer le niveau de l'information requise, le Tribunal fédéral a retenu en substance que, pour les médicaments qu'on ne peut obtenir sans ordonnance médicale, il faut partir du principe que le patient ne possède généralement pas lui-même les compétences nécessaires à l'appréciation correcte des dangers qu'il court. Les attentes de sécurité décisives sont dès lors celles des médecins, et non celles des patients⁸¹. C'est en fonction des connaissances des médecins que le producteur doit formuler l'information. Au cas par cas, c'est à chacun d'eux qu'il revient de comparer et d'évaluer les avantages et les risques des différents produits disponibles pour voir lequel est le plus adapté à leur patient et en discuter avec ce dernier. Par conséquent, le fait de mentionner le risque plus élevé d'embolie dans la documentation destinée aux médecins, mais pas dans la notice informative destinée aux patientes prenant Yasmin n'est pas critiquable. Selon le Tribunal fédéral, cette approche est renforcée par le fait que l'Ordonnance sur les exigences relatives à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments (OEMéd) n'impose pas au producteur d'inclure de telles comparaisons de risques dans la notice informative destinée aux patients⁸². Pour les médicaments ne pouvant être délivrés que sur ordonnance médicale, le producteur n'est dès lors pas tenu de signaler au patient les risques qu'il communique aux médecins⁸³.

B. La consécration de la règle du *learned intermediary* et sa critique

Avec l'arrêt Yasmin, le Tribunal fédéral consacre la règle du *learned intermediary* que les tribunaux américains avaient retenue au début des années

⁷⁹ Arts. 5 et 9 de la Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPT), RS 812.21.

⁸⁰ TF, 4A_365/2014; 4A_371/2014, consid. 8.

⁸¹ TF, 4A_365/2014, cons. 5.

⁸² Art. 5 de l'Ordonnance du 9 novembre 2001 de l'Institut suisse des produits thérapeutiques sur les exigences relatives à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments (Ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments, OEMéd), RS 812.212.22.

⁸³ TF 4A_365/2014 ; 4A_371/2014, cons. 5 et cons. 9.2.

1950 et qu'ils ont nuancée depuis⁸⁴. Il convient d'apprécier la portée de la règle posée (1.), d'en dégager la justification ainsi que les limites (2.) et d'en faire la critique (3.).

1. La portée de la règle

Il ressort de l'arrêt ici présenté que, pour les médicaments vendus sur ordonnance, le devoir d'information du fabricant se mesure par rapport aux besoins des médecins. En cette matière, la règle ainsi posée a clairement pour conséquence de réduire l'obligation d'information du fabricant à l'égard des patients et de faire passer celle du médecin au premier plan. Il en va différemment pour les médicaments qui ne sont pas vendus sur ordonnance. Ici, les besoins se mesureront clairement en fonction des attentes des usagers.

Dans les cas où il aura clairement informé les médecins des dangers liés aux médicaments vendus sur ordonnance, le fabricant ne sera pas responsable du dommage que la réalisation des risques du médicament aura causé au patient dans le cas où le médecin n'aurait pas suffisamment informé ce dernier⁸⁵. L'action du patient devra dans ce cas se diriger contre le médecin, lequel doit informer ses patients, en fonction des circonstances concrètes du cas particulier⁸⁶. En vertu de la loi ou du contrat de mandat, il appartiendra au médecin de répondre d'un manque d'information et de l'absence de consentement éclairé du patient. C'est lui qui supporte le fardeau de la preuve de bonne information du patient⁸⁷.

On notera que le Tribunal fédéral a par ailleurs affirmé que le fait que le fabricant ait respecté les diverses prescriptions administratives existant en la matière ne le libère pas nécessairement de sa responsabilité. Le respect des prescriptions crée au demeurant la présomption que le médicament répond aux exigences de sécurité attendues par le public et que l'information soit con-

⁸⁴ Pour plus de détails, cf. Erdem BÜYÜKSAGIS/Sabrina MAURER, Die « learned intermediary » Doktrin im schweizerischen Pharmarecht – Sachgerechte oder sachfremde Anwendung? PJA 2016, 1645 ss.

⁸⁵ Cf. Valérie JUNOD, *La responsabilité de la société pharmaceutique pour l'information défectueuse sur son médicament*, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éd.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Journée de la responsabilité civile 2008, Genève 2009, 91 ss., 143 ss.

⁸⁶ Cf. BÜYÜKSAGIS/MAURER (note 84), 1650, qui, en relation avec la pilule contraceptive, citent le professeur Martin BIRKHÄUSER, *Eine unerwünschte Nebenwirkung: Risiko venöser Thromboembolien unter hormonalen Kontrazeptiva*, Fortbildung 2012, 11 ss., 12, Internet: <www.tellmed.ch/include_php/previewdoc.php?file_id=9810>, (consulté le 3.11.17) qui constate : « *Es ist [...] vor jeder Verschreibung von CHC essentiell, die persönliche und die Familienanamnese für alle bekannten Risikofaktoren, wie z.B. Thromboembolien, kardio- oder cerebrovaskuläre Ereignisse, arterielle Hypertonie, Migräne (v.a. mit Aura), Nikotinabusus, Diabetes mellitus (v.a. mit Angiopathien), Hyperlipidämie oder östrogenabhängige Tumore zu erheben. Diese Risikofaktoren müssen regelmässig reevaluiert werden* ».

⁸⁷ Sur cette question, cf. récemment Franz WERRO, *La responsabilité contractuelle professionnelle : entre mandat et entreprise*, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éd.), *La pratique contractuelle 5*, Zurich 2016, p. 17.

forme à celles-ci⁸⁸. Cette règle a pour conséquence de réduire l'obligation d'information du fabricant vis-à-vis du patient et de diminuer la responsabilité en conséquence⁸⁹. Par ailleurs, la règle du *learned intermediary*, telle que le Tribunal fédéral l'a reprise, ne permet d'envisager un procès contre le fabricant que dans le cas où celui-ci n'aura pas correctement informé les médecins. Dans ce procès, le demandeur devra prouver que l'information correcte aurait changé son comportement et que le dommage ne se serait pas produit si cette information avait été correcte et correctement transmise par le médecin⁹⁰.

2. La justification de la règle et ses exceptions

Comme le soulignent les auteurs qui ont commenté l'arrêt Yasmin en Suisse, la règle du *learned intermediary* est née aux Etats-Unis lors de procès dirigés contre les entreprises pharmaceutiques dans les années 1950. Jugée parfois paternaliste, la règle y reste en place, même si les tribunaux y ont apporté d'importantes restrictions⁹¹.

a. La justification de la règle

La règle trouve avant tout sa justification dans l'idée qu'avec une information adéquate, c'est au médecin de compenser l'incapacité du patient de comprendre les dangers des médicaments. Contrairement au médecin, le fabricant lui ne connaît pas le futur usager du médicament et il ne peut pas, au regard de la santé du patient, en discuter avec lui les conséquences possibles. La règle trouve aussi sa raison d'être dans le fait que si elle était imposée, l'information du patient par le fabricant viendrait s'immiscer dans la relation entre le patient et le médecin. Prescrire un médicament de façon adéquate repose sur une discussion entre eux et se fonde sur la relation de confiance qui caractérise cette discussion⁹².

b. Les exceptions

Aux Etats-Unis, la règle du *learned intermediary* connaît d'importantes exceptions, et ce depuis un certain temps déjà. L'une d'elles concerne les vaccinations de masse, pour lesquelles les tribunaux ont fini par retenir que le service du médecin dans ce contexte est assuré par du personnel sans qu'une informa-

⁸⁸ TF 4A_365/2014, cons. 8.

⁸⁹ Pour une analyse détaillée, cf. BÜYÜKSAGIS/MAURER (note 84), 1651 et les réf. citées.

⁹⁰ Cf. idem, 1649 ss.

⁹¹ Cf. idem, 1646, qui citent notamment Catherine A. PAYTASH, *The Learned Intermediary Doctrine and Patient Package Inserts: A Balanced Approach to Preventing Drug-Related Injury*, Stanford Law Review, Vol. 51, No. 5 (1999), 1343 ss., 1345.

⁹² Sur tous ces aspects, avec des références utiles à la doctrine juridique américaine, cf. BÜYÜKSAGIS/MAURER (note 84), 1646 ss ; cf. ég. Dominique MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, Berne 2013, 79 ss.

tion personnalisée ne soit nécessairement mise en place. Une autre concerne les médicaments contraceptifs, au sujet desquels on a estimé que la passivité caractérisée du médecin répond au souhait des patientes.

Dans ces deux cas, on a jugé que la règle du *learned intermediary* n'est plus à sa place et que le fabricant est donc directement tenu d'assurer l'information des patients⁹³. Pour ne l'avoir pas fait, l'entreprise Bayer ici en cause a dû s'acquitter aux Etats-Unis du paiement d'un montant de 1,4 milliard de dollars afin d'indemniser plus de 6500 patientes qui avaient subi des dommages⁹⁴.

Dans leur commentaire de l'arrêt ici présenté, Büyüksagis et Maurer ont pris en compte ces exceptions pour poser la question de savoir si, au lieu de les reprendre en bloc en Suisse, le Tribunal fédéral ne devrait pas nuancer la règle retenue en 2015 en prenant en compte les circonstances concrètes du cas d'espèce⁹⁵. Pour ces auteurs, il conviendrait en effet de ne pas exclure qu'une conversation approfondie ait effectivement eu lieu entre le patient et le médecin. Dans ce cas, il se justifierait d'admettre la règle du *learned intermediary* et de ne pas retenir la responsabilité du fabricant. Le contraire en revanche s'imposerait dans les cas où le fabricant devait s'attendre à ce qu'une telle discussion n'ait pas lieu. Les exceptions aux Etats-Unis à la règle du *learned intermediary* trouvent une justification de plus dès lors que la publicité à l'intention des consommateurs pour les médicaments prescrits sur ordonnance est possible⁹⁶.

En tout état de cause, ces auteurs concluent que la proposition selon laquelle l'information relative au risque d'un produit ne devrait viser que le spécialiste et non l'utilisateur qui ne peut en apprécier la réalité est contraire à la jurisprudence plus générale du Tribunal fédéral qui a eu l'occasion de souligner que « le pronom 'on' figurant à l'article 4 al. 1 LRFP renvoie aux attentes de sécurité du consommateur moyen, et non à celles du lésé ou d'un groupe déterminé d'utilisateurs particulièrement qualifiés [...]»⁹⁷. Dans son arrêt *Boston*, présenté plus haut, la CJUE en a jugé de même en relation avec les attentes de sécurité des patients pour des produits médicaux⁹⁸. Pour Büyüksagis et Mau-

⁹³ Sur tous ces aspects, avec des références utiles à la doctrine juridique américaine, cf. BÜYÜKSAGIS/MAURER (note 84), 1653 ss et les réf. citées.

⁹⁴ BÜYÜKSAGIS/MAURER (note 84), 1654, qui citent, dans le Chicago Tribune du 15 septembre 2013, Julie DEARDORFF, *Lawsuits pile up over popular birth control pills*, Internet: <<http://www.chicagotribune.com/lifestyles/health/ct-met-birth-control-risks-20130915-story.html>> (site consulté pour la présente étude le 18 février 2017).

⁹⁵ Cf. BÜYÜKSAGIS/MAURER (note 84), 1654, qui écrivent : « *Unserer Meinung nach sollte – anstelle der Schaffung von strikten Ausnahmen wie in den USA – auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt werden.* »

⁹⁶ Büyüksagis/Maurer (note 84), 1654.

⁹⁷ ATF 133 III 81, 84, cons. 3.1; BÜYÜKSAGIS, (note 36), 248 ss.

⁹⁸ Cf. plus haut (I.B.1.a.) Cf. ég. BÜYÜKSAGIS, (note 32), 14 ss, 19.

rer, la règle du *learned intermediary* ne se justifie que lorsqu'une discussion appropriée a eu lieu entre médecin et patient ou lorsqu'en l'absence d'indices contraires, le fabricant est en droit de se fier à l'idée qu'elle a lieu, ce qui devrait être exceptionnel. Pour eux, l'exception au devoir d'informer du fabricant doit s'interpréter de manière restrictive.

3. Une appréciation critique

La règle posée par le Tribunal fédéral dans le jugement de l'affaire Yasmin trouve sa justification lorsqu'il existe une relation de confiance entre le médecin et le patient qui donne effectivement lieu à une discussion entre eux et qui permet d'assurer une réelle information du patient. Cette justification est en revanche remise en cause quand cette relation fait défaut. C'est pourquoi aux Etats-Unis, les tribunaux américains en ont restreint la portée là où, même pour des médicaments vendus sur ordonnance, cette relation n'existait plus ou plus de manière certaine, comme dans les vaccinations de masse ou l'administration de pilules contraceptives. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question de savoir dans quelle mesure cette discussion a lieu en Suisse, partant probablement de l'idée qu'elle avait lieu.

Au lieu de reprendre des exceptions en bloc pour certains types de médicaments, que pratiquent les tribunaux américains, Büyüksagis et Maurer semblent favoriser dans leur proposition une règle adaptée aux circonstances du cas. Ils considèrent que la règle du *learned intermediary* ne devrait s'appliquer que lorsque le médecin a effectivement informé le patient ou qu'en l'absence d'indices contraires, le producteur pouvait partir de l'idée qu'elle avait lieu. Ils admettent que cette dernière situation devrait rester exceptionnelle et que ce n'est pas la complexité de l'information ou l'importance des risques à signaler qui devrait dispenser le producteur de son obligation d'informer et de la manière la plus claire possible (cf. article 3 LPTh)⁹⁹.

L'approche suggérée par ces auteurs ne va pas sans poser des difficultés. En effet, la question est pratique et relève du problème de la preuve. Le producteur ne saurait informer certains usagers et pas d'autres. L'appréciation à laquelle il doit se livrer est donc sectorielle et relative à des types de médicaments, et non personnelle. Elle ne saurait dépendre des circonstances du cas d'espèce. Pour certains médicaments, et tenant compte de la manière dont ils seront le plus souvent administrés, le producteur devra décider, une fois pour toutes, s'il doit envisager une exception à la règle du *learned intermediary*. Par la force des choses, la reprise en bloc de l'exception semble donc s'imposer. En tout état de cause, on ne saurait envisager en pratique que le producteur

⁹⁹ Büyüksagis/Maurer (note 84), 1655.

puisse apporter la preuve que la discussion entre patient et médecin a eu lieu de telle sorte que son obligation d'informer le patient tomberait.

Quand le danger du produit est élevé, il se justifie de se montrer exigeant avec l'obligation d'informer du producteur. Ce dernier ne saurait s'y soustraire sous prétexte que l'information serait difficile à comprendre pour une personne non spécialisée. Les dangers attachés à certains médicaments, comme la pilule Yasmin, doivent renforcer l'obligation de communiquer dans toute la mesure du possible avec les patientes directement. Le coût de l'information ne devrait en général guère dépasser celui dû aux médecins et, s'il le dépasse, les producteurs devraient devoir trouver les moyens de l'absorber, ne serait qu'en renchérissant le prix de leurs produits. Le risque de ne pas vendre le produit en raison de la peur qu'inspirerait l'information ne saurait en tous les cas justifier que le producteur se soustraie à celle-ci.

Conclusion

Le droit de la responsabilité du fait des produits défectueux en Europe ne ressemble que de très loin à celui que les Etats-Unis ont mis en place depuis les années 1960. Sous l'impact de la directive européenne de 1985 et le principe d'une responsabilité sans faute toutefois, ce droit connaît depuis quelques années un certain développement dans les pays de l'Union européenne et en Suisse, y compris dans le domaine qui nous intéresse ici.

Ce développement reste certes limité et lent. L'arrêt *Boston* est en effet le premier que la CJUE a rendu sur la notion de défaut. Partant de la définition qu'en donne la directive, qui le comprend l'absence de sécurité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre, la Cour a mis l'accent sur le fait qu'il s'agit d'une notion normative et que, pour en établir l'existence, on doit tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas. En matière de produits médicaux, la Cour a ainsi considéré qu'il suffisait que certains défibrillateurs ou stimulateurs cardiaques d'un certain type soient défectueux pour qualifier l'ensemble des produits du même type de défectueux, sans qu'il soit nécessaire de prouver le défaut du produit concerné. Elle a fondé son analyse sur la notion de défaut potentiel. Dans la foulée, la Cour a admis que les mesures préventives qui visent à diminuer ou supprimer le risque de survenance d'un dommage corporel entrent dans la notion de dommage corporel au sens de l'article 9 let. a dir. 85/374. Dans le même temps, elle a aussi jugé que la responsabilité du producteur qui en résulte est limitée aux mesures qui sont proportionnées à la diminution du risque de dommage.

De l'analyse ici présentée, il ressort en substance que le résultat auquel est parvenu la Cour est convaincant. En revanche, les raisonnements sur lesquels

elle a fondé celui-ci le sont moins. En effet, avec le défaut potentiel qu'elle a retenu, la Cour élargit inutilement la notion de défaut. En effet, le produit qui présente un risque important de dommage est d'ores et déjà défectueux et, tant qu'il ne s'est pas manifesté, seul le dommage est potentiel. Au demeurant, admettre en l'espèce le défaut a permis d'ouvrir la voie à la réparation des coûts des mesures préventives.

Sur ce point, la Cour retient que ceux-ci entrent dans la notion même de dommage corporel. Du point de vue conceptuel ici aussi, cette extension est toutefois douteuse, car elle est contraire à la notion même de dommage corporel, en tous les cas du point de vue du droit suisse. Il aurait dès lors été préférable de considérer que le dommage de prévention est une notion propre au droit de la responsabilité du fabricant selon la directive 85/374, laquelle s'applique aussi bien au dommage matériel qu'au dommage corporel. L'avenir montrera comment les tribunaux nationaux et la Cour elle-même reprendront cet arrêt, y compris en relation avec la distinction suggérée ici entre le champ de la responsabilité civile extracontractuelle et celui du droit de la vente et des moyens qui en découlent.

Les considérations émises sur le caractère normatif du défaut et sur la définition du cercle de personnes dont les attentes doivent être prises en compte concernent aussi la responsabilité des fabricants de produits pharmaceutiques. Il en va différemment pour les dommages de prévention dont on ne voit pas comment ces produits pourraient les entraîner.

L'arrêt Yasmin du Tribunal fédéral concerne la responsabilité pour les défauts de produits pharmaceutiques vendus sur ordonnance et tranche la question de l'obligation du fabricant d'informer le patient des dangers de ces produits. Plus précisément, la question était en l'occurrence celle de savoir si le fabricant peut se contenter de fournir l'essentiel de cette information au seul médecin, le *learned intermediary*, en retenant qu'il appartient à ce dernier d'informer les patients.

Née aux Etats-Unis dans les années 1950, la règle du *learned intermediary* a trouvé sa justification dans l'existence d'une relation de confiance entre médecin et patient et de la discussion qui caractérise cette relation pour la prescription de médicaments vendus sur ordonnance. Comme le montre la jurisprudence de ce pays, les tribunaux américains ont cessé d'appliquer la règle, là où, malgré l'ordonnance médicale, cette relation caractérisée avait cessé d'exister. Ainsi, dans l'administration de certains vaccins et celle de la pilule contraceptive, ces tribunaux ont imposé au fabricant d'informer directement les patients au moyen d'une notice détaillée sur les dangers de leurs produits.

Pour la première fois, le Tribunal fédéral a repris la règle du *learned intermediary*. Il l'a fait en partant probablement de l'idée qu'en Suisse, la prescription de la pilule contraceptive repose encore sur une relation entre médecin et patiente qui justifie l'application de cette règle. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas évoqué la question. En l'absence d'une référence à la réalité actuelle de la relation entre gynécologues et patientes en matière de prescription de la pilule contraceptive, l'arrêt Yasmin prête le flanc à la critique et risque de fonder ses détracteurs à dire que le Tribunal fédéral s'est fondé sur une conception dépassée de cette relation.

En l'occurrence, la discussion de ce point était d'autant plus souhaitable qu'on sait que la même pilule Yasmin a obligé Bayer à payer à ses victimes de très substantielles indemnités à l'étranger. Ces condamnations ou les arrangements auxquels Bayer a consenti contrastent violemment avec la victoire que Bayer a emportée devant le Tribunal fédéral. A l'avenir, notre haute cour voudra sans doute maintenir la règle qu'elle a posée. Elle sera toutefois bien inspirée de lui apporter des restrictions, là où cette règle aurait perdu sa justification en raison du changement de la relation entre

Responsabilité du fait des produits : le risque de développement

LAURENT TRAN* ET GUILLAUME ETIER**

Table des matières

I.	Introduction	106
A.	Du système de la Loi sur la responsabilité du fait des produits – Bref rappel ..	107
B.	Des risques de développement – Une définition	109
C.	But et raison de l'exclusion de responsabilité pour risques du développement	110
1.	Technique d'allocation des risques.....	110
a)	Risque supporté par le producteur.....	110
b)	Risque supporté par le consommateur	111
D.	Des relations entre le droit suisse et le droit européen.....	112
E.	Conditions de l'exclusion	115
1.	Existence d'un produit défectueux	115
2.	Analyse objective de l'état des connaissances scientifiques et techniques.....	118
3.	Atténuation de l'appréciation objective	119
a)	Connaissances scientifiques accessibles.....	119
b)	Connaissances scientifiques reconnues.....	120
c)	La prise en compte des opinions isolées	122
F.	Du moment déterminant.....	122
G.	Lien avec d'autres chefs de responsabilité	124
1.	De la relation avec le CO	124
2.	De l'effet du risque de développement sur l'article 55 CO.....	125
II.	Conclusion.....	126
III.	Bibliographie	128

* Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Docteur en droit, avocat, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

I. Introduction

« En construisant, en bâtissant votre maison en Eternit, vous assurez la stabilité et la sécurité de votre foyer »¹. Voilà ce que l'on pouvait lire dans un magazine des années soixante consacré à la vie domestique et familiale.

Une publicité mettant en scène un très jeune enfant vantait, à la même époque, la « laine Oradium », soit une « laine souple et élastique (...) qu'un traitement physico-chimique a doué d'un remarquable pouvoir : la radioactivité »².

Une autre réclame, pour reprendre un terme de l'époque, tentait de vendre la boisson radioactive « Zoé, le soda atomique », censé « donner une énergie infinie... comme la pile atomique »³.

Ces exemples, loin d'être isolés, sont la marque d'une époque où les sportifs posaient pour vendre des cigarettes et les chemineaux pour du pastis, la marque d'une époque où l'ensemble des constructions et rénovations de bâtiments contenaient de l'amiante, dont il était estimé qu'il en allait d'un matériau révolutionnaire, d'une solidité à toute épreuve, résistant à la chaleur, au feu, à la tension et aux agressions chimiques.

Ils sont révélateurs de la limite des connaissances scientifiques à une époque donnée. La question qui se pose est la suivante : devait-on limiter leur commercialisation dès lors qu'il en allait de produits nouveaux dont les effets néfastes à long terme ne pouvaient être connus ? Ou pouvait-on, au contraire, se permettre de les tester, au risque que ces produits se révèlent plus tard dangereux pour la santé ?

Du point de vue juridique, la question qui en découle est similaire : doit-on, pour ne pas brider l'innovation, le progrès et les découvertes scientifiques⁴, aux fins également de fluidifier l'économie, permettre au producteur de s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve que le risque inhérent à un produit n'était pas connu et ne pouvait pas l'être au moment de sa commercialisation ? Ou doit-on, au contraire, le tenir pour responsable même des défauts qu'il ignorait et qu'il lui était impossible de connaître au regard des connaissances scientifiques de l'époque ?

¹ <https://ateliercst.hypotheses.org/1989>.

² <https://www.dissident-media.org/infonucleaire/radieux.html>.

³ <http://ressourcesdepub.centerblog.net/3914328-Zoe-le-soda-atomique>.

⁴ Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 18. Voir également JUNOD Valérie, « Pouvait-on déceler le défaut de la prothèse », in *PJA* 2011, p. 1180.

L'objet de la présente contribution est l'examen d'une exception à la responsabilité du fait des produits, exception tirée des risques de développement, soit les risques que le producteur ne pouvait pas identifier, au moment de la mise en circulation d'un produit, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et techniques.

Dans une première partie, les auteurs s'attèleront à rappeler brièvement le système de la Loi sur la responsabilité du fait des produits, incluant le principe de responsabilité et ses exceptions (A.). Ils tenteront ensuite de définir les risques de développement (B.) et rappelleront les buts et raisons ayant conduit le législateur à exclure la responsabilité pour les risques de développement (C.). Dans une quatrième partie, il s'agira de montrer l'état du droit européen en la matière et les relations que le droit suisse entretient avec le droit international (D.). La cinquième partie sera consacrée aux conditions auxquelles l'exception peut être admise (E.) et la sixième partie à la définition du moment auquel l'état des connaissances scientifiques doit être déterminé (F.). La dernière partie sera quant à elle consacrée au lien entre la notion de risque et d'autres chefs de responsabilité (G.).

A. Du système de la Loi sur la responsabilité du fait des produits - Bref rappel

Cela a été maintes fois écrit et rappelé. La Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (ci-après : LRFP) est très largement inspirée, pour ne pas dire calquée, sur la Directive du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (Directive 85/374/CEE⁵)⁶.

L'article premier de la Directive, qu'il convient de lire en lien avec son article 4, pose le principe de la responsabilité sans faute du producteur, lequel est tenu pour responsable du dommage causé par un défaut de son produit (article 1), si la victime prouve le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage (article 4).

En droit suisse, la cuisine est la même : en application de l'article premier LRFP, le producteur d'un bien mobilier défectueux doit indemniser un particulier pour les dommages à son intégrité physique ou à sa propriété, qu'il y ait eu ou non négligence de sa part et sans bien sûr que la victime ait à prouver la faute du producteur.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374&from=FR>.

⁶ WERRO FRANZ, « La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte ? », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 29.

Le but poursuivi par le LRFP, à l'identique des solutions développées dans la *Common Law* américaine et reprise dans la Directive européenne, est donc notamment d'éviter au lésé d'avoir à prouver la faute du producteur, ce qui allège le fardeau de la preuve qu'il est tenu d'apporter et lui permet d'obtenir, plus aisément, la réparation de son dommage⁷. Le système de responsabilité institué par la LRFP est donc un régime de responsabilité strictement causale⁸ qui assure, de ce simple fait, une meilleure protection des consommateurs.

L'article 5 al. 1 LRFP, à l'image de l'article 7 de la Directive européenne, institue des exceptions au principe de responsabilité - il s'agit techniquement d'objections⁹ - et offre au producteur certains moyens de défense, des moyens libérateurs et d'exonération, devant être interprétés de manière restrictive, qui lui permettent de s'affranchir de sa responsabilité, cela même si le produit qu'il a mis en circulation présente un défaut¹⁰.

Ces moyens sont les suivants :

- la non-mise en circulation du produit (let. a) : le producteur ne sera pas tenu pour responsable s'il prouve qu'il n'a pas mis le produit en circulation ;
- l'absence de défaut lors de la mise en circulation du produit (let. b) : le producteur ne sera pas tenu pour responsable s'il prouve que le défaut est subséquent à la mise en circulation du produit, notamment si ce défaut résulte d'une manipulation postérieure par le lésé ou un tiers¹¹ ;
- la production à des fins privées (let. c) : celui qui fabrique un objet à des fins privées, que WERRO qualifie de « bricoleur du dimanche »¹², sans que celui-ci soit destiné à la vente ou fabriqué dans le cadre de son activité professionnelle, échappe à la responsabilité ;
- le respect de normes légales impératives (let. d) : si le produit est conforme à des dispositions impératives, cela quand bien même ces dispositions imposeraient des propriétés mettant en péril la sécurité de tiers, le producteur ne pourra en être tenu pour responsable ;

⁷ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 62.

⁸ Seule la causalité est en effet nécessaire aux termes de l'article premier de la Directive européenne, sans que le comportement du producteur soit d'une quelconque manière pris en considération dans l'analyse de la responsabilité stricte qui en découle.

⁹ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 72.

¹⁰ MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 148.

¹¹ MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 149.

¹² WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2011, p. 187.

- les risques de développement (let. e) : les risques liés à un défaut que le producteur ne pouvait connaître lors de la mise en circulation du produit ne lui sont pas imputables.

La présente contribution est consacrée aux seuls risques de développement, à l'exclusion des autres moyens de défense dont le producteur peut se prévaloir pour échapper à sa responsabilité.

B. Des risques de développement – Une définition

Le législateur suisse a exclu du champ de la responsabilité du fait des produits les risques de développement. La loi permet donc au producteur de se libérer en prouvant que « l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence d'un défaut » (art. 5 al. 1 let. e LRFP). C'est ainsi que le risque de développement, lié au défaut de connaissances scientifiques et techniques, repose sur le consommateur et non sur le producteur du produit défectueux¹³, en application du principe de base du *casum sentit dominus*.

Il est en effet connu que les innovations scientifiques, technique et technologique, génèrent des risques, souvent liés à la complexité, voire à la complexification des processus de fabrication et de conception des produits¹⁴. Et il n'est pas rare qu'il y ait des doutes, en l'état indéfinissables et incontrôlables, sur les effets préjudiciables et néfastes à plus ou moins long terme des produits qui sont commercialisés, distribués et consommés. L'on pense ici notamment au tabac, dont l'effet dommageable sur la santé était parfaitement ignoré au cœur des années soixante. L'on pense pareillement à l'amiante qui a été utilisé durant plusieurs centaines d'années, sans que ses effets nocifs soient détectés. L'on pense, plus récemment, aux organismes génétiquement modifiés, dont l'on ignore encore s'ils pourraient se révéler, à terme, dangereux pour la santé des consommateurs.

Cette problématique est née aux Etats-Unis d'Amérique, en lien avec les effets nocifs de l'amiante et de certains médicaments qui se sont révélés dangereux pour l'homme¹⁵. Elle a traversé l'Atlantique pour s'installer en Europe à l'orée des discussions ayant précédé l'adoption de la Directive 85/374/CEE. Et cette problématique, devenue polémique, a contraint le législateur européen à

¹³ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 72.

¹⁴ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 71.

¹⁵ WENIGER Catherine, *La responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la Communauté européenne*. Etude de droit comparé, thèse Lausanne, 1994, p. 136.

traiter, provisoirement dans un premier temps¹⁶, la question de l'intégration des risques de développement dans le champ de protection de la Loi sur la responsabilité du fait des produits.

Pour reprendre WENIGER, le risque de développement est un « défaut qui affecte le produit dès l'origine, mais qui, dans l'état des connaissances techniques et scientifiques de l'époque, n'a pas pu être décelé »¹⁷. Il en va donc d'un produit qui est objectivement défectueux¹⁸, mais dont le défaut n'était pas connu et ne pouvait pas l'être au regard du paradigme scientifique qui avait cours au moment de la mise en circulation du produit. Le produit en cause est effectivement dangereux – il se révèle dangereux par la suite, mais présentait le défaut dès sa conception ou sa fabrication –, mais le défaut qui l'affecte ne peut pas être mis à charge de son producteur¹⁹.

Ces risques de développement, dans le contexte de la responsabilité du fait des produits, sont les risques inconnus et indécélables²⁰, imprévisibles et non-identifiables²¹, objectivement indétectables et inévitables²², qui affectent le produit au moment de sa mise en circulation compte tenu de l'état objectif des connaissances scientifiques et techniques.

C. But et raison de l'exclusion de responsabilité pour risques du développement

1. Technique d'allocation des risques

a) *Risque supporté par le producteur*

Octroyer la possibilité au producteur de se libérer revient à faire supporter le risque du développement au consommateur. Cette solution est privilégiée par la LRFP – qui tolère ainsi que le producteur puisse ignorer les défauts indécélables. D'autres systèmes optent pour une solution différente. En matière de

¹⁶ Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 17.

¹⁷ WENIGER Catherine, *La responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la Communauté européenne*. Etude de droit comparé, thèse Lausanne, 1994, p. 139.

¹⁸ MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 150.

¹⁹ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 72.

²⁰ Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 18.

²¹ ATF 137 III 226, consid. 4.1 ; MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 150 ; WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2011, p. 189.

²² WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 73.

contrat de vente, le vendeur supporte les conséquences du défaut caché²³. À l'instar de LRFP, la Directive prévoit que le producteur peut exclure sa responsabilité dans les cas de risque de développement²⁴, mais les Etats membres ont la possibilité de supprimer cette preuve libératoire lors de la transposition de la Directive dans leur droit national²⁵.

L'art. 55 CO s'approche d'un régime de responsabilité dans lequel le risque est supporté par l'employeur, dans la mesure où le degré de preuve lui permettant de se libérer est très élevé²⁶. Il en allait de même en France à l'origine de la « responsabilité du fait des choses », qui prévoyait que le risque repose sur le « fabricant », dans la mesure où il profite des bénéfices d'une activité dangereuse qu'il exploite²⁷.

Faire supporter le risque de développement au producteur est justifié à plusieurs égards. Puisque le producteur tire un bénéfice de la commercialisation de ses produits, il est légitime qu'il supporte les risques liés à cette activité. Le producteur ne pouvant ni anticiper ni prévoir ce risque, il peut alors s'en prémunir en s'assurant²⁸. Si le producteur répond du risque de développement, les conséquences de sa réalisation sont concentrées sur lui. Dans le cas contraire, le risque est réparti – arbitrairement – parmi les premiers consommateurs lésés uniquement, les autres consommateurs y échappant (par exemple suite à un retrait de lot consécutif à la réalisation du risque).

Faire supporter le risque de développement au producteur entraîne sans doute une augmentation des coûts de production – donc du coût des produits – et possiblement une renonciation de la part du producteur à commercialiser certains nouveaux produits.

b) *Risque supporté par le consommateur*

Le consommateur ne bénéficie pas de l'activité commerciale présentant un risque, n'est pas en mesure d'anticiper la réalisation d'un risque indétectable,

²³ TERCIER Pierre / BIERI Laurent / CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, n. 724.

²⁴ Art. 7 lit. e).

²⁵ Art. 15 lit. b) ; cf. *infra* D. Des relations entre le droit suisse et le droit européen.

²⁶ ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378 ; Voir également WESSNER Pierre, « *Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux* », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 64 ; WERRO Franz, *Commentaire romand*, art. 55, n. 25.

²⁷ Arrêt Teffaine, Civ., 16 juin 1896. Consécration du principe général de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde. Le propriétaire d'un remorqueur est responsable de la mort du mécanicien lors de l'explosion inexpliquée de la chaudière.

²⁸ Avec le risque que certaines activités particulièrement exposées au progrès scientifique ne soient plus assurables, à ce propos voir les Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe Tesaurò, présentées le 23 janvier 1997 dans l'affaire C-300/95, n. 18. Toutefois, le fait que la couverture d'assurance soit coûteuse en ce qui concerne les produits novateurs ne doit jouer aucun rôle dans l'interprétation de la notion de risque de développement, MILDRED Mark / HOWELLS Geraint, « *Comment on 'Development Risks: Unanswered Questions'* », p. 570.

est souvent plus fragile économiquement que le producteur, etc. Pourtant, malgré ces arguments, de nombreux systèmes lui font supporter les conséquences de la réalisation d'un risque de développement, en permettant au producteur de se libérer.

Il s'avère que la clause libératoire liée au risque de développement a été introduite afin d'établir un équilibre entre la promotion de l'innovation sans augmenter le prix des produits d'une part et les attentes légitimes des consommateurs pour des produits plus sûrs d'autre part²⁹. Elle permet ainsi de faire baisser les charges du producteur et de favoriser le développement de nouveaux produits, tout en incitant le producteur à s'aligner sur l'état de la science³⁰. On peut donc se demander si le législateur accorde un poids plus important à l'innovation qu'à la sécurité des consommateurs.

On constate que dans les législations où les consommateurs supportent ce risque, ils estiment qu'il s'agit d'une allocation injuste du risque, alors que les producteurs estiment qu'il s'agit d'un bon moyen de ne pas freiner leur développement³¹.

D. Des relations entre le droit suisse et le droit européen

La jurisprudence l'a maintes fois répété : la Suisse est et reste libre de reprendre de manière autonome les décisions européennes en matière de responsabilité du fait des produits ou de s'en écarter.

Le récent arrêt sur la prothèse fait une bonne synthèse de la question : *« Préparée dans la perspective de l'entrée de la Suisse dans l'Espace Economique Européen (EEE), la LRFP a été adoptée malgré le rejet de l'Accord sur l'EEE en votation populaire. Dans ce contexte, la LRFP a été largement inspirée par la Directive 85/374/CEE (...). Au contraire de ce qui vaut dans d'autres matières (...), il n'existe toutefois aucune obligation pour les tribunaux suisses, lors de l'interprétation de la*

²⁹ A noter que ce rapport qualifie ce compromis de « satisfaisant », Troisième rapport concernant l'application de la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, modifiée par la Directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999, p. 7.

³⁰ Troisième rapport concernant l'application de la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, modifiée par la Directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999, p. 7.

³¹ Quatrième rapport concernant l'application de la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, modifiée par la Directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999, p. 12.

LRFP, de tenir compte de la jurisprudence européenne en matière de responsabilité du fait des produits »³².

Toutefois et dès lors que le législateur suisse souhaitait adapter sa législation au droit européen, seul un « *bon motif* », sans que ces termes pour le moins vagues et indéterminés soient d'une quelconque manière précisés, peut autoriser un juge à s'éloigner de l'harmonisation souhaitée³³ et à ne pas appliquer les décisions prises au sein de la Communauté européenne.

Et force est de constater que les solutions européennes en matière de risques de développement sont bien loin d'être harmonieuses. Les Etats membres sont en effet libres, aux termes de la Directive, d'exclure les risques de développement du champ de protection de la responsabilité, de les y inclure ou de prévoir un régime intermédiaire³⁴.

L'état de la législation des Etats membres en la matière est disparate et hétérogène. C'est ainsi que le Luxembourg et la Finlande ont admis sans restriction la responsabilité du producteur pour les risques de développement, sans qu'il puisse s'en exonérer³⁵. Le gouvernement finlandais a en effet estimé que les cas de risques de développement étaient très rares et que rien ne justifiait de faire peser le fardeau du défaut sur le consommateur³⁶.

Les droits allemand, français et espagnol connaissent, quant à eux, un régime mixte. C'est ainsi que le producteur peut invoquer le moyen libérateur tiré des risques de développement, sauf :

- pour les médicaments et les denrées alimentaires destinés à la consommation humaine, en Espagne, dès lors qu'il en va de secteurs très sensibles pour le grand public et que les risques en question sont susceptibles d'apparaître dans ces domaines plus que dans des autres³⁷ ;
- pour les produits pharmaceutiques, en Allemagne, conformément à la Loi sur les produits pharmaceutiques qui, avant l'adoption de la Directive, prévoyait déjà un principe de responsabilité causale englobant les risques de développement ;

³² ATF 137 III 226, consid. 2.2.

³³ ATF 137 III 226, consid. 2.2.

³⁴ Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant l'application de la Directive 85/374/CEE, du 8 septembre 2011, p. 9.

³⁵ Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant l'application de la Directive 85/374/CEE, du 8 septembre 2011, p. 9.

³⁶ Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 19.

³⁷ Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 18.

- et pour les produits dérivés du corps humain, en France³⁸.

Pour ces catégories de produits, le producteur assume une responsabilité complète, sans possibilité d'exonération fondée sur sa méconnaissance du défaut au moment de la mise en circulation du produit défectueux. Et en Suisse, le producteur supporte le risque de développement dans les cas de la xéno-transplantation³⁹, ainsi que dans les cas de « génie génétique »⁴⁰. Certains pays, à l'exemple de Malte et de la Bulgarie, souhaitent que ce moyen d'exclusion de la responsabilité soit purement et simplement supprimé. D'autres pays, dont la Grèce, l'Italie et le Royaume-Uni, estiment que cette clause tend à encourager la mise en circulation de produits innovants et favorise ainsi le développement scientifique sans pour autant accroître sans fin le coût final de production, qui est à la charge des consommateurs.

Les industries et les assurances ont bien évidemment tendance à préconiser et à encourager l'exclusion de la responsabilité fondée sur les risques de développement, insistant sur le fait que la suppression de ce moyen de défense serait un frein aux avancées scientifiques et aurait pour effet d'augmenter le coût des assurances⁴¹. De l'autre côté de la chaîne économique, les associations de défense des consommateurs sont quant à elles favorables à la suppression de ce moyen d'exonération de responsabilité, insistant sur le fait que les responsabilités à raison du risque créé, comme il en va de celle instituée par la Directive, ont pour principe de base de faire supporter le risque à celui qui tire profit de l'activité dangereuse⁴².

Au-delà de l'application des règles européennes et de l'exception tirée des risques de développement au sein des Etats membres et en Suisse, se pose également la question de savoir si le droit commun – en Suisse, l'on parle des articles 41 ss du Code des obligations - peut introduire un régime de responsabilité sans faute pour les dommages résultant d'un produit défectueux qui ne seraient pas couverts par la responsabilité du fait des produits instituée par la

³⁸ Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 18.

³⁹ Art. 5 al. 1bis LRFP. On sait aujourd'hui que dans le cadre d'une xénotransplantation des agents pathogènes risquent d'être transférés de l'animal à l'homme. Ce qu'on ignore, ce sont uniquement les mesures qui permettraient de maîtriser ce risque. Cela étant, le producteur ne saurait dégager sa responsabilité en apportant la preuve que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut du xéno-transplant, FF 2002, p. 125.

⁴⁰ Art. 30 al. 4 Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG) « [...] Il répond également des défauts que l'état des connaissances scientifiques et de la technique n'a pas permis de détecter au moment de la mise en circulation de l'organisme concerné ».

⁴¹ Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 18.

⁴² Rapport de la Commission des Communautés européennes concernant la mise en œuvre de la Directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 31 janvier 2001, p. 18.

Directive, respectivement par la LRFP⁴³. Cette question sera examinée plus bas, dans le cadre de l'analyse des relations entre la LRFP et le CO au regard des risques de développement⁴⁴.

E. Conditions de l'exclusion

1. Existence d'un produit défectueux

Afin de pouvoir se prévaloir de la preuve libératoire du risque de développement, le défaut doit exister au moment de la mise en circulation du produit. Selon la LRFP, un produit est défectueux « lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances [...] »⁴⁵. La jurisprudence suisse a précisé cette notion et distingué trois types de défauts. À cette occasion, le Tribunal fédéral a souligné que la distinction entre les différents types de défauts n'avait pas de portée normative⁴⁶.

Si le défaut n'existe pas au moment de la mise en circulation du produit, il n'est pas nécessaire pour le producteur de recourir à cette preuve libératoire. Tel peut être le cas si le défaut survient ultérieurement. Dans ce cas, le producteur peut se libérer de sa responsabilité en prouvant que « compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où il a mis le produit en circulation »⁴⁷. Tel peut également être le cas si le risque est accepté par le lésé⁴⁸. Dans ce cas, le produit n'est pas défectueux.

La question de savoir si la possibilité pour le producteur de se prévaloir de la preuve libératoire dépend du type de défaut est discutée.

L'article 4 al. 1 LRFP définit la notion de défaut comme étant l'absence de la « sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances ».

Il est généralement distingué, dans la littérature, entre les défauts dits de conception, de fabrication et d'information ou de présentation. Cette distinc-

⁴³ Voir à cet égard, WERRO Franz, « Les prothèses à risque », in *REAS* 2012, p. 164.

⁴⁴ Cf. infra G. 1. Liens avec d'autres chefs de responsabilité. De la relation avec le CO.

⁴⁵ Art. 3 LRFP.

⁴⁶ ATF 133 III 81, consid. 3.2.

⁴⁷ Art. 5 al. 1 lit. b LRFP.

⁴⁸ Un risque largement connu peut être considéré comme socialement accepté, *A & Ors v National Blood Authority & Ors* [2001] EWHC QB 446 (26th March, 2001), § 78, disponible à l'adresse : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2001/446.html>; arrêts du Tribunal fédéral 4A_365/2014 et 4A_371/2014 qui considère, dans certaines circonstances, la déclaration des risques dans les informations d'un médicament destinée aux professionnels comme opposable au lésé.

tion n'a évidemment pas de valeur normative⁴⁹, cela bien que le Tribunal fédéral se soit récemment penché sur les différentes catégories de défauts⁵⁰, mais peut contribuer à guider le juge et les parties dans l'interprétation de la notion de défaut⁵¹.

Un débat a pris forme, dans les pays de l'Union européenne, sur la question de savoir si le moyen de défense tiré des risques de développement s'appliquait ou non à tous les types de défauts. Ainsi a-t-il été jugé, en Allemagne, que l'article 7 let. e de la Directive n'avait pas vocation à couvrir les risques de fabrication⁵². Au Royaume-Uni, il est généralement admis que cet article s'applique à tous les défauts, même aux défauts dits de fabrication⁵³.

En droit suisse, la question, bien que soulevée par des plaideurs n'a à ce jour pas été définitivement tranchée. Dans un récent arrêt 137 III 226, le fameux arrêt de la prothèse, à vrai dire un des seuls que les juristes ont à se mettre sous la dent en matière de risques de développement, le Tribunal fédéral a renoncé à se prononcer sur la question⁵⁴ de savoir si un défaut de fabrication, considéré comme « une erreur intervenue dans le processus de fabrication d'un produit en soi bien conçu »⁵⁵, excluait la preuve libératoire. Sans véritablement aborder la question de façon frontale, il a simplement botté en touche en relevant que la lésée n'avait pas apporté la preuve d'un défaut de fabrication, la prothèse ayant été jetée⁵⁶.

Cela étant, le simple fait d'évoquer cette question et d'accepter de procéder à la distinction entre les défauts de conception, d'information et de fabrication, apporte un élément de réponse : il n'est ainsi pas exclu, à supposer que notre Haute Cour ait derechef à traiter de cette question et que les circonstances du cas le lui permettent, que les Juges excluent les défauts de fabrication du champ d'application de la preuve libératoire.

⁴⁹ MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 150 ; WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2011, p. 145.

⁵⁰ ATF 137 III 226, consid. 3.1s.

⁵¹ ATF 133 III 81.

⁵² BGH VI ZR 158/94, 09.05.1995. Il s'agit de l'affaire dite de la bouteille explosive, dans lequel le *Bundesgerichtshof* a jugé que l'exception tirée des risques de développement ne s'appliquait pas aux défauts de fabrication, dès lors que le risque que des microfissures subsistent au terme du processus de fabrication ne pouvait être ni contrôlé, ni maîtrisé. Ainsi, le défaut de fabrication, connu mais indétectable, ne permet-il pas d'invoquer l'exception tirée des risques de développement.

⁵³ Voir à ce sujet WERRO Franz, « Les prothèses à risque », in *REAS* 2012, p. 169.

⁵⁴ *Contra* WERRO Franz, « Les prothèses à risque », in *REAS* 2012, p. 169, exprime l'idée selon laquelle « le Tribunal fédéral a donné son aval au point de vue selon lequel la preuve libératoire au sens de l'art. 5 al. 1 let. e LRF est exclue en cas de défaut de fabrication. Ce faisant, il a donné une portée normative à la catégorisation des défauts ».

⁵⁵ ATF 137 III 226, consid. 3.2.

⁵⁶ ATF 137 III 226, consid. 3.2.

La question à trancher est la suivante : dans le respect du principe *casum sentit dominus*, faut-il permettre au producteur de se libérer en invoquant les risques de développement y compris pour les défauts de fabrication et ainsi faire reposer le fardeau du dommage sur le consommateur ? Ou, au contraire, doit-on empêcher, dans cette hypothèse, l'application de la preuve libératoire ?

La réponse ne peut à notre sens que provenir de la définition même du défaut, qui doit rester un risque inconnu et indécélable, imprévisible et inévitable, selon ce qui a été rappelé plus haut (cf. supra B.). Si, comme dans le cas de la bouteille explosive, le risque n'était ni détectable ni maîtrisable, mais qu'il était connu, alors le critère d'imprévisibilité fait défaut. Et en présence d'un risque prévisible, cela même si ce risque ne peut être maîtrisé, la preuve libératoire ne pourra pas être apportée.

Si, au contraire, le risque n'est ni connu, ni détectable et n'est donc pas prévisible, le moyen libératoire tiré des risques de développement pourra être avancé.

Si il est vrai, en effet, qu'un défaut de fabrication ne vient pas mettre en cause la conception d'un produit ni les connaissances du producteur sur le danger du produit lui-même⁵⁷, l'on ne pourra toutefois faire abstraction du fait que le processus de fabrication peut en tant que tel contenir des risques imprévisibles et indétectables en l'état des connaissances scientifiques. Le fabricant doit ainsi, selon nous, également pouvoir échapper à la responsabilité et se prévaloir du moyen libératoire tiré des risques de développement.

Si le défaut est connu, mais qu'il n'est pas maîtrisable ou maîtrisé, il conviendra alors de mettre à charge du producteur une responsabilité causale aggravée, sans lui offrir la possibilité d'y échapper.

A relever encore, ainsi que cela sera développé ci-après, que la question de la libération de l'employeur sur le fondement de l'article 55 CO relève d'une approche similaire, dès lors qu'il lui revient, pour échapper à sa responsabilité, de prouver que son entreprise, dans le cadre du processus de fabrication, était organisée de telle manière qu'il lui était impossible de détecter un défaut de ses produits⁵⁸.

⁵⁷ WERRO FRANZ, « Les prothèses à risque », in *REAS* 2012, p. 169.

⁵⁸ Voir encore infra G. 2. Lien avec d'autres chefs de responsabilité. De l'effet du risque de développement sur l'article 55 CO.

2. Analyse objective de l'état des connaissances scientifiques et techniques

Afin de se libérer, le producteur doit démontrer que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut⁵⁹, donc qu'il se trouve dans un cas d'ignorance justifiée d'un défaut. Dans le même temps, le lésé peut tenter de prouver que l'état des connaissances scientifiques et techniques permettait de déceler ce type de défaut, ce qui empêcherait le producteur de se libérer⁶⁰.

Le producteur, qui supporte le fardeau de la preuve, est donc amené à prouver un fait négatif. En pratique, on constate que l'exercice consiste à établir quel est l'état le plus avancé des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit, puis sur cette base à analyser si le défaut en question y a été évoqué.

Ni la Directive ni la LRFP ne donnent de définition de ce que sont les connaissances scientifiques et techniques. Selon la jurisprudence européenne, il doit être tenu compte du « niveau le plus avancé des connaissances scientifiques et techniques [...] »⁶¹. Cette notion excède donc celle de « standard de la branche »⁶² et peut concerner divers domaines comme la biologie, la médecine, la physique ou l'informatique.

Selon ce qu'a retenu le Tribunal fédéral « l'état des connaissances scientifiques et techniques doit être établi selon un standard objectif »⁶³, ce qui signifie en principe également universel⁶⁴. Il en va de même de la Cour de justice de l'Union européenne qui précise « qu'il ne doit pas être tenu compte d'un critère subjectif », mais uniquement « de l'état des connaissances scientifiques dont le producteur est présumé être informé »⁶⁵. Ainsi, les qualités, aptitudes ou encore le comportement du producteur n'entre pas en ligne de compte dans l'analyse de la preuve libératoire. On attend donc de lui qu'il connaisse parfaitement l'état de la science lorsqu'il commercialise un produit et qu'il agisse en

⁵⁹ Art. 5 al. 1, lit. e LRFP. La notion d'état des connaissances scientifiques et techniques relève du droit. En revanche, déterminer quel était cet état à un moment donné est une question de fait, ATF 137 III 226, consid. 4.1.

⁶⁰ Cet exercice peut être compliqué pour le lésé, les compétences lui manquant pour apporter cette contre-preuve, JUNOD Valérie, « *Pouvait-on déceler le défaut de la prothèse ?* », in *PJA 2011*, p. 1181 ; MÜLLER Christoph, « *Neueste Entwicklungen in der Produktheftpflicht: Vom Art. 55 OR zum BGE 137 III 226* », in *Weiterbildung Recht 2012*, p. 142.

⁶¹ Arrêt du 29 mai 1997, Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, C-300/ 95, point 26.

⁶² HESS Hans-Joachim, *Produktheftpflichtgesetz (PrHG)*, art. 5, n. 61.

⁶³ ATF 137 III 226, consid. 4.1 ; Arrêt CJCE 300/ 95.

⁶⁴ HESS, Hans-Joachim, *Produktheftpflichtgesetz (PrHG)*, art. 5, n. 65.

⁶⁵ Arrêt du 29 mai 1997, Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, C-300/ 95, point 27.

conséquence (soit qu'il prenne les mesures nécessaires en informant ses clients, en renonçant à commercialiser le produit ou en corrigeant le défaut). De ce fait, il importe peu que le producteur ne soit pas en mesure de remédier au défaut, qu'il soit impossible d'y remédier⁶⁶ ou qu'il ait pu s'attendre à ce qu'un défaut survienne (contrairement à ce qu'a retenu une décision hollandaise en matière de sang contaminé⁶⁷).

En principe, c'est donc la possibilité objective qu'a le producteur de détecter un défaut qui est déterminante. Le risque de développement ne concerne ainsi que les défauts que l'on ne peut pas connaître et non pas les défauts que l'on ne peut pas découvrir⁶⁸. Le principe selon lequel cette preuve libératoire doit être interprétée de manière objective semble être unanimement reconnu en Suisse et dans l'Union européenne. Toutefois, il existe depuis un certain temps – et toujours à l'heure actuelle – des doutes quant à la façon dont les tribunaux doivent interpréter la notion d'état des connaissances scientifiques et techniques⁶⁹, en particulier s'agissant des atténuations du caractère objectif de la preuve libératoire.

3. Atténuation de l'appréciation objective

a) *Connaissances scientifiques accessibles*

En appliquant strictement le caractère objectif de la preuve libératoire, la simple mention d'un défaut dans une unique publication scientifique empêche le producteur de se libérer de sa responsabilité. Or, on constate que les décisions portant sur cette question assouplissent significativement ce principe. Ainsi, la simple mention d'un possible défaut dans une publication n'interdit pas au producteur de faire valoir une preuve libératoire.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « [I]es connaissances doivent être accessibles à ce moment-là et être reconnues comme sérieuses par la communauté scientifique concernée »⁷⁰. L'interprétation de la CJUE est analogue, puisque selon elle « on doit se référer à l'état des connaissances objec-

⁶⁶ Le risque connu mais inévitable, en raison de l'état des connaissances scientifiques, ne permet pas au producteur de se libérer de sa responsabilité, A & Ors v National Blood Authority & Ors [2001] EWHC QB 446 (26th March, 2001), § 50, disponible à l'adresse: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2001/446.html>; voir également la distinction entre Entwicklungsfehler et Entwicklungslücke, HESS, Hans-Joachim, *Produktehaftpflichtgesetz (PrHG)*, art. 5, n. 60.

⁶⁷ Rb. Amsterdam 3 February 1999, NJ 1999, 621.

⁶⁸ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 73.

⁶⁹ Quatrième rapport concernant l'application de la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, modifiée par la Directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999, p. 9 ; troisième rapport, p. 7.

⁷⁰ ATF 137 III 226, consid. 4.1.

tives le plus avancé pour autant que l'information soit accessible au moment de la mise en circulation »⁷¹.

Les juges européens constataient en 1997, concernant l'accessibilité aux informations, que « la Directive laisse subsister des difficultés d'interprétation que [...] le juge national devra trancher »⁷². Dans le cadre de cette affaire, la question a été analysée par l'avocat général qui conclut que « l'état des connaissances disponibles doit être entendu de manière à comprendre toutes les données figurant dans le circuit d'information de la communauté scientifique dans son ensemble, compte tenu toutefois, selon un critère de bon sens, des possibilités concrètes de diffusion des informations »⁷³. Le premier rapport d'évaluation de la Directive a également précisé la notion d'accès à l'information en précisant que les connaissances pertinentes doivent être accessibles sans coût exagéré au moment de la mise en circulation du produit en cause⁷⁴.

Conformément au principe d'application objective de la preuve libératoire, la notion d'accessibilité doit être examinée sous l'angle de sa diffusion par son auteur et non selon la capacité du producteur à y accéder.

Au vu des importants développements des moyens de diffusion de l'information au cours des 20 dernières années, il devient très difficile pour un producteur de se libérer de sa responsabilité en démontrant qu'il ne pouvait déceler un défaut. Une situation envisageable serait celle dans laquelle le producteur parvient à démontrer que même si l'information existait au moment de la mise en circulation, son auteur ne l'avait intentionnellement pas diffusée, par exemple s'il s'agissait d'un secret d'affaires.

b) *Connaissances scientifiques reconnues*

Tant les juges suisses que les juges européens ont défini les connaissances scientifiques comme les connaissances ayant atteint un certain degré de légitimité. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il s'agit des connaissances « reconnues comme sérieuses par la communauté scientifique concernée »⁷⁵. Pour la CJUE,

⁷¹ Arrêt du 29 mai 1997, Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, C-300/95, point 26.

⁷² Arrêt du 29 mai 1997, Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, C-300/95, point 29.

⁷³ Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe Tesaro, présentées le 23 janvier 1997 dans l'affaire C-300/95, Recueil de jurisprudence 1997 I-02649, n. 24, pour l'exemple d'un savant en Mandchourie publiant en chinois dans une revue locale (repris par la décision anglaise A & Ors v National Blood Authority & Ors [2001] EWHC QB 446 (26th March, 2001)), Recueil de jurisprudence 1997 I-02649, voir n. 23.

⁷⁴ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 72.

⁷⁵ ATF 137 III 226, consid. 4.1.

il s'agit des « données figurant dans le circuit d'information de la communauté scientifique dans son ensemble »⁷⁶. Au vu de ces définitions, les exigences suisses paraissent légèrement plus élevées.

À notre sens, de multiples indices doivent permettre de déterminer si une information dispose de la légitimité nécessaire pour être qualifiée de connaissance scientifique. Il s'agit notamment de la qualité de l'auteur (sa réputation, son expérience, ses qualifications, l'institution dont il dépend, etc.), de la publication (revue scientifique reconnue, blog privé, conférence, etc.), de l'état de la recherche (début de travaux, conclusions intermédiaires, conclusions finales, etc.), de la méthode employée (procédé reconnu, procédé expérimental, etc.), ou de la réception de la découverte par la communauté scientifique.

L'analyse de cette question peut soulever des difficultés dans les domaines très spécifiques où les producteurs sont peu nombreux. Dans ce cas, le producteur a le monopole de la connaissance scientifique et pourrait dès lors facilement se libérer de sa responsabilité par le biais du risque de développement. Un moyen d'éviter ce phénomène est d'élever les exigences de sécurité préalable à l'accès au marché⁷⁷. Les fabricants précautionneux pourront naturellement entreprendre des recherches scientifiques afin de confirmer la sécurité de leurs produits.

Savoir à partir de quel degré de certitude on peut estimer que l'état des connaissances scientifiques et techniques permet de déceler un défaut est délicat⁷⁸. On doit bien entendu reprocher à un producteur de ne pas avoir agi alors qu'un défaut était scientifiquement démontré. La question est plus épineuse lorsque l'état des connaissances scientifiques et techniques évoque des soupçons non scientifiquement démontrés⁷⁹. À notre sens, de vagues soupçons ne doivent pas pouvoir être opposés au producteur, mais uniquement des soupçons précis, issus de sources concordantes et reconnues comme sérieuses par la communauté scientifique concernée. Une opinion isolée devrait dans ce cas

⁷⁶ Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe Tesaurò, présentées le 23 janvier 1997 dans l'affaire C-300/95, Recueil de jurisprudence 1997 I-02649, n. 24.

⁷⁷ JUNOD Valérie, « Pouvait-on déceler le défaut de la prothèse ? », in *PJA 2011*, p. 1181, qui évoque la possibilité de déduire de l'art. 5 al. 1 lit. e LRFP une obligation pour le fabricant de procéder à des études préalables à la mise sur le marché.

⁷⁸ Dans l'arrêt anglais du sang contaminé, la Cour a considéré que la possibilité de déceler un défaut générique d'un produit suffit. Il n'est pas nécessaire de pouvoir déterminer le défaut du produit spécifique en cause. Ainsi, si l'état des connaissances scientifiques permet de déceler l'existence d'un défaut générique, le producteur perd la possibilité d'exclure sa responsabilité.

⁷⁹ JUNOD Valérie, « La responsabilité de la société pharmaceutique pour l'information défectueuse sur son médicament », in *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève 2009, p. 148.

être écartée⁸⁰. À titre d'exemple, HESS cite le cas des nanoparticules dont on ne connaît pas – encore – tous les effets⁸¹.

c) *La prise en compte des opinions isolées*

Il ressort des développements ci-dessus que les opinions isolées doivent en principe être écartées, et ne peuvent de ce fait être opposées au producteur⁸². Il est cependant intéressant de constater que selon le Tribunal fédéral « des opinions isolées ne sont en principe pas déterminantes, à tout le moins par rapport à des produits qui ne présentent pas un danger particulièrement élevé pour la population ou l'environnement »⁸³.

On déduit donc des conclusions du Tribunal fédéral qu'il existe une corrélation entre le degré de preuve et l'importance du dommage dans les cas de dommages corporels multiples ou à l'environnement. Il est donc plus difficile pour un producteur de se libérer si le défaut a causé un dommage important. Au vu de ce qui précède, on doit conclure que le producteur, qui commercialise des produits susceptibles de causer des dommages importants, a un devoir accru d'examen de l'état des connaissances scientifiques. Si son produit est uniquement susceptible de causer des dommages de faible importance, le producteur peut relâcher son attention.

F. Du moment déterminant

L'état des connaissances déterminant est, aux termes de l'article 5 al. 1 let. e LRFP, celui du moment de la mise en circulation du produit.

Dans un arrêt *Declan O'Byrne c/ Sanofi*⁸⁴, la CJUE s'est prononcée sur la notion de mise en circulation du produit. Elle a précisé qu'un produit est mis en circulation lorsqu'il est sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et qu'il est entré dans un processus de commercialisation pour être ainsi offert au public aux fins d'être utilisé ou consommé⁸⁵.

⁸⁰ À ce propos, voir l'opinion plus sévère de l'avocat général dans l'arrêt CJCE 300/95 pour qui « il suffit qu'il existe dans la communauté scientifique une voix isolée soulignant le danger potentiel du produit pour que son fabricant ne se trouve plus face à un risque imprévisible », Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe Tesaurò, présentées le 23 janvier 1997 dans l'affaire C-300/95, n. 22.

⁸¹ Hess, Hans-Joachim, *Produktehaftpflichtgesetz (PrHG)*, art. 5, n. 68.

⁸² Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'une opinion qui était isolée au moment de la mise en circulation du produit litigieux peut se transformer en opinion majoritaire au fil du temps.

⁸³ ATF 137 III 226, consid. 4.1.

⁸⁴ CJUE – Arrêt du 9 février 2006, affaire C-127/04.

⁸⁵ Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant l'application de la Directive 85/374/CEE, du 8 septembre 2011, p. 5.

Pour la jurisprudence, le moment déterminant est celui de la mise en circulation du produit concrètement mis en cause⁸⁶, peu importe à cet égard que des produits de la même série ou de séries précédentes aient déjà été mis en circulation précédemment⁸⁷.

Se pose à cet égard une question intéressante : est-il mis à la charge du producteur une obligation de suivi lui imposant de vérifier l'état des connaissances scientifiques et techniques après la mise en circulation du produit ? Peut-il se voir cas échéant contraint, en vertu de la LRFP et de son article 5 al. 1 let. e, de rappeler des produits se révélant *a posteriori* défectueux ? Et en d'autres termes, peut-on exiger du producteur qu'il s'assure de la bonne conformité de ses produits avec les connaissances scientifiques tout au long du processus de commercialisation, qu'il prenne connaissance des avancées scientifiques, et/ou qu'il informe les consommateurs des défauts découverts après que le produit en cause a été mis en circulation sur le marché⁸⁸ ?

La LRFP semble claire à ce propos. Le producteur peut s'exonérer de sa responsabilité s'il parvient à démontrer que l'état des connaissances scientifiques ne lui permettait pas de déceler le défaut « lors de la mise en circulation » (art. 5 al. 1 let. e LRFP) du produit. Ce qui survient postérieurement à la mise en circulation n'est donc pas déterminant. Et la découverte subséquente d'un défaut n'engage pas la responsabilité du producteur.

Cela signifie que cette loi n'impose pas une obligation de suivi ou de rappel au producteur.

Cela étant, le producteur n'échappera pas à sa responsabilité. S'il faillit à une obligation de contrôle subséquente ou s'il néglige d'informer les consommateurs du risque d'un produit dont il aurait appris l'existence après sa commercialisation, en d'autres termes si le producteur n'effectue pas un bon suivi de ses produits, il pourra être recherché sur le fondement du droit commun⁸⁹. Car il est généralement admis et reconnu, dans la plupart des systèmes législatifs européens⁹⁰, cela y compris en Suisse, qu'une obligation de suivi, d'information ou de rappel découle du devoir général de prudence dont la violation, sur une base délictuelle ou contractuelle, pourrait entraîner la responsabilité du producteur.

⁸⁶ ATF 137 III 226, consid. 4.1.

⁸⁷ ATF 137 III 226, consid. 4.1 ; WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2011, p. 190 ; MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 151.

⁸⁸ WERRO Franz, « La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte ? », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 51.

⁸⁹ MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 151.

⁹⁰ WERRO Franz, « La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte ? », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 52.

G. Lien avec d'autres chefs de responsabilité

1. De la relation avec le CO

La question de savoir si le producteur, qui se prévaut valablement de la preuve libératoire du risque de développement, se met définitivement à l'abri de toute prétention en lien avec le produit défectueux revêt une importance primordiale. Cette question nécessite de déterminer si (i) la LRFP laisse subsister d'autres chefs de responsabilité et (ii), si tel est le cas, quel est l'effet de la preuve libératoire du risque de développement sur les autres chefs de responsabilité concurrents.

La réponse apportée par la LRFP paraît claire, « [l]es prétentions en dommages-intérêts conférées à la victime par le code des obligations ou par d'autres lois fédérales ou de droit public cantonales sont réservées »⁹¹. Cependant, l'articulation entre les règles usuelles de responsabilité et celles de la LRFP est discutée en doctrine⁹² en raison d'un éventuel effet exclusif de LRFP tiré de la jurisprudence européenne⁹³ ou du statut de loi spéciale de la LRFP⁹⁴. Pour ce qui est de la jurisprudence, la portée du débat paraît limitée dans la mesure où la Directive n'a un caractère exclusif qu'entre responsabilités reposant sur un même fondement⁹⁵. Or, la responsabilité de la LRFP est basée sur le défaut, alors que celle relevant de l'art. 55 CO est basée sur le manquement de l'employeur à son devoir de diligence⁹⁶.

Un effet exclusif de la LRFP aurait pour conséquence d'empêcher le lésé de rechercher le producteur en responsabilité dans les situations où la LRFP ne lui offre aucun remède. C'est le cas par exemple lorsque le producteur ne retire pas un produit défectueux du marché⁹⁷. Le producteur, qui parviendrait à se libérer définitivement grâce au risque de développement, ne pourrait plus être recherché pour avoir omis de retirer un produit du marché après avoir décou-

⁹¹ Art. 11 al. 2 LRFP.

⁹² Voir not. WERRO FRANZ, *Commentaire romand*, art. 55, n. 39 ; WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, n. 525ss.

⁹³ Arrêt du 25 avril 2002, Commission/République française, C-52/00 ; Arrêt du 25 avril 2002 Commission/République hellénique, C-154/00, Arrêt du 25 avril 2002 María Victoria González Sánchez/Medicina Asturiana SA, C-183/00.

⁹⁴ BREHM Roland, BK, 3ème éd., art. 55, n. 80.

⁹⁵ Arrêt du 25 avril 2002, Commission/République française, C-52/00 ; Arrêt du 25 avril 2002 Commission/République hellénique, C-154/00, Arrêt du 25 avril 2002 María Victoria González Sánchez/Medicina Asturiana SA, C-183/00.

⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral, du 25 janvier 2006, 4C.307/2005, consid. 2. Il en va en revanche différemment dans la relation entre la LRFP et les règles relatives au le dommage découlant de l'inexécution d'un contrat de vente, dès lors que la responsabilité est dans les deux cas fondée sur le défaut. A ce propos voir WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, n. 695 et TERCIER Pierre / BIERI Laurent / CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, n. 782.

⁹⁷ Arrêt du 25 avril 2002, Commission/République française, C-52/00, point. 42.

vert un défaut⁹⁸. Dans ce dernier cas, il est indispensable que le lésé puisse agir sur la base des règles usuelles, sans en être empêché par un effet exclusif de la LRFP.

En conclusion, il doit être retenu qu'un concours entre les règles de la responsabilité du CO et celles de la LRFP est envisageable et ce même pour les dommages réparables tant sur la base du CO que sur la base de la LRFP.

2. De l'effet du risque de développement sur l'article 55 CO

Les règles du CO et de la LRFP ne s'excluant pas, le producteur qui parvient à se libérer de sa responsabilité selon la LRFP, notamment en démontrant un cas de risque de développement, peut toujours être recherché sur la base de l'art. 55 CO. Dans cette situation se pose la question des effets du risque de développement sur les règles de la responsabilité de l'art. 55 CO.

En vertu de l'art. 55 CO, le fabricant d'un produit défectueux peut être recherché objectivement en responsabilité en sa qualité d'employeur d'un travailleur indélicat⁹⁹. Selon le Tribunal fédéral, l'employeur peut se libérer aux conditions usuelles et en démontrant qu'il a organisé rationnellement son entreprise, procédé à un contrôle final des produits ou, si un tel contrôle est impossible, opté pour une méthode de fabrication qui exclut les erreurs avec un haut degré de vraisemblance¹⁰⁰. Le degré de diligence attendu du producteur est élevé, de telle sorte qu'il lui est difficile de s'en libérer¹⁰¹.

En parvenant à se libérer de sa responsabilité sous l'angle de la LRFP, le producteur a démontré que l'état des connaissances scientifiques ne lui permettait objectivement pas de déceler le défaut. Il paraît donc cohérent de conclure, sous l'angle de l'art. 55 CO, que dans le même temps, il a également démontré que même en faisant preuve de toute la diligence requise, il n'aurait pas pu détecter le défaut, donc empêcher la survenance du dommage. Risque de développement et preuve libératoire de l'article 55 CO sont donc basés sur

⁹⁸ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 74.

⁹⁹ ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378.

¹⁰⁰ ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378 ; Arrêt du Tribunal fédéral C.564/1984 du 14 mai 1985, JdT 1986 I 571.

¹⁰¹ WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 65, qui compare ce régime à une responsabilité pour risque ; JUNOD Valérie, « La responsabilité de la société pharmaceutique pour l'information défectueuse sur son médicament », in *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève 2009, p. 143. Pour espérer pouvoir se libérer, la société doit convaincre le juge que son organisation est quasiment parfaite et qu'aucune erreur ne peut être reprochée, que ce soit à ses employés dans leur ensemble ou à ses organes.

une approche analogue selon laquelle la diligence de l'employeur n'aurait pas permis d'éviter le dommage¹⁰².

En d'autres termes, l'employeur se libère en démontrant qu'il lui était impossible, en raison de l'état des connaissances scientifiques, de mettre en place une organisation de son entreprise qui aurait permis la détection de produits défectueux¹⁰³.

II. Conclusion

À l'instar de ses homologues européens, le législateur suisse fait principalement supporter le risque de développement aux consommateurs. Toutefois, il limite les possibilités pour le producteur de se libérer, soit en prohibant explicitement le recours à cette preuve libératoire, soit en en rendant l'accès plus difficile, en particulier dans les cas de dommages importants.

Ni la LRFP, ni la Directive ne donnent de définition de la notion d'état des connaissances scientifiques et techniques. La détermination des connaissances scientifiques auxquelles le producteur a accès peut donc poser problème et se heurter à l'interprétation objective de cette notion. Toutefois, l'évolution des moyens de communication qui permet actuellement un accès facilité à l'information rend opposable aux producteurs une grande partie de la connaissance scientifique, rendant plus aisée l'analyse de cette preuve libératoire.

La LRFP, à la suite de la Directive, se voulait, lors de son adoption, une loi protectrice des intérêts des consommateurs, mettant à charge du producteur une responsabilité causale aggravée, fondée sur le seul défaut de sécurité présenté par le produit en question.

L'analyse de l'exception tirée des risques de développement vient toutefois y apporter un bémol important. Car en permettant au producteur d'échapper à sa responsabilité en invoquant qu'il lui était impossible de connaître le défaut de son produit, on lui permet en fait de faire la preuve de sa diligence – qui

¹⁰² JUNOD Valérie, « *La responsabilité de la société pharmaceutique pour l'information défectueuse sur son médicament* », in *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève 2009, p. 147 ; WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 74.

¹⁰³ Cette situation est très similaire à celle dans laquelle le BGH a estimé que le producteur ne pouvait se prévaloir du risque de développement, le produit étant grevé d'un défaut de fabrication. Ainsi en est-il allé dans le cas de l'affaire dite de la bouteille : la fissure d'une bouteille n'avait pas pu être détectée dans le cadre du contrôle qualité, pourtant raisonnablement diligent, opéré par le producteur. Seuls permettent de se libérer les dangers émanant de la conception d'un produit, à l'exclusion des défauts qui ne peuvent être évités durant le processus de fabrication, BGH, Décision du 9 mai 1995 – VI, ZR 158/94 –, BGHZ 129, 353-366.

plus est variable selon l'importance du dommage – et, en d'autres mots, de son absence de faute.

Force est donc de constater que la faute fait son retour¹⁰⁴, dans le cadre de la LRFP, par la petite porte des risques de développement, permettant au producteur de faire échec au principe strict de responsabilité qui avait présidé à l'adoption de la loi.

La LRFP est une loi qui n'est quasiment jamais appliquée. Et il est donc difficile de rechercher le producteur sur la base des dispositions qu'elle contient. Gageons que l'exception tirée des risques de développement n'arrangera rien à l'affaire et que d'autres lois ou principes devront être invoqués pour que le producteur puisse être tenu pour responsable du défaut de sécurité présenté par les produits qu'il commercialise.

¹⁰⁴ CHAPPUIS Christine, « Responsabilités objectives : conclusions générales », in Responsabilités objectives, Genève 2003, p. 209.

III. Bibliographie

- BREHM Roland, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht BK - Berner Kommentar*, Berne, 2006.
- BREHM Roland, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht BK - Berner Kommentar*, Berne, 2013.
- CHAPPUIS Christine, « Responsabilités objectives : conclusions générales », in *Responsabilités objectives*, Genève, 2003, pp. 207ss.
- HESS, Hans-Joachim, *Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht vom 18. Juni 1993*, Berne, 2016.
- JUNOD Valérie, « La responsabilité de la société pharmaceutique pour l'information défectueuse sur son médicament », in *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève, 2009, p. 125-148.
- JUNOD Valérie, « Pouvait-on déceler le défaut de la prothèse ? », in *Pratique juridique actuelle*, 2011, p. 1177-1182.
- MILDRED Mark / HOWELLS Geraint, « Comment on 'Development Risks: Unanswered Questions' », *The Modern Law Review*, Vol. 61, No. 4 (Jul., 1998), pp. 570-573.
- MÜLLER Christoph, « Neueste Entwicklungen in der Produktehaftpflicht: Vom Art. 55 OR zum BGE 137 III 226 », in *Weiterbildung Recht, Produktesicherheit und Produktehaftung - Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei !*, 2012, p. 125-143.
- MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle, 2013.
- OUDOT Pascal, *Le risque de développement ; Contribution au maintien du droit à réparation*, Dijon, 2005.
- PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, « Coexistence et responsabilité: "im Sinne der Vorsorge" », in *Le droit de l'environnement dans la pratique*, Vereinigung für Umweltrecht (VUR) (édit.), 2007 p. 742-756.
- TERCIER Pierre, BIERI Laurent, CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, Zurich, 2016.
- WENIGER Catherine, *La responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la Communauté européenne. Etude de droit comparé*, thèse, Lausanne, 1994, p. 136.
- WERRO Franz / HURNI Béatrice, « Les prothèses à risques », in *REAS - Responsabilité et assurance*, Verein Haftung und Versicherung (édit.), 2012, p. 161-170.

WERRO Franz, « La responsabilité du fait des produits est-elle stricte ? », in *Responsabilités objectives*, 2003, p. 29-60

WERRO Franz, *Commentaire romand Code des obligations I art. 1-529 CO*, art. 41-61, Bâle, 2012.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne, 2011.

WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Responsabilités objectives*, 2003, p. 61-79.

Produits composés : responsabilité civile et gestion des relations contractuelles

ERDEM BÜYÜKSAGIS* ET PRANVERA KËLLEZI**

Table des matières

I.	Introduction	132
II.	Définition du produit composé et du composant	132
III.	Responsabilité du fait des produits (LRFP).....	135
	A. Producteur en tant que responsable et solidarité.....	135
	B. Exonération.....	136
	1. En cas de défaut de fabrication	137
	2. En cas de défaut de conception.....	138
	3. En cas de défaut d'information.....	141
IV.	Relations entre les producteurs.....	144
	A. Relativité des contrats et intégration des actions directes des consommateurs	144
	B. Types de coopération commerciale.....	145
	C. Clauses de partage et de gestion des risques.....	146
	1. Conception du composant et du produit fini	146
	2. Fabrication ou assemblage des composants.....	149
	3. Réclamation de tiers.....	150
	4. Indemnisation	151
	5. Coordination avec l'assurance.....	153
V.	Conclusion.....	154
	Annexe.....	155

* Professeur, Chercheur invité (Fulbright Visiting Scholar) à l'Université Stanford (USA).

** Avocate au barreau de Genève, docteur en droit, LLM (Collège d'Europe, Bruges). Membre de la Commission de la concurrence

I. Introduction

Les produits finaux commercialisés sont le plus souvent composés de plusieurs composants. Lorsque les composants sont fabriqués et montés par le même producteur, ce dernier est seul responsable envers le consommateur final.

Souvent les composants sont conçus, fabriqués ou montés par différents intervenants. La question se pose alors de savoir qui est responsable du dommage causé par le produit fini défectueux envers le consommateur. Autrement dit, il s'agira de déterminer qui est défendeur à l'action en justice intentée par la personne lésée, qui peut être tenu pour responsable et être tenu de dédommager la victime. Enfin il s'agira de savoir si l'un de ces intervenants peut s'exonérer de sa responsabilité.

Du point de vue des différents cocontractants, la question s'exprimera en termes de délimitation des responsabilités et de gestion des risques de la responsabilité du fait des produits. Les parties doivent premièrement définir dans le contrat leurs domaines de responsabilité. Elles doivent en second lieu intégrer les actions directes provenant des consommateurs finaux.

Notre contribution vise à présenter les problèmes qui se présentent s'agissant de produits composés (II), d'exposer les principes posés par la loi sur la responsabilité du fait des produits (ci-après LRFP¹) (III) et de faire des propositions en relation avec l'intégration de ces principes dans les contrats entre producteurs (IV).

II. Définition du produit composé et du composant

La LRFP mentionne le produit fini, la matière première ou la partie composante². Le produit est défini comme une chose mobilière, par opposition aux immeubles, toute en précisant « même si elle est incorporée dans une autre chose mobilière ou immobilière »³. La partie composante, ou le composant, est ainsi un produit à part entière au sens de la LRFP. Les termes utilisés opposent le produit fini ou composé d'une part, et les parties incorporées ou composantes (le composant) d'autre part. Nous utiliserons volontairement le pluriel lorsque nous nous référerons aux composants, car un produit fini est généralement composé de plusieurs composants fabriqués ou conçus par différents

¹ RS 221.112.944.

² Art. 2 al. 1,a LRFP.

³ Art. 3 al. 1,a LRFP.

producteurs. En revanche, il n'y aura, pour les besoins de nos réflexions sur le sujet, qu'un produit fini vendu au consommateur.

Au regard de la LRFP et du droit des contrats, la distinction entre produit fini et composant n'est pertinente que dans la mesure où ces deux produits sont fabriqués par différentes entreprises⁴. Le composant sort de la sphère d'influence d'une entreprise pour entrer dans le processus de fabrication d'une autre entreprise. Le producteur du composant ayant ainsi abandonné la maîtrise du produit⁵, il y a en principe à ce moment mise en circulation du composant au sens de la LRFP.

Afin de mieux cerner les différentes questions qui peuvent se poser dans la pratique, nous allons présenter quelques exemples de défauts touchant des produits composés.

- Un cycliste se blesse suite à une rupture spontanée de la tige de selle de son vélo. Le rapport d'expertise expose que la cause de l'accident réside dans un défaut de parallélisme entre les plateaux de serrage de la selle, imputable au fabricant de la tige de selle (le composant). Le défaut affecte le vélo dans son ensemble⁶.
- Un téléphone portable explose lors de son utilisation prolongée. La batterie qui a explosé cause des dommages au téléphone et d'autres dommages matériels à son propriétaire. La cause de l'explosion est inconnue⁷. La première hypothèse présentée est celle du défaut de la batterie. Dans la seconde hypothèse, la batterie n'est pas défectueuse en soi, mais la puissance des logiciels gourmands en énergie chauffe l'appareil qui cause à son tour l'explosion de la batterie et, enfin, du téléphone portable. Le producteur du téléphone portable (du produit fini) est toujours responsable envers le consommateur. La question se pose de savoir si le producteur du composant encourt également une responsabilité envers le consommateur dans les deux hypothèses évoquées.
- Une personne subit l'implantation d'une prothèse de la hanche dont la tête en céramique se brise et cause des lésions internes. La tête en céramique est fabriquée par un producteur autre que celui qui a produit la

⁴ Entreprise est entendu ici comme un groupe d'entreprises. Voir WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2ème éd., Berne 2011, p. 185 N 640.

⁵ Voir WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2ème éd., Berne 2011, p. 184 N 635.

⁶ Cas traité en Belgique, Cour d'Appel de Liège, affaire 2004/RG/979 du 7 novembre 2005 ; MONTERO Etienne, *Revue générale de droit civil belge*, 2006, p. 624-628.

⁷ Voir l'exemple de Samsung Galaxy 7; The Economist, *Samsung's smartphone woes - Charred chaebol. Burning batteries are not the only problem facing the world's second-biggest technology firm*, 13 octobre 2016.

prothèse de la hanche. L'expertise ne peut pas déterminer la cause de la rupture de la tête de la prothèse⁸.

- Le polyéthylène est un composant utilisé largement dans l'industrie, sans risque pour la santé. Un producteur de prothèses de la hanche l'utilise comme un amortisseur entre la tête métallique de la tige fémorale et la couche extérieure de cette tête. Le producteur du polyéthylène informe le producteur de la prothèse que ce type de polyéthylène n'a jamais été utilisé auparavant dans le domaine médical. Il a été utilisé comme matière première pour la fabrication de produits industriels. Le corps d'un patient tolère mal la prothèse. Il doit être opéré deux fois à la suite de lésions. Une des hypothèses de ces lésions corporelles est l'intolérance au polyéthylène utilisé. Cet exemple montre que des matières parfaitement sûres pour certaines utilisations industrielles peuvent se révéler inadaptées pour d'autres usages⁹.
- En Europe et aux Etats-Unis, des accidents impliquant des voitures Tesla ont causé le décès de deux personnes. Il est difficile dans ce cas aussi d'identifier le composant qui a causé le défaut : il pourrait s'agir du système de pilotage automatique conçu et produit par Tesla et/ou du système de détection visuelle, conçu par une autre société (MobilEye). Les deux sociétés ont en effet collaboré très étroitement dans la mise en place du système de pilotage automatique. La responsabilité envers l'utilisateur final est régie par les règles de la responsabilité civile, tandis que les relations internes entre Tesla et MobilEye sont définies dans un contrat (de développement ou de production commune)¹⁰.

Les producteurs se bornent souvent à acheter un composant ou une matière première. Le producteur du produit fini est responsable du choix du composant ou de la matière première et de l'intégration de ces éléments dans le produit fini. En revanche, même si un producteur d'un composant ou d'une matière première doit informer le public sur un éventuel risque que comporte l'utilisation de son produit, il n'a pas connaissance et ne peut pas contrôler toutes les utilisations faites par ses acheteurs directs ou indirects. Il ne contrôle pas le produit fini.

Lorsque la matière elle-même, comme l'amiante, est dangereuse, la responsabilité du producteur fini s'explique par le choix d'un composant ou d'une

⁸ Cas traité en France, Cours de cassation, 1^{ère} chambre civile, arrêt du 14 octobre 2016, ECLI:FR:CCASS:2014:C101389.

⁹ Cas inspiré de *Parker v. E.I. DuPont de Nemours & Co., Inc.*, 121 N.M. 120, 909 P.2d (N.M. Ct. App. 1995).

¹⁰ Voir NZZ du 1 juillet 2016, *Erster Unfalltod während Autopilot-Fahrt in Tesla* ; Forbes du 16 septembre 2016, *It's On: Tesla, Mobileye Spar Bitterly Over What Triggered Autopilot-Related Split*.

matière première (comme l'amiante) qui ne satisfait pas au standard de sécurité qu'on peut attendre du produit fini.

Ces exemples montrent la diversité des situations et démontrent que la coopération de plusieurs producteurs est très répandue en pratique. Du point de vue de la délimitation du défaut, nous distinguons deux cas de figure : soit le composant est défectueux et son producteur est responsable des dommages causés (*composant défectueux*) ; soit le composant n'est pas défectueux, mais il devient dangereux lors de l'intégration dans un autre produit (*composant exempt de défaut*). Lorsque le produit fini ne présente pas la sécurité attendue (il y a donc un défaut au sens de la LRFP), il s'agira de déterminer si le producteur d'un composant normalement sûr est néanmoins responsable des dommages causés. Le concept déterminant est celui de *contrôle ou d'influence* sur le produit fini, qui englobe également la simple connaissance de l'usage par le producteur du produit fini. Le contrôle ou l'influence dépend du degré d'implication du producteur du composant dans la *conception* ou la *fabrication* du composant et du produit fini. Le degré d'implication détermine également son devoir d'information envers le producteur du produit fini et, dans certaines circonstances, envers le consommateur final.

III. Responsabilité du fait des produits (LRFP)

La LRFP facilite les actions directes des consommateurs contre les producteurs de deux manières : en instituant le droit (impératif) des consommateurs de poursuivre les producteurs, en définissant largement la notion de "producteurs" d'une part, en objectivant celle de défaut et instituant des règles de solidarité d'autre part (A). Les actions directes sont entendues dans ce contexte comme des actions en responsabilité civile dirigées contre un défendeur à moins qu'il y ait une cause d'exonération (B).

A. Producteur en tant que responsable et solidarité

L'art. 7 LRFP prévoit une application stricte du principe de solidarité, selon lequel chaque défendeur jugé responsable peut être tenu comme responsable pour tout le dommage. L'art. 2 LRFP définit les responsables de manière large, permettant ainsi aux consommateurs d'intenter une action contre le fabricant du produit fini et contre les autres personnes impliquées dans le processus de fabrication ou de distribution :

- Les consommateurs peuvent intenter une action contre le fabricant du produit fini même si le défaut est causé par un composant fabriqué ou fourni par un tiers ;

- Les consommateurs peuvent intenter une action contre le producteur d'une matière première ou celui d'un composant ;
- Certains produits sont commercialisés sous une marque autre que celle du producteur, ce qui cache l'identité du véritable producteur. Afin de protéger les consommateurs, dans un tel cas, le droit de la responsabilité du fait des produits leur permet de faire valoir leurs droits contre le producteur apparent ;
- Les consommateurs voulant se retourner contre le producteur peuvent rencontrer certaines difficultés pratiques si le producteur est domicilié à l'étranger. Si tel est le cas, le droit de la responsabilité du fait des produits permet aux consommateurs de faire valoir leurs droits envers l'importateur du produit ;
- Il est parfois presque impossible d'identifier le fabricant ou l'importateur de certains produits. Si tel est le cas, le droit de la responsabilité du fait des produits permet aux consommateurs de se retourner contre le vendeur. Il est responsable pour le dommage subi par les consommateurs à moins qu'il ne leur indique son fournisseur.

Puisque la LRFP constitue une loi spéciale, la solution de l'art. 7 LRFP, qui prévoit expressément une responsabilité solidaire lorsque plusieurs producteurs répondent du dommage causé par un produit défectueux, l'emporte sur les dispositions générales du Code des obligations en matière de responsabilité civile¹¹. Ce qui constitue la solution la plus favorable aux lésés. En effet, si toutes les autres conditions de la responsabilité des défendeurs sont remplies, les lésés sont presque sûrs de trouver un défendeur solvable et, donc, d'être entièrement indemnisés.

Bien que le producteur du composant et celui du produit fini soient solidairement responsables à l'égard de la victime, dans leurs rapports entre eux, la détermination de leur contribution respective à la dette ne relève pas du champ d'application de l'art. 7 LRFP (voir ci-dessous IV).

B. Exonération

Même si, selon l'art. 1 al. 1 LRFP, le producteur répond du dommage causé par un produit défectueux¹², selon l'art. 5 al. 2 LRFP, « [...] le producteur d'une matière première et le fabricant d'une partie composante ne sont pas responsables s'ils prouvent que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la matière première ou la partie composante est incorporée, ou aux

¹¹ Cf. art. 2 al.1 LRFP.

¹² Selon l'art. 1 al. 2 LRFP, le producteur ne répond toutefois pas du dommage causé au produit défectueux.

instructions données par le fabricant du produit ». On peut déduire de ces dispositions que, contrairement à ce que le Tribunal fédéral a accepté dans son arrêt de principe du 19 décembre 2006¹³, les différentes catégories de défaut ont une valeur normative quant à l'exonération du producteur du composant¹⁴. En fait, selon la formulation de la LRFP, ce dernier ne peut pas se libérer de sa responsabilité si l'accident résulte d'un défaut de fabrication, mais il peut le faire en cas d'accident provoqué par un défaut de conception ou d'information affectant le produit fini. Ce constat nécessite quelques précisions sur la distinction tripartite des défauts, défaut de fabrication (1), défaut de conception (2), défaut d'information (3), et leurs effets sur la responsabilité du producteur d'une matière première ainsi que du fabricant d'une partie composante.

1. En cas de défaut de fabrication

Il y a défaut de fabrication quand une unité isolée n'offre pas la sécurité attendue pour un produit correctement conçu. Cette unité ne répond pas aux normes adoptées par le fabricant pour les autres produits du même genre et rend le produit dangereux pour l'intégrité corporelle ou pour les biens de l'utilisateur¹⁵. Il s'agit donc d'un produit en soi correctement conçu se révélant dangereux à cause d'une erreur¹⁶. Cette erreur survient en dépit d'une conception conforme aux connaissances de la science et de la technologie et malgré toutes les précautions et tous les contrôles que l'on peut exiger du fabricant¹⁷.

Le caractère inévitable du défaut de fabrication distingue ce défaut du défaut de conception. Un fabricant exerçant une diligence raisonnable peut éviter les défauts de conception, mais il ne peut pas éviter tous les défauts de fabrication qui peuvent affecter le composant ou le produit fini : il ne peut que les diminuer¹⁸. Il s'agit de ce qu'on appelle le « risque incompressible ». Du point de vue de l'exonération du producteur, il est important de souligner que les

¹³ ATF 133 III 81, c. 3.2.

¹⁴ Sur la valeur normative des différentes catégories de défaut, cf. BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Genève/Bâle/Zurich 2005, p. 299 ss.

¹⁵ BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Genève/Bâle/Zurich 2005, p. 284 ss.

¹⁶ C'est pourquoi, dans leur traité sur le droit civil, Keeton et Prosser définissent le défaut de fabrication comme une anomalie non intentionnelle rendant le produit encore plus dangereux que si celle-ci avait été intentionnelle (KEETON Page W./PROSSER William L., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ème éd., Minnesota 1984, p. 695).

¹⁷ C'est le cas, par exemple, de la défectuosité d'une pièce électronique d'une voiture qui est la conséquence d'une erreur momentanée liée à un logiciel de calcul employé lors de la production par le fabricant. BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Genève/Bâle/Zurich 2005, p. 284 ss.

¹⁸ BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Genève/Bâle/Zurich 2005, p. 284 ss.

matières premières ne peuvent pas avoir un défaut de conception, mais seulement un défaut de fabrication, par exemple si elles sont contaminées.

En cas de dommage causé par la réalisation d'un risque, le producteur du composant n'a pas le droit de s'exonérer en prouvant que le défaut résulte d'une erreur survenue pendant le processus de fabrication ou d'assemblage du produit fini. Selon l'art. 5 al. 2 LRFP, le producteur du produit fini et le producteur du composant assument ensemble les conséquences du défaut de fabrication envers le tiers. Cette responsabilité est fondée sur l'idée que celui qui bénéficie d'une activité doit supporter les conséquences de la réalisation des risques incompressibles en découlant. Il est dès lors légitime d'engager sa responsabilité en cas de dommage car ce n'est que la contrepartie des bénéfices qu'il retire de l'activité.

2. En cas de défaut de conception

Si le défaut naît lors de l'étape initiale du développement du produit fini, c'est-à-dire au moment où celui-ci est conçu, le producteur du composant peut se libérer en prouvant que le défaut est imputable à la conception du produit fini. Il est normal que le producteur du composant ne soit pas responsable du dommage dû à une phase où il ne décide pas des conditions de l'usage du produit, des types de matériaux, du texte du mode d'emploi et du type d'équipement utilisé pour le créer, des techniques et procédés de conception adoptés après mûres réflexions par le fabricant du produit fini.

L'élimination du défaut de conception d'un produit fini dépend en effet de la diligence du fabricant lors de l'étape de la conception¹⁹, du choix de matériel, du calcul de prévention, du type d'équipement utilisé pour créer le produit fini, du contrôle du processus de production, etc²⁰. Une conduite prudente permet souvent au fabricant d'éviter ce type de défaut²¹. En revanche, l'ab-

¹⁹ Cf. BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Genève/Bâle/Zurich 2005, p. 291.

²⁰ Cf. BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Genève/Bâle/Zurich 2005, p. 293.

²¹ Schaden et Heldman soulignent l'importance des facteurs humains dans la conception d'un produit comme suit: « Human factors must be primary design criteria for a product to be used by or in the vicinity of people. Human factors engineering is that specialty which considers the relationship between the person and the product. People will be human (meaning perhaps, subject to limitations) in their actions and reactions. This fact must be considered in the product design process. Cynics derisively refer to the human factor as the "idiot" factor. But since World War II, especially in the last 25 years, experience with the human factor has been taken into account in various standards for use by product designers. Unfortunately, not all of this knowledge has been codified, and not all design engineers use the available standards in their designs. When an injury arises from apparent "misuse" of a product, that product will often be found to be inadequately designed from a human factors standpoint. Human engineering is also known as human factor analysis, ergonomics, biomechanics, biotechnology, biophysics, human engineering psychology. It is applicable in three areas of product liability litigation: 1. To find theories of design liability. 2. To determine whether a use of a

sence d'une pièce supplémentaire qui rendrait l'utilisation du produit plus sûre (par exemple, un système de limitation de vitesse sur une voiture), le choix d'un matériel de qualité inférieure ou le choix d'un matériel insuffisamment testé (par exemple, un médicament insuffisamment testé et causant des dommages à l'organisme), qu'il s'agisse de composants bruts ou de pièces fabriquées par un tiers, sont autant de défauts dans la conception du produit.

Si la cause de l'accident est un défaut de conception imputable au producteur du composant, ce dernier devrait être responsable avec le producteur du produit fini et ne peut pas se prévaloir de la clause exonératoire prévue par l'art. 5 al. 2 LRFP. Dans la plupart des cas, le processus nécessaire pour déterminer si des composantes comme des moteurs, interrupteurs, condensateurs, plastiques, colorants, qui trouvent une très large utilisation dans différents secteurs, sont défectueux, n'est pas facile et nécessite une analyse au cas par cas. Si le producteur du produit fini choisit le composant du catalogue de son producteur suite à une discussion avec ce dernier et si le producteur du composant lui a fourni une information incorrecte ou vague sur les caractéristiques de son produit, le producteur du composant ne devrait pas être en mesure d'évoquer la clause exonératoire en arguant que le défaut est dû au produit fini. Par contre, si le producteur a choisi le mauvais composant pour son produit (fini) sans avoir consulté le producteur du composant et si ce dernier n'est pas défectueux en soi, le producteur du composant ne devrait pas être responsable du dommage causé par le produit fini.

Même s'il a participé à la conception du produit fini, le producteur du composant peut s'exonérer à condition qu'il prouve que le défaut n'est pas imputable à la conception du composant mais à la conception du produit dans lequel la partie composante est incorporée. Une telle interprétation pourrait restreindre la responsabilité du fait des produits et serait incohérente avec la récente jurisprudence de la CJUE élargissant la notion de défaut ainsi que celle de dommage, deux concepts-clés de la directive 85/374 du 25 juillet 1985²².

A notre avis, au lieu d'adopter une approche noir-blanc, il serait plus adéquat de déterminer le degré de la participation du producteur du composant à la conception du produit fini. Comme le *US Restatement Third* le prévoit aux Etats-Unis, le fournisseur de la partie composante devrait être responsable s'il a substantiellement participé à l'intégration de cette partie dans le produit fi-

product was foreseeable. 3. To determine whether a warning was needed and, if supplied, whether it was adequate » (SCHADEN Richard/HELDMAN Victoria, *Product Design Liability*, New York 1982, p. 43 ss).

²² Cf. CJUE (4e ch.), 5 mars 2015, affaires jointes C 503/13 et C 504/13. Pour une analyse, cf. BÜYÜKSAGIS Erdem, *Et si Dr House évoquait le défaut potentiel de votre pacemaker...*, AJP/PJA 2016, p. 14 ss; WERRO Franz/TOLOU Alborz, *Le défaut potentiel et les mesures préventives dans la responsabilité du fait des produits défectueux*, in: EPINEY Astrid/AFFOLTER Sian (éds.), *La Suisse et l'intégration européenne*, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 274.

ni²³. Cette définition concilie les deux approches, morale et économique. La participation du fournisseur dans la conception du produit fini constitue la base morale pour le tenir pour responsable. La participation est également significative du point de vue de la question du coût de la prévention d'un éventuel accident. En fait, celui qui participe à l'intégration du composant dans le produit fini a également un certain contrôle sur la dangerosité de ce composant. Cela veut dire que puisqu'il a ce contrôle, il est capable d'améliorer le composant en termes de sécurité à un moindre coût, comparé à celui qui n'a pas de contrôle sur cette partie composante. Au contraire, si le fournisseur d'une partie composante ou d'une matière première ne participe pas substantiellement à la conception du produit fini, normalement il serait difficilement en mesure d'améliorer la sécurité du produit fini alors que le monteur ou celui qui l'a conçu peut le faire.

Buonanno v. Colmar Belting Co, une affaire américaine, illustre bien le test de « participation substantielle »²⁴. Buonanno, un ouvrier travaillant pour un centre de transfert de déchets à recycler (NEED), s'est blessé quand son bras s'est coincé dans un système de transport sur rouleaux, là où il n'y a pas de protection entre les parties en rotation et la partie fixe. NEED a commandé des systèmes de transport à Colmar, un fournisseur qui avait été informé de la longueur et de la largeur de la machine ainsi que de la vitesse et du type de moteur. Ce dernier a ensuite acheté différentes pièces de la machine à différents autres fournisseurs qu'il a choisis, dont EPT. Ce dernier n'a pas fourni à son cocontractant une protection de sécurité et ne lui a pas recommandé de placer une protection entre les parties en rotation et la partie fixe. Le demandeur a ouvert une action contre NEED, en avançant que la machine était défectueuse parce qu'elle ne disposait pas d'un dispositif de protection et d'une notice d'avertissement contre le risque d'accident. En appliquant le §5 du *Restatement Third*, la Haute cour américaine a pris position en faveur du fournisseur de la machine en basant sa décision sur l'argument que la participation du fournisseur dans la fabrication de la machine n'était pas substantielle²⁵. En fait, selon la décision basée sur des rapports d'experts, ce genre de protection devrait être installée par un soudeur, et ce sur le lieu de travail du client.

Nous pensons que, dans la plupart des cas, ce test de « participation substantielle » peut également aider nos tribunaux à surmonter la difficulté à déterminer si le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la partie composante est incorporée ou plutôt à celle du composant.

²³ Voir le texte de cet article complet en annexe.

²⁴ 733 A.2d 712 (R.I. 1999). Pour une analyse, cf. FISCHER David A., *Product Liability: A Commentary on the Liability of Suppliers of Component Parts and Raw Materials*, South Carolina Law Review 2002, p. 1149.

²⁵ 733 A.2d 715-720 (R.I. 1999).

3. En cas de défaut d'information

La disposition de l'art. 5 al. 2 LRFP ne fournit pas de définition de la notion "d'instruction donnée par le fabricant" et ne se limite pas explicitement aux instructions données par le fabricant du produit fini au fournisseur du composant. Nous pensons qu'il n'y a pas de raison d'adopter une interprétation limitative quant à son champ d'application. En fait, la raison derrière l'exonération du fabricant du composant est de ne pas le tenir pour responsable d'une chose qui n'est pas imputable à lui-même mais au producteur du produit fini. C'est pourquoi, selon nous, la notion "d'instruction donnée par le fabricant" inclut, en plus des instructions inadéquates données au fournisseur du composant (a), la présentation du produit fini destinée aux utilisateurs finaux (b).

a) *Instructions*

Le producteur qui conçoit le produit fini demande souvent au fournisseur de la matière première et du composant des informations quant aux caractéristiques de ce dernier afin de déterminer si le composant en question est compatible avec la conception du produit fini. Dans un tel cas, le fournisseur a le devoir d'assister le producteur dans le choix et l'installation du composant en prenant en compte les spécifications du produit dans lequel le composant devrait être incorporé. Bien évidemment, le champ et le contenu de l'information que le fournisseur donne aux producteurs dépend de celle qui aurait été fournie par le producteur notamment sur la conception, l'assemblage, le montage, la commercialisation, l'utilisation et l'entretien du produit fini.

Si le producteur du produit fini n'informe pas le fournisseur ou ne l'informe pas correctement de ces aspects, il est possible que la matière première ou le composant rende le produit fini défectueux. Dans une telle hypothèse, la question est celle de savoir si le fournisseur de la matière première ou du composant pourrait être tenu pour responsable des conséquences de ce défaut. A la première lecture, l'art. 5 al. 2 LRFP donne l'impression que le producteur de la matière première ou le fabricant du composant n'est pas responsable puisque, dans de telles situations, il peut facilement prouver que le défaut est imputable au manque d'instruction ou aux instructions inappropriées de la part du fabricant du produit fini.

Cependant, il convient d'ajouter que, dans la pratique, le fabricant et les fournisseurs se consultent mutuellement afin de trouver les composants et les matériaux adéquats pour le produit et l'utilisation qui doit en être faite. Nous pensons que, dans de telles situations, même si le fournisseur arrive à prouver que les instructions quant à la matière première ou aux composants étaient inadéquates, il serait difficile pour lui de s'exonérer de sa responsabilité si le producteur du produit fini prouve que le fournisseur avait les moyens et la

possibilité de vérifier ses instructions. En fait, dans une telle éventualité, le défaut ne serait plus imputable aux instructions données par le seul producteur du produit fini, mais plutôt à celles fournies conjointement par le producteur et le fournisseur.

b) *Présentation*

Un défaut de présentation résulte soit d'une mauvaise information donnée par le fabricant, soit de l'absence totale d'information concernant un produit ou une pièce particulière pouvant être dangereux. Ce type de défauts n'apparaît pas pendant la conception ou la fabrication. Il existe des produits irréprochables en eux-mêmes²⁶ avec des complications techniques rendant leur usage dangereux pour ceux qui n'ont pas de connaissances particulières²⁷. Il y a donc une corrélation entre un risque inhérent au produit et l'information donnée à l'utilisateur²⁸.

Contrairement aux deux autres catégories de défaut déjà examinées, lorsqu'il s'agit d'un défaut de présentation, le danger relatif à l'usage du produit (ce pour quoi un avertissement est exigé) ne constitue pas un motif suffisant pour établir la responsabilité. Le fabricant n'est responsable que lorsque le dommage survient suite à une absence d'avertissement ou à un avertissement inadéquat. En effet, le risque présenté par le produit n'est pas déraisonnable en tant que tel, mais l'ignorance de ce risque crée un danger pour les consommateurs mal informés.

C'est au tribunal de déterminer si les notices d'utilisation et les avertissements fournis sont suffisants et adéquats, compte tenu du danger que le produit peut faire courir à un public non averti. Dans cette démarche, l'appréciation de la prévisibilité en ce qui concerne l'usage du produit par ses utilisateurs joue un rôle important²⁹. Les risques d'allergies pour un petit ou grand nombre de personnes, le caractère grave ou non du risque encouru, la

²⁶ La plupart des produits respectant les exigences de la technique peuvent créer des dangers si certaines précautions exigées par leur nature ne sont pas observées. C'est le cas pour nombre d'appareils électriques (Petitpierre, La responsabilité du fait des produits, p. 21 et la réf. citée) ou pour les médicaments qui doivent être utilisés avec certaines précautions. Même les produits les plus simples peuvent receler des dangers qui ne sont pas évidents tout de suite pour le public. C'est le cas, par exemple, pour un remède pour les maladies oculaires de la volaille mis en circulation sans avertissement spécial spécifiant qu'il ne doit pas être mis en contact avec les yeux.

²⁷ Büyüksagis Erdem, La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits, Genève/Bâle/Zurich 2005, p. 295.

²⁸ Des avertissements insuffisants ou erronés à propos des propriétés dangereuses d'un produit peuvent produire des dommages. Le défaut de présentation se limite à remettre en question les critères en relation avec ces informations insuffisantes ou erronées.

²⁹ En présence d'un danger prévisible pour les utilisateurs, la jurisprudence suisse n'accepte pas la responsabilité du producteur (cf. TF 4A_365/2014; TF 4A_371/2014; ATF 96 II 108).

nécessité de mettre en garde contre un danger imprévisible³⁰, le caractère évident de ce danger pour certaines catégories de la population sont quelques exemples des innombrables questions laissées à l'appréciation des juges. Dès que le juge constate que le risque d'un produit devrait être mentionné puisque, à première vue, l'utilisateur ne peut le prévoir, il établit la responsabilité du fabricant du produit fini ayant omis d'indiquer les moyens de s'en préserver³¹. Dans un tel cas, le fabricant du composant ou de la matière première peut se prévaloir de l'art. 5 al. 2 LRFP et se libérer.

Comme c'était le cas dans l'affaire de la pilule Yasmin³², les tribunaux déterminent parfois le champ du devoir d'information du producteur selon la règle de l'intermédiaire compétent, ou comme disent les Américains, la « *learned intermediary rule* »³³. Cette règle libérerait le fournisseur du composant du devoir d'avertir l'utilisateur final des risques de la pièce composante, s'il transmet de façon adéquate cette information au fabricant du produit fini. Pour déterminer si le fournisseur est exempté du devoir d'information qu'il a envers l'utilisateur, les tribunaux doivent considérer notamment ces facteurs : la dangerosité de la partie composante, la fonction de la partie composante dans le produit fini, la nature de l'information (si elle existe), la fiabilité de l'intermédiaire, l'importance du risque, le bien-fondé de n'informer que l'intermédiaire³⁴.

³⁰ Sur la question de la prévisibilité, cf. DALCQ Roger O., *La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ?*, in: Hommage à Jacques Heenes, Bruxelles 1994, p. 83 ss.

³¹ LUTZ Peter, *Haftung für Gebrauchsanleitungen – Ein Sonderfall der Produktheftung*, RSJ 1993, p. 1-9.

³² TF 4A_365/2014; 4A_371/2014. Pour une analyse, cf. BÜYÜKSAGIS Erdem/MAURER Sabrina, *Die "learned intermediary"-Doktrin im schweizerischen Pharmarecht: Sachgerechte oder sachfremde Anwendung?*, AJP/PJA 2016, p. 1645 ss; WERRO Franz/TOLOU Alborz, *Le défaut potentiel et les mesures préventives dans la responsabilité du fait des produits défectueux*, in: EPINEY Astrid/AFFOLTER Sian (éds.), *La Suisse et l'intégration européenne*, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 261 ss.

³³ Pour les premiers cas où une cour américaine a appliqué la règle du « *learned intermediary* », voir *Marcus v. Specific Pharmaceuticals*, 77 N.Y.S.2d 508, 509 (N.Y. App. Div. 1948): "It may be safely conceded that these allegations would be sufficient if the product were sold to the public generally as a drug for which no physician's prescription was necessary. The situation alleged is materially different". Voir aussi *Yarrow v. Sterling Drug, Inc.*, 263 F. Supp. 159, 162 (D.S.D. 1967), aff'd, 408 F.2d 978 (8th Cir. 1969); *McCue v. Norwich Pharmacy Co* 453 F.2d 1033 (1st Cir. 1972). Dans la doctrine de *common law*, cette règle a fait l'objet d'une vaste littérature. Voir p. ex. FERGUSON Pamela R., *Liability for Pharmaceutical Products: a Critique of the « Learned Intermediary » Rule*, Oxford J Legal Studies 1992, p. 59 ss; KARNS Jack E., *Direct Advertising of Prescription Drugs: The Duty to Warn and the Learned Intermediary Rule*, DePaul J. Health Care L. 2000, p. 273 ss; HALL Timothy, *Reimagining the Learned Intermediary Rule for the New Pharmaceutical Marketplace*, Seton Hall Law Rev. 2004, p. 193 ss; GOLDBERG Richard, *Medicinal Product Liability and Regulation*, Oxford 2013, p. 60 ss. Pour une étude récente comparant les développements de la responsabilité du fait des produits défectueux aux Etats-Unis et dans les pays européens, notamment la France et l'Allemagne, voir WERRO Franz/HASBUN Claudia, *Is MacPherson A Legacy of Civilian Views?*, J Tort L 2016, p. 67 ss.

³⁴ BÜYÜKSAGIS Erdem/MAURER Sabrina, *Die "learned intermediary"-Doktrin im schweizerischen Pharmarecht: Sachgerechte oder sachfremde Anwendung?*, AJP/PJA 2016, p. 1453 ss.

Le dernier facteur reflète l'idée que celui qui peut à moindre coût prévoir et éliminer le risque doit avertir l'utilisateur final. Alors, si le fardeau est lourd pour le fournisseur, il n'a pas le devoir d'avertir l'utilisateur, mais peut se contenter d'avertir le fabricant ou le monteur du produit fini. Cependant, cette approche économique n'est certainement pas suffisante pour établir l'obligation d'information du fournisseur. Parfois, il faut prendre en compte les autres circonstances et facteurs pour arriver à une conclusion plus juste qui ne néglige pas les considérations d'équité. A notre avis, le moment où la partie composante a été installée, l'expérience des parties et la faisabilité devraient être d'autres critères principaux que le juge doit prendre en compte pour déterminer quelles informations le fournisseur devrait donner³⁵.

IV. Relations entre les producteurs

La LRFP règle les relations entre consommateurs finaux et producteurs. Cette réglementation institue des règles impératives qui doivent être prises en compte par les producteurs, sans toutefois régler les relations entre ceux-ci. Nous présenterons ci-après les mécanismes permettant d'intégrer les éléments de la responsabilité du fait des produits et de définir les relations entre les producteurs de composants. A cette fin, il convient d'étudier d'abord la relativité des contrats (A), les types de coopération commerciale entre les producteurs (B) et finalement les clauses de partage et de gestion des risques (C).

A. Relativité des contrats et intégration des actions directes des consommateurs

Les rapports entre le producteur du produit fini et le producteur du composant sont définis par le contrat qui les lie : leurs prétentions respectives l'un à l'encontre de l'autre ne peuvent être basées que sur ce contrat (*privity of contract*). C'est en abandonnant cette théorie que la responsabilité du fait des produits a permis de faciliter les actions directes des consommateurs³⁶. C'est également en (re)définissant les contours du « *privity* » que les producteurs délimitent leur responsabilité, permettant ainsi une meilleure gestion des risques³⁷.

³⁵ Cf. PAPE Sanne, *Warnings and Product Liability, Lessons Learned from Cognitive Psychology and Ergonomics*, La Haye 2012, p. 357 ss.

³⁶ Sur la « *privity* » et ses contours, voir PETITPIERRE Gilles, *La responsabilité du fait des produits*, Genève 1974, p. 55 ss.

³⁷ Sur la couverture des dommages subis par des tiers, voir GAUCH Peter/SCHLUEP Walter, *Schweizerisches Obligationenrecht, Band II*, 10ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 154 ss (*Drittsschaden und Drittsschadensliquidation*) et p. 362 ss (*Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter*).

Les producteurs ne peuvent pas limiter leur responsabilité en défaveur du consommateur³⁸. La LRFP est impérative³⁹. Les clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité en défaveur du consommateur prévues dans les contrats de distribution, d'achat, de sous-traitance ou de production commune sont nulles. Le consommateur peut toujours ouvrir action directement contre tout producteur.

En revanche, la LRFP ne régit par les rapports internes entre producteurs. Il est en conséquence toujours possible de limiter contractuellement la responsabilité d'une partie envers son cocontractant : les règles impératives opposables dans les relations contractuelles entre producteurs sont celles régissant leurs contrats et d'éventuels règles d'ordre public d'un pays tiers (et qui se rapportent en général à la mise en circulation ou à la commercialisation)⁴⁰, règles que le juge ou l'arbitre suisse devrait le cas échéant prendre en compte. Le risque d'éventuelles actions directes des consommateurs sera intégré dans le contrat entre les producteurs du produit fini et du composant par le biais de clauses de gestion des réclamations de tiers et d'indemnisation.

En dehors de la vente de matières premières ou de composants en vrac, les contrats susceptibles d'entrer en ligne de compte sont généralement des contrats innomés, comportant des éléments de plusieurs contrats spéciaux (par exemple des éléments de mandat, d'entreprise ou de vente). Certaines dispositions impératives desdits contrats spéciaux peuvent donc s'appliquer⁴¹. Pour le surplus, les parties sont libres de définir leurs rapports internes comme elles l'entendent : elles ont même intérêt à utiliser pleinement leur liberté contractuelle pour mieux gérer le risque résultant de la responsabilité du fait des produits. La rédaction de clauses concernant ces questions n'est pas seulement importante pour régler leurs rapports internes, elle constitue également une preuve vis-à-vis du juge sur le rôle de chaque producteur dans la conception ou la fabrication du composant ou du produit fini. En outre, le contrat peut clarifier les devoirs réciproques d'information, y compris envers le consommateur final.

B. Types de coopération commerciale

Chaque coopération commerciale comporte différents éléments, d'où le caractère innomé de ces contrats. Le rôle de chaque producteur est généralement

³⁸ Art. 8 LRFP : « Sont nulles les conventions qui limitent ou excluent au détriment de la victime la responsabilité civile résultant de la présente loi. »

³⁹ MARCHAND Sylvain, *Clauses contractuelles. Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008, p. 30.

⁴⁰ Art. 19 LDIP ; voir DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse*, 5ème éd., Bâle 2016, p. 106 ss.

⁴¹ CR CO I, THÉVENOZ LUC /DE WERRA Jacques, Intro. Art. 184-529 N 52. Pour une liste de dispositions impératives, voir MARCHAND Sylvain, *Clauses contractuelles. Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008, p. 9 ss.

différent dans les contrats de vente, de sous-traitance ou de développement voire de production commune. Du point de vue de la responsabilité objective instaurée par la LRFP, l'implication de chaque producteur est analysée par rapport aux trois éléments qui servent de base à définir le défaut, à savoir la conception, la fabrication ou la présentation du composant et du produit fini.

Dans le contrat de la vente, le producteur d'une matière ou d'un composant n'est pas du tout impliqué dans la conception et la fabrication du produit fini. La participation du sous-traitant dans la conception du produit (que ce soit un composant ou un produit fini) est beaucoup moins poussée dans un tel contrat que dans un contrat de développement ou de production commune : il suit souvent des instructions précises du donneur d'ordre. En revanche, dans les contrats de développement commun, les deux parties développent un produit fini, et même si elles sont uniquement responsables de la fabrication ou de l'assemblage de certains composants, elles doivent assurer que l'ensemble fonctionne sans risque. Enfin, l'implication de chaque partie est unique et devrait être définie clairement dans le contrat.

C. Clauses de partage et de gestion des risques

La conception (1) et l'assemblage des composants (2), la réclamation de tiers (3), les clauses d'indemnisation (4) et la coordination avec l'assurance (5) sont autant de sujets à étudier afin de comprendre la gestion des risques.

1. Conception du composant et du produit fini

La conception du composant peut être la cause de l'absence de sécurité du composant lui-même et enfin du produit fini, et en conséquence d'un défaut au sens de l'art. 4 LRFP. Le concepteur du composant est responsable de l'absence de sécurité : le rôle de concepteur peut être déterminé dans le contrat tant par une disposition décrivant son rôle qu'au moyen de spécifications et d'instructions techniques⁴². Les spécifications et la description technique du produit contractuel sont importantes car le défaut du produit sera défini par rapport aux spécifications. Le « défaut » au sens de la LRFP sera également influencé par la description du produit.

⁴² Les spécifications (*specifications*) définissent la conception du produit (par exemple, dessin industriel, technologie utilisée, concepts, exigences de performance et fonctionnalités du produit) ou le choix des matières premières. Les tâches de chacun sont en outre définies dans le cahier de charges (*Statement of Work, SOW*), qui décrit les tâches et responsabilités de chacun, y compris des délais de réalisation de ces tâches. Voir pour une définition et présentation de ces termes, CANNADY Cynthia, *Technology Licensing and Development Agreements*, Oxford/New York 2013, p. 246 ss (*SOW*) et 251 ss (*specifications*).

Les parties devront être attentives à l'attribution de la conception du produit contractuel ainsi que de l'auteur des annexes relatives aux spécifications⁴³. Une attribution correcte des rôles dans le contrat servira de preuve dans le cadre d'une action directe des consommateurs, mais également lors de la détermination de la responsabilité fondant une demande contractuelle en indemnisation.

Comme exposé ci-dessus, le producteur d'une matière première et le fabricant d'un composant ne sont pas responsables envers les consommateurs s'ils prouvent que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la matière première ou le composant est incorporé, ou encore qu'il est imputable à des instructions données par le fabricant du produit (voir III ci-dessus)⁴⁴. Lorsque le fabricant du produit fini donne des instructions au fabricant du composant sur la conception et la fabrication du composant, la responsabilité de la conception du composant incombe au producteur du produit fini⁴⁵. Celui-ci peut être le donneur d'ordre dans un contrat de sous-traitance ou une des parties dans un contrat de production commune. Le contrat peut donc être utilisé à titre de preuve par le fabricant du composant pour s'exonérer de sa responsabilité tant envers les consommateurs que dans le cadre des rapports internes avec le fabricant du produit fini.

Un autre cas de figure non couvert par l'art. 5 al. 2 LRFP est celui de l'implication du fabricant du composant dans la conception du produit fini. Plus le fabricant du composant est impliqué dans la conception et l'intégration du composant dans le produit fini, plus il assume de responsabilités (voir III.B.2 ci-dessus). Plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Dans un accord de développement commun, les deux parties participent à la conception des composants et à l'intégration de ceux-ci dans le produit fini. Chaque producteur connaît le composant de l'autre et la conception du produit fini. La responsabilité découle non seulement de la participation active dans la conception elle-même, mais également de la connaissance de l'usage du produit fini :

⁴³ Il est important de clarifier dans le contrat quelle partie définit et fournit les spécifications. Dans la sous-traitance, il s'agit en général du donneur d'ordre. Le contrat doit alors clairement attribuer la responsabilité au donneur d'ordre. Même lorsque le sous-traitant participe à la conception du composant ou du produit fini par des conseils ou des avis, il est conseillé d'attribuer entièrement la responsabilité au donneur d'ordre, autrement dit exclure la responsabilité du sous-traitant. Dans les contrats de développement commun ou de production commune, les deux parties participent au développement du composant et du produit fini. Il convient alors de définir la responsabilité de chacune des parties dans la rédaction des spécifications.

⁴⁴ Art. 5 al. 2 LRFP.

⁴⁵ Cf. *Munger v. Heider Manufacturing Corporation*, 90 A.D.2d 645, 456 N.Y.S.2d (3d Dep't 1982): « Here, in the absence of any proof that the component designs were defective or that the parts were wrongfully manufactured, no public policy can be served by imposing liability on a manufacturer of specialized parts of a highly technical machine, particularly when, as here, the parts were created in accordance with the design, plans and specifications of the owner and assembler of the unit. »

le composant doit en effet offrir une sécurité adéquate compte tenu de l'usage qui peut raisonnablement être attendu du composant⁴⁶.

Dans le cadre d'une sous-traitance ou d'une simple vente, souvent le fabricant d'un composant ne connaît ni le produit fini, ni son usage attendu, ce qui atténue sa responsabilité. La méconnaissance effective peut être incluse dans le contrat sous la forme d'une déclaration des faits ou en tant qu'exonération de responsabilité. Plus délicate est la question de la connaissance présumée, ou ce que le fabricant du composant aurait dû connaître. Cette question est liée à celle du contrôle sur le produit fini ; une interprétation extensive aurait pour conséquence d'élargir de manière disproportionnée le champ de responsabilité du fabricant du composant pour englober des circonstances en dehors de sa sphère d'influence, en instaurant un devoir d'examiner et de contrôler l'usage de son composant par le producteur ou assembleur du produit fini⁴⁷.

Le fabricant spécialisé d'un composant qui a reçu un ordre de fabriquer ce composant en vue de son intégration dans un produit fini pourrait assumer une responsabilité quant au bon fonctionnement de son composant dans l'environnement communiqué par le donneur d'ordre. Cependant, la spécialisation du fabricant du composant concerne le composant et pas le produit fini ; si ce fabricant peut avoir plus d'expérience dans l'utilisation de son composant, il ne maîtrise toutefois pas l'environnement du produit fini. Par conséquent, même si le fabricant spécialisé est impliqué dans l'intégration de son composant dans l'environnement du produit fini par des conseils⁴⁸ ou des tests, il a toutefois intérêt à limiter sa responsabilité concernant le fonctionnement du produit fini.

En cas de défaut d'information ou d'impossibilité de prévoir certaines utilisations du produit, le sous-traitant délimitera sa responsabilité contractuelle en fonction des éléments qu'il peut maîtriser et demandera, le cas échéant, une

⁴⁶ Art. 4 al. 1 LRFP ; WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 2ème éd., Berne 2011, N 581 p. 171. L'art. 197 CO mentionne « l'utilité prévue », utilité qui est définie principalement par le contrat et les règles de la bonne foi. Sur la distinction entre défaut subjectif et objectif, voir TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5ème éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, N 664 p. 95. Voir également art. 364 ss CO s'agissant du contrat d'entreprise. En droit américain, l'usage attendu est limité à ce qui est prévisible pour le producteur du composant (*foreseeable uses*, voir BASS LEWIS/REDICK Thomas P., *Products Liability Design and Manufacturing Defects*, 2016-2017, § 2:25, p. 73).

⁴⁷ Voir pour un exemple en droit américain *Temple v. Wean United, Inc.*, 50 Ohio St. 2d 317, 4 Ohio Op. 3d 466, 364 N.E.2d 267(1977): "In our opinion, the obligation that generates the duty to warn does not extend to the speculative anticipation of how manufactured components, not in and of themselves dangerous or defective, can become potentially dangerous dependent upon the nature of their integration into a unit designed and assembled by another. Because of limited contact with Superior, there is no indication that Square D could have known that its components were to be fashioned or fabricated into the power press in the particular manner that they were."

⁴⁸ Les conseils sont des services ; ils ne sont pas couverts par le champ d'application de la LRFP. Ils sont pertinents pour notre discussion uniquement afin de déterminer le degré d'implication et de connaissance du fabricant du composant s'agissant du produit fini.

indemnisation en cas d'actions directes de consommateurs s'agissant d'autres usages. Il est en outre recommandé de prévoir une confirmation écrite de toute instruction ou approbation des choix techniques et d'instaurer des processus de validation des décisions prises à cet égard.

Les exigences en matière de responsabilité du fait des produits sont compatibles avec le mécanisme des garanties contractuelles (le *warranty*) : une délimitation précise des rôles et des responsabilités de chaque partie clarifie le champ de la garantie. Le fournisseur d'un composant peut ainsi délimiter non seulement les « qualités promises », mais également l'utilité de la chose ou l'usage du composant qu'il garantit (« *fit for purpose* »)⁴⁹. Ce faisant, il limite sa responsabilité contractuelle aux usages de la chose pour lesquelles il dispose d'une expérience suffisante pour évaluer les risques de sécurité.

Lorsque le contrat mentionne l'usage du composant dans un produit fini déterminé, il peut en résulter un devoir accru d'information envers le producteur du produit fini, notamment en relation avec les risques qui découlent de l'intégration du composant dans celui-ci. Le devoir d'information est plus étendu lorsque le producteur du composant est spécialisé et connaît les risques que présentent les différentes utilisations de son produit. Le devoir d'information et de présentation (le *duty to warn/failure to warn*) ne concerne pas uniquement le cocontractant. Le contrat peut également régler les informations à communiquer aux utilisateurs finaux⁵⁰. Si un composant présente un risque particulier dans certaines circonstances, le contrat peut inclure le devoir du fabricant du composant de rédiger des instructions spécifiques pour l'usage fait par le producteur du produit fini ainsi que l'obligation du producteur du produit fini de transmettre ces informations aux utilisateurs finaux.

2. Fabrication ou assemblage des composants

Comme pour la conception, la partie responsable de la fabrication et de l'assemblage devrait être identifiée dans le contrat. Le contrat détermine la

⁴⁹ Voir par exemple l'art. 197 CO (vente), art. 264 ss CO (contrat d'entreprise).

⁵⁰ Le fabricant d'un composant peut être rendu responsable du défaut de présentation du composant aux utilisateurs finaux. *Alm v. Aluminum Co. of America*, 717 S.W.2d 588 (1986) : "Alcoa's position [*fabricant du composant, capsule*] in the chain of design, manufacture, and distribution undoubtedly makes it difficult for Alcoa to directly warn consumers of the hazard of bottle cap blow off. Alcoa's position is somewhat analogous to that of a bulk supplier in that Alcoa has no package of its own on which to place a warning and no control, except by contractual requirements, over the final package labeling which reaches consumers. Therefore, Alcoa should be able to satisfy its duty to warn consumers by proving that its intermediary was adequately trained and warned, familiar with the propensities of the product, and capable of passing on a warning. But, if Alcoa failed to adequately warn and train JFW [*fabricant du produit fini, bouteille de boisson gazeuse*] or if JFW was incapable of passing on the received warning, Alcoa would not have discharged its duty to the ultimate consumer. (*annotations des auteurs*)

partie qui est responsable de la production du composant ou du montage du produit fini.

Par souci de clarté, le fabricant du composant clarifiera dans le contrat qu'il n'est pas responsable de l'assemblage ; le cas échéant, s'il assemble des composants qu'il n'a pas fournis à la demande du producteur du produit fini, il lui incombera de limiter sa responsabilité s'agissant desdits composants et de leur intégration dans le produit fini.

3. Réclamation de tiers

Les producteurs gèrent dans leur contrat les réclamations de tiers. Le terme « réclamation » est entendu ici dans un sens large qui s'étend de la simple demande d'indemnisation à l'action en justice.

Deux cas de figure peuvent se présenter. D'une part, le producteur du produit fini peut recevoir de la part d'un consommateur final ou d'un de ses importateurs ou distributeurs une réclamation qui concerne directement ou indirectement le composant. D'autre part, le producteur du composant peut recevoir une réclamation d'un consommateur ou d'un importateur du produit fini.

Le contrat doit délimiter le cercle de « tiers » : le devoir d'indemnisation n'existera selon le contrat qu'envers des tiers définis dans le contrat. Le concept de « tiers » doit en principe inclure les consommateurs, producteurs, importateurs et distributeurs de l'autre partie au sens de la LRFP. En revanche, les filiales, succursales et autres partenaires seront inclus dans la définition des parties (ou des entités affiliées aux parties).

D'autres clauses auront pour objectif de clarifier la procédure de traitement des réclamations. Quelques exemples sont présentés ci-dessous :

- *Délai de notification.* La réclamation de tiers doit parvenir à l'autre partie rapidement, dans un délai raisonnable. Une notification rapide est utile afin de permettre d'annoncer le cas à l'assurance du fabricant, sachant que les contrats d'assurance prévoient des délais d'annonce des cas de sinistre. En outre, le contrat peut instituer un délai de péremption contractuel ayant un effet entre les parties seulement.
- *Maîtrise de la procédure.* Les parties peuvent définir à l'avance qui sera responsable de gérer ou défendre les réclamations, dans les limites du droit procédural applicable.
- *Participation à la procédure.* Le producteur du composant devrait être informé de la suite de la procédure et devrait avoir la possibilité de participer de manière effective à celle-ci, afin de défendre ses intérêts.

- *Transaction*. Le contrat devrait prévoir les modalités de cet arrangement pour pouvoir fonder la base de l'indemnisation.

4. Indemnisation

Les clauses d'indemnisation prévoient l'indemnisation du dommage subi par une partie au contrat qui résulte de la responsabilité du fait des produits. En définissant les conditions de l'indemnisation du préjudice subi par des réclamations de tiers, les parties objectivent dans une certaine mesure le fondement de leurs prétentions, qui sans ces clauses trouveraient leur fondement dans la violation du contrat⁵¹. En outre, une clause d'indemnisation définit le cercle de tiers réputés causer un dommage. Les prétentions des consommateurs à l'encontre d'une partie diminuent son patrimoine et peuvent par conséquent faire l'objet d'une prétention en dommages-intérêts pour inexécution du contrat⁵². En revanche, les prétentions des consommateurs à l'encontre des importateurs ou distributeurs indépendants peuvent soulever des questions quant à l'obligation légale ou contractuelle de la partie au contrat de les indemniser. A cet égard les clauses d'indemnisation sont utiles car d'une part, les contrats peuvent être régis par d'autres droits applicables et, d'autre part, ils ne prévoient pas systématiquement des clauses d'indemnisation, ce qui rompt la chaîne des indemnisations. Or, lorsqu'une partie n'a pas d'obligation d'indemniser un tiers, elle ne subit aucune diminution du patrimoine⁵³. La même réflexion est valable pour les filiales d'un producteur, qui sont des entités juridiques distinctes. Une clause d'indemnisation clarifie ces points en réduisant ainsi l'incertitude juridique et les coûts y relatifs pour les producteurs. Le contrat peut prévoir l'indemnisation d'une seule (indemnisation unilatérale) ou de toutes les parties (indemnisation réciproque).

Plus précisément, une telle clause va définir en premier lieu la partie qui sera indemnisée en relation avec des dommages résultant de réclamations de tiers. La définition de « partie » et de ses affiliés ainsi que le « tiers » rejoint celle utilisée pour définir les réclamations de tiers (voir IV.C.4 ci-dessus).

En deuxième lieu, le contrat définit le défaut qui ouvre la voie à l'indemnisation. Le défaut sera ici défini non seulement par rapport à la loi régissant le contrat, mais également par rapport à la loi du pays de la commer-

⁵¹ Art. 97 CO. Voir MARCHAND Sylvain, *Clauses contractuelles. Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008, p. 202.

⁵² CR CO I, THÉVENOZ, CO 34 N 34, se référant à ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166.

⁵³ Sur les théories utilisées pour couvrir le dommage de tiers, voir CR CO I, THÉVENOZ, CO 34 N 34 ; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter, *Schweizerisches Obligationenrecht, Band II*, 10ème éd., Zurich/Bâle, Genève 2014, p. 154 ss (liquidation du dommage de tiers, *Drittschaden und Drittschadenliquidation*) et p. 362 ss (contrat avec effet protecteur en faveur d'un tiers, *Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter*).

cialisation du produit fini. Les réclamations peuvent être basées sur différentes théories et précédents jurisprudentiels⁵⁴. Il convient également de définir par voie d'inclusion ou d'exclusion les types de défauts : conception, fabrication ou information. Bien que le défaut au sens de la LRFP soit défini de manière objective, les parties peuvent ajouter une exigence de faute pour limiter la responsabilité contractuelle d'une des parties.

En troisième lieu, le contrat définit le type de dommage et les postes de dommages qui sont couverts ou exclus par l'indemnité spécifique relative à la responsabilité du fait des produits. En général, le producteur du produit fini inclura tous les dommages (notamment corporels ou matériels) qu'un utilisateur final peut lui réclamer dans une action basée sur la responsabilité du fait du produit. Les dommages causés au produit lui-même sont exclus de cette indemnité particulière, car ils seront couverts par la garantie contractuelle pour les défauts⁵⁵. Les parties peuvent en revanche soumettre au même régime d'indemnisation contractuelle les autres dommages consécutifs au défaut causés à d'autres biens (*Mangelfolgeschäden*)⁵⁶. Concernant les postes de frais couverts, on peut mentionner les frais d'investigation et d'expertise ou les frais d'avocats, qui parfois sont importants voire disproportionnés par rapport aux dommages réclamés. Nous rappelons ici que l'indemnisation couvre toute diminution du patrimoine, même future⁵⁷. Si l'indemnisation se fonde sur l'existence du défaut du produit concerné, une réclamation d'un consommateur entraîne des coûts en amont, même en absence d'un jugement final sur la responsabilité, et des coûts pour lesquels le défendeur ne sera pas indemnisé intégralement. Les parties devront donc régler le sort de ces frais, en prévoyant par exemple l'indemnisation d'un montant raisonnable des frais ou une clé de répartition convenue à l'avance. Les amendes et les dommages à caractère punitif peuvent être inclus également, ce qui est généralement exigé pour com-

⁵⁴ Aux Etats-Unis, environ la moitié des Etats américains a légiféré en matière de responsabilité du fait des produits (*strict liability*). Les réclamations peuvent se baser sur les théories de *strict liability* (*statutory* ou *case law*), de la *warranty*, et de *negligence*. A noter également que pour les biens commercialisés dans d'autres continents, la responsabilité du fait des produits ne protège pas seulement les consommateurs, mais également les autres utilisateurs professionnels.

⁵⁵ TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5ème édition, Genève, Zurich, Bâle, N 628 p. 89 ss.

⁵⁶ Les parties peuvent ainsi prévoir les mêmes règles de notification ou de péremption des prétentions. Sur le concept de *Mangelfolgeschäden*, voir BK OR I - HONSELL, Art. 208 N 8 et 9 ; CR CO I - VENTURI /ZEN-RUFFINEN, Intro. art. 197-210 N 18, art. 208 N 3.

⁵⁷ ATF 116 II 441, c. 3a: "Der Schaden tritt ein mit der rechnerischen Vermögensverminderung und beläuft sich auf deren gegenwärtiges oder mit hinreichender Sicherheit voraussehbar künftiges Ausmass. Ob der Geschädigte gewillt und in der Lage ist, die Beeinträchtigung durch Wiederherstellung des Vermögensstandes vor dem schädigenden Ereignis auszugleichen, ist für den Schadensbegriff bedeutungslos. Ein Schaden ist daher nicht erst entstanden, wenn der Geschädigte einen Verlust seines Barvermögens erleidet, vielmehr reicht bereits die Beeinträchtigung seines Bilanzvermögens aus.»

mercialiser les produits dans des pays connaissant ce type de dédommagement⁵⁸.

Les parties peuvent toutefois définir une autre répartition des risques, en particulier lorsque le sous-traitant ou l'une des parties dans un contrat de développement commun est de petite taille de sorte qu'elle dispose de capacités financières limitées ou plus faibles que l'autre cocontractant. Il arrive parfois, notamment dans les cas de fabrication pour une autre marque (en *original equipment manufacturer*, OEM), que le producteur qui commercialise le produit est plus attractif s'agissant des réclamations, notamment à raison de sa taille. On envisage ici le cas des Etats-Unis, où les réclamations basées sur la responsabilité des faits du produit sont dirigées plutôt contre des grands producteurs (l'argument de *deep pocket*). Il est ainsi équitable de limiter la responsabilité du petit producteur.

5. Coordination avec l'assurance

Les dommages résultant des réclamations fondées sur la responsabilité du fait des produits sont assurables par l'assurance en responsabilité civile pour les risques d'exploitation et de produits. Les entreprises peuvent constituer des réserves afin de faire face à ce type de réclamations, en lieu et place de l'assurance de ce risque.

Les indemnités prévues dans un contrat de sous-traitance, de coopération ou de distribution ne règlent pas le risque de défaut de paiement d'une partie. Il est donc usuel de demander la preuve de la couverture de ce risque en annexant au contrat les certificats d'assurance et en prévoyant une couverture minimale.

Les parties doivent s'assurer que les clauses d'indemnité, surtout les dispositions sur les délais de notification, sont coordonnées avec les contrats d'assurance conclus par les parties. En outre, les parties doivent vérifier les droits de l'assureur concernant le choix de l'avocat ou les dispositions contractuelles sur la subrogation. Le cas échéant, une partie peut demander à l'assureur de renoncer partiellement à ses droits contractuels pour faciliter la gestion de réclamations de tiers.

⁵⁸ Le producteur qui ne souhaitant pas s'exposer à ce type de dommages a le choix de ne pas commercialiser ses produits aux Etats-Unis. Voir l'art. 135 LDIP applicable à la responsabilité du fait d'un produit, « si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse. »

V. Conclusion

La LRFP règle les relations entre consommateur final et producteurs. Cette réglementation institue des règles impératives pour les producteurs, qui ne peuvent pas limiter leur responsabilité en défaveur du consommateur. Si cette réglementation impérative doit être prise en compte par les producteurs, la LRFP ne régit par les rapports internes entre producteurs. Ceux-ci sont libres de déterminer les relations internes.

S'agissant du défaut au sens de la LRFP, contrairement à ce que le Tribunal fédéral a accepté dans son arrêt de principe du 19 décembre 2006, selon la LRFP, les différentes catégories de défaut ont une valeur normative quant à l'exonération du producteur du composant et ainsi ont des effets sur la responsabilité du producteur d'une matière première ainsi que du fabricant d'une partie composante. En fait, l'art. 5 al. 2 prévoit que le producteur ne peut pas se libérer de sa responsabilité si l'accident résulte d'un défaut de fabrication, mais il peut le faire en cas d'accident provoqué par un défaut de conception ou d'information affectant le produit fini.

S'agissant des rapports internes entre producteurs, ceux-ci sont libres de définir leurs rapports internes : ils ont même intérêt à utiliser pleinement leur liberté contractuelle pour mieux gérer le risque résultant de la responsabilité du fait des produits. Le risque d'actions directes des consommateurs serait ainsi intégré dans le contrat entre les producteurs du produit fini et du composant.

Annexe

Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability

Liability of Commercial Seller or Distributor of Product Components for Harm Caused by

Products Into Which Components Are Integrated

One engaged in the business of selling or otherwise distributing product components who sells or distributes a component is subject to liability for harm to persons or property caused by a product into which the component is integrated if:

- (a) the component is defective in itself, as defined in this Chapter, and the defect causes the harm; or
- (b) (1) the seller or distributor of the component substantially participates in the integration of the component into the design of the product; and
 - (2) the integration of the component causes the product to be defective, as defined in this Chapter; and
 - (3) the defect in the product causes the harm.

Bibliographie

- BASS Lewis/REDICK Thomas P., *Products Liability Design and Manufacturing Defects*, 2ème éd., St. Paul 2017.
- BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Diss. Fribourg, Genève/Bâle/Zurich 2005.
- BÜYÜKSAGIS Erdem, *Et si Dr House évoquait le défaut potentiel de votre pacemaker...*, AJP/PJA 2016, pp. 14-22.
- BÜYÜKSAGIS Erdem, *La responsabilité du fait des produits "défectueux sans défaut" : l'arrêt Boston Scientific du 5 mars 2015*, Droit de la consommation/Consumentenrecht (DCCR) 2016, pp. 15-29.
- BÜYÜKSAGIS Erdem/MAURER Sabrina, *Die "learned intermediary"-Doktrin im schweizerischen Pharmarecht: Sachgerechte oder sachfremde Anwendung ?*, AJP/PJA 2016, pp. 1645-1655.
- CANNADY Cynthia, *Technology Licensing and Development Agreements*, Oxford/New York 2013.
- DALCQ Roger O., *La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute*, in: *Hommage à Jacques Heenes*, Bruxelles 1994, pp. 83-90.
- DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse*, 5ème éd., Bâle 2016.
- FERGUSON Pamela R., *Liability for Pharmaceutical Products: a Critique of the « Learned Intermediary » Rule*, Oxford J. Legal Studies 1992, pp. 59-82.
- FISCHER David A., *Product Liability: A Commentary on the Liability of Suppliers of Component Parts and Raw Materials*, South Carolina Law Rev. 2002, pp. 1137-1152.
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter, *Schweizerisches Obligationenrecht, Band II*, 10ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.
- GOLDBERG Richard, *Medicinal Product Liability and Regulation*, Oxford 2013.
- HALL Timothy, *Reimagining the Learned Intermediary Rule for the New Pharmaceutical Marketplace*, Seton Hall Law Rev. 2004, pp. 193-261.
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6ème éd., Bâle 2015 (cité: BK CO I-AUTEUR).
- KARNS Jack E., *Direct Advertising of Prescription Drugs: The Duty to Warn and the Learned Intermediary Rule*, DePaul J. Health Care Law 2000, pp. 273-291.
- KEETON Page W./PROSSER William L., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ème éd., Minnesota 1984.
- LUTZ Peter, *Haftung für Gebrauchsanleitungen – Ein Sonderfall der Produkthaftung*, RSJ 1993, pp. 1-9.

- MARCHAND Sylvain, *Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008.
- MONTERO Etienne, *Les produits défectueux dans un écheveau de responsabilités*, *Revue générale de droit civil belge* 2006, pp. 624-628.
- PAPE Sanne, *Warnings and Product Liability, Lessons Learned from Cognitive Psychology and Ergonomics*, La Haye 2012.
- PETITPIERRE Gilles, *La responsabilité du fait des produits*, Genève 1974.
- SCHADEN Richard/HELDMAN Victoria, *Product Design Liability*, New York 1982.
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2ème éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing) 2012 (cité: CR COI-AUTEUR).
- TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5ème éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2ème éd., Berne 2011.
- WERRO Franz/TOLOU Alborz, *Le défaut potentiel et les mesures préventives dans la responsabilité du fait des produits défectueux*, in: Epiney Astrid/Affolter Sian (éds.), *La Suisse et l'intégration européenne, 20 ans de l'Institut de droit européen*, Zurich 2015, pp. 261-280.
- WERRO Franz/HASBUN Claudia, *Is MacPherson A Legacy of Civilian Views?*, *J. Tort Law* 2016, pp. 67-90.

La prescription et la péremption dans la responsabilité du fait des produits

BLAISE CARRON* ET FRÉDÉRIC KRAUSKOPF**

Table des matières

I.	Introduction	160
II.	Fondements.....	160
	A. Prescription : un bref rappel	161
	1. Notion, buts et sources	161
	2. Caractéristiques et modalités de la prescription	162
	B. Péremption : un bref rappel	166
	1. Notion, buts et sources	166
	2. Caractéristiques et modalités de la péremption	167
III.	Régime légal de la prescription (art. 9 LRFP).....	174
	A. Nature du délai	174
	B. Point de départ du délai.....	175
	1. Connaissance du dommage.....	175
	2. Connaissance de l'identité du producteur	176
	3. Connaissance du défaut du produit.....	176
	C. Sauvegarde du délai	177
	1. Interruption de la prescription.....	177
	2. Prolongation du délai de prescription par convention	178
	3. Renonciation à la prescription.....	178
	D. Application du délai de droit pénal (selon l'art. 60 al. 2 CO) ?.....	179
	E. Appréciation critique.....	180

* Professeur à l'Université de Neuchâtel (partie « péremption »).

** Professeur à l'Université de Berne (partie « prescription »).
Nous tenons à remercier Monsieur VALENTIN BOTTERON, avocat et assistant-doctorant à la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de l'aide qu'il nous a apportée à la mise au point et à la rédaction de ce texte, ainsi que Madame FLORENCE KRAUSKOPF, Juge à la Cour de justice du Canton de Genève, pour la relecture critique de cette contribution et les précieux commentaires dont nous avons pu bénéficier.

IV. Régime légal de la péremption (art. 10 LRFP)	180
A. Nature du délai	181
B. Point de départ du délai.....	182
1. Détermination du produit pertinent	182
2. Date de la mise en circulation.....	183
C. Sauvegarde du délai	190
1. Acte conservatoire : engagement d'une procédure judiciaire.....	190
2. Fardeau de la preuve	194
D. Application du délai de droit pénal (selon l'art. 60 al. 2 CO) ?.....	194
E. Appréciation critique.....	195
V. Questions choisies	196
A. Prescription ou péremption en cas de prétentions concurrentes	196
B. Remise en question du régime des art. 9 et 10 LRFP par la Cour EDH.....	196
C. LRFP et la révision du droit de la prescription	197
VI. Liste des ouvrages cités	199

I. Introduction

« *Fugit irreparabile tempus* »¹. Cette expression du poète Virgile s'applique également aux droits et créances découlant de la responsabilité du fait des produits. Dans la LRFP, l'influence du temps qui passe se concrétise principalement dans deux dispositions : l'article 9, qui traite de la prescription, et l'article 10, qui est consacré à la péremption. Après avoir présenté les fondements relatifs à ces deux institutions (II.), nous évoquerons les particularités du régime légal réservé par la LRFP, d'une part, à la prescription (III.) et, d'autre part, à la péremption (IV.). Nous traiterons enfin de quelques questions choisies (V.).

II. Fondements

Cette partie rappelle les aspects fondamentaux des institutions de la prescription en général (A.) et de la péremption (B.) et en particulier les traits communs et les distinctions entre les deux notions.

¹ VIRGILE, *Géorgiques*, Livre III, Vers 284.

A. Prescription : un bref rappel

La prescription n'est pas définie dans la loi, mais doctrine et jurisprudence ont précisé cette notion, ses buts et ses sources (1.) en mettant en évidence ses caractéristiques et ses modalités (2.).

1. Notion, buts et sources

La prescription désigne l'écoulement d'un délai qui a pour conséquence qu'une créance se retrouve affaiblie par le droit du débiteur de refuser l'exécution de la créance en faisant valoir l'exception de prescription². Seules les créances sont soumises à la prescription ; d'autres droits subjectifs (tels que les droits réels, les droits de la personnalité, les droits de propriété intellectuelle ou les droits formateurs) ne se prescrivent pas³. La prescription n'affecte pas l'existence de la créance, au contraire : la dette prescrite reste ce qu'elle est, c'est-à-dire une obligation, certes affaiblie⁴. Le créancier peut par exemple invoquer la compensation de sa créance prescrite, si la condition posée à l'art. 120 al. 3 CO est réalisée.

Selon le TF, la prescription sert en premier lieu l'intérêt public à la sécurité juridique et à la paix sociale : le créancier ne peut plus, après un certain délai, demander l'exécution de créances qu'il n'a pas fait valoir auparavant⁵. La sécurité juridique serait mise en cause s'il restait indéfiniment possible de faire valoir par voie d'action une créance dont la naissance ou l'extinction ne pourrait plus être constatée de manière fiable en raison des difficultés liées à la preuve survenues en raison de l'écoulement du temps⁶. La prescription vise également à protéger les intérêts privés du débiteur, lequel ne peut pas être laissé durablement dans l'incertitude de savoir si une prétention que le créancier n'a pas invoquée pendant longtemps fera néanmoins l'objet d'une action en justice⁷. Quant au créancier, la prescription doit lui servir d'incitation à faire valoir ses créances dans un délai raisonnable et à ne pas trop attendre pour résoudre les conflits qui peuvent surgir à leur sujet : plus son inaction dure,

² ATF 137 III 16, consid. 2 ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 1 ad art. 127 CO.

³ BERTI, *ZK*, N 21 ss ad art. 127 CO.

⁴ ATF 133 III 16, consid. 5.3.4.

⁵ ATF 137 III 16, consid. 2.1, JdT 2013 II 315 ; 136 II 187, consid. 7.4 ; 90 II 428, consid. 8 ; dans ATF 133 III 5, consid. 5.3.5, le TF semble vouloir défendre un autre point de vue : « La prescription est une institution qui vise avant tout à protéger efficacement les intérêts privés du débiteur ».

⁶ ATF 137 III 16, consid. 2.1, JdT 2013 II 315.

⁷ ATF 134 III 294, consid. 2.1, JdT 2010 I 75 ; ATF 133 III 6, consid. 5.3.5. Pour des raisons pratiques, il faut éviter au débiteur de devoir conserver les preuves de ses paiements durant une période indéterminée (ATF 137 III 16, consid. 2.1, JdT 2013 II 315).

plus il se justifie d'admettre que l'éventuelle créance n'est pas fondée, est éteinte ou que le créancier y a renoncé⁸.

La prescription est régie par les art. 127 à 142 CO (*sedes materiae*) ainsi que par un nombre important de dispositions spéciales dans le CO⁹, dans le CC¹⁰ ou dans d'autres lois fédérales¹¹. Le droit de la prescription se caractérise par sa complexité et son hétérogénéité, puisqu'il établit une distinction selon le fondement de la créance et connaît une multiplicité vertigineuse de règles spéciales.

2. Caractéristiques et modalités de la prescription

La prescription se caractérise par un délai d'une durée déterminée qui commence à courir à un moment précis (a.), qui peut être suspendu ou interrompu tant qu'il n'est pas arrivé à échéance (b.) et que les parties peuvent généralement modifier par convention (c.). La prescription donne droit au débiteur de refuser de fournir la prestation qu'il doit au créancier. En procédure civile, il appartient au débiteur de faire valoir ce droit en soulevant à temps l'exception de prescription (d.). Dans les limites fixées par la loi, le débiteur est libre de renoncer à son droit d'invoquer la prescription (e.). Enfin, le principe de la prescriptibilité des créances connaît certaines exceptions (f.).

a. Durée et point de départ du délai de prescription

Le droit privé suisse ne connaît pas un délai unique de prescription, mais une multitude de délais qui se distinguent par leur durée et par le point de départ (*dies a quo*)¹². Selon le fondement juridique de la créance concernée, le délai de prescription peut s'étendre entre une année et trente ans. La créance contractuelle se prescrit en règle générale par dix ans à compter de la date à laquelle elle est devenue exigible (art. 127 et 130 al. 1 CO)¹³. En matière de responsabilité extracontractuelle, d'innombrables dispositions spéciales règlent la prescription de sorte que le régime ordinaire prévu à l'art. 60 CO se retrouve souvent

⁸ ATF 137 III 16, consid. 2.1, JdT 2013 II 315.

⁹ Art. 60, 63 al. 2, 67, 120 al. 3, 196a, 210, 219 al. 3, 251, 315, 341 al. 2, 371, 454, 492 al. 3, 502 al. 1, 507 al. 5 et 6, 591 ss, 619 al. 1, 678 al. 4, 760, 878, 919, 980 al. 2, 1052 al. 1, 1069 ss, 1076 al. 2, 1134 CO.

¹⁰ Art. 93, 334bis al. 3, 455, 521, 533, 586 al. 2, 600, 601, 637 al. 3, 639 al. 2, 663, 724 al. 1bis, 754, 790, 807, 911 al. 3, 929 al. 2, 934 al. 1bis CC et art. 49 tit. fin. CC.

¹¹ Cf. p. ex. art. 68 LA, art. 143 LAAM ; art. 88 al. 3 et 4 LACI ; art. 45 al. 2 et 3 LEp ; art. 52 al. 3 LAVS ; art. 46 LCA ; art. 66 al. 2 LEaux ; art. 39 LITC ; art. 40 LRaP ; art. 37 LIE ; art. 32 LGG ; art. 34 al. 3 LNI ; art. 6, 26. al. 2, 81 al. 1, 149 al. 1, 207 al. 3 et 292 LP ; art. 147 LPCC ; art. 59c s. LPE ; art. 52 al. 2 LPP ; art. 54 LPPCI ; art. 83 LRC ; art. 10 LRCN ; art. 19 al. 2 LRH ; art. 59 ss LSC ; art. 27 al. 4, 28 al. 4 et 29 al. 4 LTI ; art. 19 SCSE.

¹² KRAUSKOPF, *Prescription*, p. 2 ss.

¹³ Des exceptions à cette règle se trouvent notamment dans les art. 128, 210, 371 et 454 CO.

relégué à un rang accessoire¹⁴. Cela est précisément le cas dans le cadre de la LRFP où la prescription est réglée à l'art. 9 LRFP, qui déroge à l'art. 60 CO.

b. Suspension et interruption du délai de prescription

Contrairement au système hétérogène des délais de prescription, le régime de la suspension et de l'interruption de ces délais est uniforme. Les dispositions pertinentes sont les art. 134 à 138 CO. Les art. 134 et 135 CO énoncent les faits qui provoquent la suspension ou l'interruption du délai de prescription. Ces énumérations sont exhaustives et ne laissent de place ni à du droit cantonal supplétif ni à des conventions privées visant à introduire d'autres faits suspensifs ou interruptifs de la prescription¹⁵. Une poignée de dispositions éparses (p. ex. art. 1166 al. 3 CO et art. 586 al. 2 CC) viennent compléter le tableau¹⁶. Dans la mesure où le sursis accordé par le créancier au débiteur retarde ou supprime l'exigibilité de la créance qui fait l'objet du sursis, « il retarde aussi le début de la prescription ou supprime les effets que la loi attache à son cours »¹⁷.

c. Modification de la prescription

Dans les limites de la loi, les parties peuvent modifier par convention le régime de la prescription prévu par défaut par le législateur. Une telle modification conventionnelle peut viser aussi bien le point de départ que la durée d'un délai de prescription. En pratique, la modification concerne plutôt la durée. L'art. 129 CO dispose toutefois que « les délais de prescription fixés dans le présent titre ne peuvent être modifiés conventionnellement ». Sont visés les délais du titre troisième de la première partie du CO (art. 114 à 142 CO), lequel contient trois normes fixant des délais de prescription, à savoir les art. 127, 128 et 137 al. 2 CO. Par conséquent, les délais de prescription ne figurant pas dans le titre troisième du CO peuvent être soit prolongés soit raccourcis conventionnellement¹⁸. Le TF impose toutefois certaines limites à de telles modifications : une prolongation peut être au maximum de dix ans¹⁹, alors qu'un raccourcissement ne doit pas entraver inéquitablement l'exercice des droits du créancier²⁰.

¹⁴ Cf. p. ex. art. 760 CO, art. 83 LCR et art. 46 LCA.

¹⁵ Cf. ATF 100 II 339, consid. 4 (concernant l'art. 134 CO) ; ATF 132 V 404, consid. 5.2 (concernant l'art. 135 ch. 2 CO).

¹⁶ Cf. PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 17 s. ad art. 134 CO et N 25 ad art. 135 CO.

¹⁷ ATF 89 II 26, consid. 3 ; cf. également ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

¹⁸ Pour plus de détails, cf. KRAUSKOPF, *Prescription*, p. 10 ss.

¹⁹ Cf. ATF 99 II 185, consid. 2a.

²⁰ Concernant les limites d'un raccourcissement du délai de prescription, cf. ATF 108 II 194, consid. 4b.

d. *Exception de prescription*

Selon l'art. 142 CO, il n'appartient pas au juge de constater d'office la prescription ; au contraire, le débiteur doit invoquer expressément ce moyen. En effet, la prescription doit être soulevée par voie d'exception et motivée en première instance déjà²¹. La doctrine et la jurisprudence majoritaires s'accordent à dire que tous les moyens de défense, et plus précisément l'exception de prescription, sont soumis à la limitation du droit d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux (novas) en procédure civile²². En revanche, une opinion minoritaire affirme que le droit d'invoquer l'exception de prescription n'est pas limité par le droit des novas selon l'art. 229 CPC²³. Savoir si l'exception de la prescription a été invoquée à temps dans un procès de première instance est une question de fait²⁴.

Lorsque le débiteur a invoqué la prescription en bonne et due forme et à temps, le tribunal est tenu de la traiter en tant que question de droit à la lumière des faits constatés et en tenant compte de tous les aspects relevant de la prescription. Même si le débiteur invoque la prescription sans distinguer le délai relatif du délai absolu, le tribunal doit examiner d'office les dispositions légales applicables. Cela vaut également lorsque le débiteur invoque par erreur une disposition légale erronée²⁵. En revanche, la situation est différente lorsque des prétentions concurrentes reposent sur un double fondement (p. ex. un contrat d'une part et un acte illicite d'autre part). Il y a, dans ce cas, ce que l'on appelle un « concours objectif d'actions », lesquelles ne sont pas soumises au même délai ni aux mêmes conditions de prescription. Si le débiteur invoque la prescription uniquement à l'égard d'une des actions, l'exception de prescription ne s'étend pas automatiquement à l'autre action. Ce raisonnement découle de l'art. 142 CO²⁶.

Selon la jurisprudence relative à l'art. 2 al. 2 CC, le débiteur commet un abus de droit en se prévalant de la prescription lorsqu'il a amené astucieusement le créancier à ne pas agir en temps utile, ou lorsqu'il a, même sans mauvaise intention, adopté un comportement qui a incité le créancier à renoncer à entreprendre des démarches juridiques pendant le délai de prescription. Le

²¹ Cf. arrêt du TF 4A_397/2014 du 17 décembre 2014, consid. 7.4.

²² Arrêt du TF 4A_305/2012 du 6 février 2013, consid. 3.3 ; BOHNET, *Exceptions*, N 22 ; DÄPPEN, *BSK OR I*, N 4 ad art. 142 CO ; KLINGLER, *Die Eventualmaxime*, N 205 ss ; REETZ/HILBER, *ZPO Komm.*, N 31 ad art. 317 CPC ; SEILER, *Die Berufung*, N 1234 ss.

²³ MORET, *Aktenschluss*, N 973.

²⁴ ATF 138 II 169, consid. 3.1.

²⁵ Arrêt du TF 5A_563/2009 du 29 janvier 2010, consid. 5.2 ; cf. également arrêt du TF 4A_56/2008 du 8 octobre 2009, consid. 9.1 ; arrêt du TF 4A_527/2007 du 25 février 2008, consid. 3.

²⁶ ATF 136 III 502, faits B.b.c.

comportement du débiteur doit être en relation de causalité avec l'inaction du créancier²⁷.

e. *Renonciation à (l'exception de) la prescription*

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent au débiteur la liberté de renoncer à invoquer la prescription soit de manière anticipée, c'est-à-dire avant la fin du délai de prescription, soit après l'expiration du délai²⁸. Toutefois, l'art. 141 al. 1 CO fixe une limite à la renonciation : « Est nulle toute renonciation anticipée à la prescription ». Le TF interprète cette disposition dans le sens que le débiteur peut renoncer à la prescription de sa créance uniquement après qu'elle a pris naissance²⁹. Encore faut-il, pour admettre l'existence d'une renonciation à la prescription, que le débiteur ait clairement manifesté, de manière explicite ou tacite, sa volonté de ne pas soulever l'exception de prescription³⁰. Une pareille renonciation ne peut pas être émise pour une durée dépassant le délai ordinaire de dix ans, peu importe le délai de prescription considéré³¹. De surcroît, elle ne doit pas être admise trop facilement³².

Bien que la renonciation à la prescription n'entraîne pas en soi une prolongation du délai de prescription *stricto sensu*³³, le TF attache cependant les mêmes effets à la renonciation et à la prolongation du délai de prescription : il traite les deux hypothèses comme une prolongation³⁴.

f. *Imprescriptibilité*

En vertu de la loi, une prétention de droit civil peut être (cf. p. ex. art. 724 al. 1^{bis} et 807 CC) ou devenir imprescriptible (art. 134 CO) ; elle peut aussi devenir quasiment imprescriptible par l'interruption renouvelée de la prescription selon l'art. 135 CO³⁵. En matière de responsabilité civile, l'art. 60 al. 2 CO régit la prescription de l'action en dommages-intérêts et ordonne que, si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action

²⁷ Arrêt du TF 4A_224/2007 du 31 août 2007, consid. 4.1 ; ATF 131 III 430, consid. 2 ; 128 V 236, consid. 4a, et les arrêts cités.

²⁸ Cf. KRAUSKOPF, *Prescription*, p. 8 ss, en particulier 9 s. et 14 s. et réf.

²⁹ ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

³⁰ Cf. ATF 122 III 10, consid. 7 ; 113 II 264, consid. 2e ; arrêt du TF 4A_224/2007 du 31 août 2007, consid. 5.1 ; BERTI, *ZK*, N 34 ad art. 142 CO.

³¹ ATF 132 III 226, consid. 3.3.8.

³² A cet égard, de simples offres transactionnelles formulées par le débiteur ou son assureur ne sont en général pas suffisantes (ATF 113 II 264, consid. 2e).

³³ Ce que WALTER/HURNI, *Verjährungsverzicht*, p. 287, relèvent à juste titre.

³⁴ ATF 95 II 185, consid. 3a ; arrêt du TF 9C_104/2007 du 20 août 2007, consid. 8.2.1 ; pour plus de détails, cf. KRAUSKOPF, *Prescription*, p. 11 s.

³⁵ ATF 118 II 1, consid. 5a.

civile³⁶. Lorsque le droit pénal prévoit l'imprescriptibilité (art. 101 CP), l'art. 60 al. 2 CO ne peut pas être appliqué directement puisqu'il exige que le droit pénal prévoit une « prescription de plus longue durée », alors que l'imprescriptibilité signifie l'absence de prescription. Malgré cela, la doctrine préconise l'application de l'art. 60 al. 2 CO par analogie aux cas d'imprescriptibilité de l'action pénale et admet ainsi l'imprescriptibilité des prétentions civiles correspondantes³⁷. Cela signifie que l'auteur d'un acte punissable imprescriptible demeure exposé à la responsabilité civile qui en résulte jusqu'à son décès et que ses héritiers qui deviennent débiteurs (solidaires) par succession héritent d'une dette imprescriptible³⁸.

B. Péremption : un bref rappel

Le législateur n'a pas défini la péremption, mais doctrine et jurisprudence ont précisé cette notion, ses buts et ses sources (1.) et ont mis en évidence ses caractéristiques et ses modalités (2.).

1. Notion, buts et sources

La péremption est l'institution qui, en raison de l'écoulement du temps, provoque l'extinction totale d'un droit subjectif, faute pour son titulaire d'avoir exercé ce droit ou d'avoir accompli un acte conservatoire de droit (une incombeance) dans le délai imparti³⁹.

La péremption poursuit deux buts principaux. D'une part, elle permet une clarification de la situation juridique dans un laps de temps jugé raisonnable par le législateur⁴⁰. Elle sert en cela l'intérêt public à la sécurité juridique. Par rapport à la prescription, la péremption présente la double particularité de ne subir ni interruption ni suspension (cf. infra p. 169) et d'entraîner un effet juridique plus cinglant (l'extinction du droit plutôt que la paralysie du droit d'action ; cf. supra p. 166 et infra p. 170). D'autre part, la péremption sanctionne le titulaire d'un droit dont l'inaction contrevient à l'exigence de loyauté dans la vie juridique⁴¹.

Par exemple, le délai de l'art. 10 LRFP garantit, d'une part, que le producteur ne supporte plus, après un certain temps, un risque découlant de son acti-

³⁶ Pour une analyse détaillée de l'art. 60 al. 2 CO, cf. KRAUSKOPF/JEANNERET, *Prescription*, p. 160 ss.

³⁷ Cf. FF 2014 242 ; GAUCH, *Verjährung*, p. 248 s. ; SCHÖBI, *Unverjährbarkeit*, p. 519 ss.

³⁸ Cf. la critique et une proposition de solution chez KRAUSKOPF/BITTEL, *Adhäsionsprozess*, p. 31 ss.

³⁹ TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 1552.

⁴⁰ ALLIMANN, *La péremption*, N 318 ss. P. ex. message LRCN, FF 1980 I 172 ss. Eg. CHAPPUIS, *La péremption*, p. 110.

⁴¹ ALLIMANN, *La péremption*, N 411 et 413 ss. Eg. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, N 3389.

tivité économique relative à la mise en circulation d'un produit (fonction de sécurité juridique). D'autre part, cette disposition sanctionne également le titulaire d'une créance fondée sur la défectuosité du produit, s'il tarde à la faire valoir en justice contre le producteur (fonction de sanction du créancier).

Contrairement aux art. 127 ss CO pour la prescription (cf. supra p. 162), la partie générale du code des obligations ne contient pas un corps de règles consacrées exclusivement à la péremption. Selon le TF, si le code des obligations ne prévoit des délais péremptoires qu'à de rares occasions, c'est en raison de la prépondérance du principe selon lequel nul ne peut être déchu de ses droits s'il a agi conformément aux règles de la bonne foi en affaires et s'il a usé de la diligence exigée par les circonstances ou le cours ordinaire des choses⁴².

2. Caractéristiques et modalités de la péremption

a. Nature du délai de péremption

La nature du délai de péremption fait l'objet de plusieurs idées reçues inexactes qu'il convient de rectifier.

Premièrement, la notion de péremption n'équivaut pas à celle de délai absolu, contrairement à ce que la pratique et certains tribunaux laissent parfois entendre⁴³. Un délai de péremption peut être absolu ou relatif, selon le point de départ choisi par le législateur. Lorsque le *dies a quo* est fixé objectivement, le délai est de nature absolue ; lorsqu'il est déterminé subjectivement, c'est-à-dire qu'il dépend de la connaissance subjective du titulaire du droit, il s'agit d'un délai relatif⁴⁴.

Par exemple, le délai de péremption de l'art. 10 LRFP court dès la mise en circulation du produit (cf. infra p. 182). Le *dies a quo* correspond à un événement objectif se produisant indépendamment de la connaissance du lésé : il s'agit donc d'un délai absolu. En revanche, le délai de péremption de l'art. 31 al. 2 CO - qui prévoit un délai d'un an pour invalider un contrat en raison d'un vice du consentement - est relatif dans la mesure où il ne court que dès que le créancier connaît effectivement le vice ayant affecté sa volonté⁴⁵.

Deuxièmement, un délai de péremption n'est pas automatiquement impératif, il peut aussi être dispositif. Cela dépend de l'interprétation de la disposition instituant le délai. Le caractère impératif peut se justifier par la sauve-

⁴² ATF 72 II 405, consid. 7. JdT 1947 I 395.

⁴³ P. ex. ATF 123 III 216 consid. 6a, JdT 200 I 208. Eg. ALLIMANN, *La péremption*, N 1056 et réf.

⁴⁴ Parmi d'autres, MÜLLER, *Responsabilité civile*, N 755 et 766 ; REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N 1608.

⁴⁵ TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 811.

garde d'intérêts publics, d'intérêts de tiers, d'intérêts des parties et, en particulier, de ceux de la partie faible⁴⁶.

Par exemple, le délai de l'art. 10 LRFP est de nature impérative (cf. infra p. 181). En revanche, les parties peuvent librement modifier le délai de péremption d'avis des défauts dans le contrat d'entreprise (art. 367 al. 1 CO)⁴⁷. C'est ce qu'ont d'ailleurs fait les rédacteurs de la norme SIA 118 (art. 172 norme SIA 118)⁴⁸.

Il n'en demeure pas moins qu'en vertu du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), la péremption demeure une institution de droit impératif, dans la mesure où les parties ne peuvent en principe pas supprimer un tel délai (même dispositif), mais ont uniquement la faculté de modifier sa durée en respectant les limites de l'art. 27 al. 2 CC⁴⁹.

b. *Délimitations avec le délai de prescription*

Péremption et prescription sont des notions voisines que l'on peut délimiter à l'aide des critères suivants.

Quant à la terminologie. Le législateur suisse a tardé à distinguer rigoureusement prescription et péremption. Dans plusieurs dispositions fixant des limites temporelles, il n'a pas pris la peine de qualifier le délai fixé. Par exemple, en dépit d'un texte muet, l'art. 31 al. 2 CO est un délai de péremption alors que l'art. 20 LRFP est un délai de prescription⁵⁰. A d'autres occasions, le législateur a même confondu les deux notions. Par exemple, la note marginale de l'art. 251 CO parle de prescription, alors qu'il s'agit d'un délai de péremption⁵¹. Dès la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le législateur a fait une utilisation plus fiable de ces concepts. C'est le cas aux art. 9 et 10 LRFP.

Quant au champ d'application. Les deux institutions se distinguent quant aux droits subjectifs auxquels elles s'appliquent. La prescription concerne uniquement des créances en exécution personnelle (*Forderungen*)⁵². La péremption a un champ d'application plus large : elle s'applique également aux droits formateurs (p. ex. les droits relatifs à la garantie pour les défauts⁵³, art. 370 CO),

⁴⁶ ALLIMANN, *La péremption*, N 720 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *Obligationenrecht*, N 1249 ss.

⁴⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3858.

⁴⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3828 et 3862.

⁴⁹ ALLIMANN, *La péremption*, N 716 et N 1480 ss ; STEINAUER, *Titre préliminaire*, N 505.

⁵⁰ CHAPPUIS, *La péremption*, p. 126.

⁵¹ ATF 113 II 252 consid. 3, JdT 1988 I 92. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 1568.

⁵² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, N 3270 ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 9 ad art. 127 CO.

⁵³ GAUCH, *Der Werkvertrag*, N 2160, en relation avec l'art. 370 al. 2 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3803 et 3813 en relation avec l'art. 367 al. 1 CO. Eg. HOHL, *L'avis des défauts de l'ouvrage*, p. 259 et 261.

aux actions formatrices (p. ex. l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une SA⁵⁴, art. 706 CO), aux actions constatatoires (p. ex. la constatation de nullité d'un brevet, art. 26 LBI), ainsi qu'aux prestations négatives en abstention ou en tolérance (p. ex. la prohibition de faire concurrence se périmé si le créancier n'introduit pas d'action en cessation de concurrence⁵⁵, art. 340b CO). Les créances en exécution personnelle peuvent à la fois se prescrire et se périmé lorsque le créancier n'effectue ni les actes interruptifs de prescription ni les incombrances destinées à éviter l'extinction de son droit. C'est notamment le cas de la créance en paiement de dommages-intérêts fondée sur la LRFP ou encore des créances en garantie des défauts dans la vente qui combinent un délai de péremption lié à la vérification de l'objet et à l'avis des défauts (art. 201 CO) et un délai de prescription pour exercer les actions en garantie (art. 210 CO)⁵⁶.

Quant à l'écoulement du délai. Contrairement à la prescription, la péremption ne s'arrête plus de courir une fois qu'elle a débuté⁵⁷. Les art. 127 ss CO ne trouvent en principe pas application, même par analogie⁵⁸. La péremption ne peut par conséquent ni être empêchée ou suspendue (art. 134 CO), ni être interrompue (art. 135 CO)⁵⁹. En outre, une fois que le créancier a sauvegardé le délai de péremption, un nouveau délai ne recommence pas à courir⁶⁰, même lorsqu'un jugement concernant le droit subjectif en question a été rendu⁶¹.

Quant au rôle du juge. La prescription est une exception qui doit être invoquée par la partie qui entend s'en prévaloir, le juge ne pouvant y suppléer d'office (art. 142 CO)⁶². En revanche, la péremption est une objection et doit être relevée d'office par le juge, s'il considère que les parties ont suffisamment allégué et prouvé les faits pertinents⁶³. En effet, le juge suisse ne peut pas condamner une partie à s'acquitter d'une dette inexistante⁶⁴.

⁵⁴ Cf. art. 706a CO.

⁵⁵ ALLMANN, *La péremption*, N 884, 890 et 840 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3186.

⁵⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 726 et 738.

⁵⁷ CHAPPUIS, *La péremption*, p. 109.

⁵⁸ PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 6a ad art. 135 CO.

⁵⁹ ATF 104 II 357 consid. 4a, JdT 1979 I 15 ; CHAPPUIS, *La péremption*, p. 109 ; ENGEL, *Traité*, p. 798 ; FELLMANN, *Bsk OR I*, N 3 ad Art. 10 PRHG ; FELLMANN/KOTTMANN, *Haftpflichtrecht*, N 1217 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, N 3390 ; HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 7 ad art. 10 LRFP ; REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N 1233.

⁶⁰ HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 9 ad art. 10 LRFP.

⁶¹ Ce qui n'est pas le cas pour la prescription où un nouveau délai de dix ans commence à courir une fois le jugement rendu (art. 137 al. 2 et 138 CO).

⁶² CHAPPUIS, *La péremption*, p. 109 ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 8 ad art. 127 CO.

⁶³ FELLMANN/KOTTMANN, *Haftpflichtrecht*, N 1217 ; MÜLLER, *Responsabilité civile*, N 476 ; REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N 1233 ; SCHALLER, *Einwendungen*, N 657 ; TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 1552.

⁶⁴ ALLMANN, *La péremption*, N 996 ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 8 ad art. 127 CO.

Quant à l'effet juridique. La péremption entraîne l'extinction totale du droit subjectif, qui est rayé du monde juridique⁶⁵. A l'inverse, la prescription n'entraîne que la paralysie du droit d'action, sans que la créance ne disparaisse⁶⁶. Cette différence implique notamment les conséquences suivantes :

- En cas d'exécution postérieure. Si la dette est prescrite, l'exécution subséquente à l'expiration du délai demeure valable. Par conséquent, le débiteur ne peut pas répéter sa prestation sur la base d'une action réelle ou d'un enrichissement illégitime⁶⁷. En revanche, l'exécution *a posteriori* d'une obligation périmée n'entraîne pas la renaissance du droit⁶⁸. Le débiteur a fourni sa prestation sans cause et il peut exiger la restitution de sa prestation sur la base de l'action en revendication (art. 641 CC) ou de la restitution de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)⁶⁹. Il faut toutefois réserver l'hypothèse de l'art. 63 al. 1 CO lorsque le débiteur a payé une créance périmée en sachant qu'elle n'était pas due⁷⁰.
- En cas de compensation d'une créance. L'art. 120 al. 3 CO autorise le créancier à opposer en compensation une créance prescrite, pour autant que la prescription n'était pas encore acquise au moment où il aurait pu théoriquement soulever l'exception de compensation pour la première fois. Ce régime n'est pas applicable à une créance périmée qui, par définition, n'existe plus : il manque la condition de l'existence de créances réciproques (art. 120 al. 1 CO) pour qu'une compensation soit possible⁷¹.
- En cas de novation. La novation est un contrat par lequel les parties éteignent une ancienne obligation en lui substituant une obligation nouvelle, distincte de l'ancienne (art. 116 CO)⁷². Il n'est pas interdit de nover une créance prescrite. En revanche une obligation périmée ne peut plus faire l'objet d'une novation, puisqu'elle n'existe plus⁷³.
- En cas de demeure du débiteur. Le débiteur d'une créance prescrite peut être mis en demeure par son créancier, ce qui est impossible pour un débiteur d'une créance périmée qui, par définition, est rayée du monde juridique.

⁶⁵ CHAPPUIS, *La péremption*, p. 108 ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 8 ad art. 127 CO.

⁶⁶ ATF 86 I 60 consid. 5 ; CHAPPUIS, *La péremption*, p. 108.

⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1540 s. et 3368 ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 49 ad art. 127 CO ; TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 1592.

⁶⁸ ALLIMANN, *La péremption*, N 1499.

⁶⁹ La seconde action étant subsidiaire à la première, cf. ATF 135 III 474 c. 3.3, JdT 2011 II 551.

⁷⁰ ALLIMANN, *La péremption*, N 1326 et réf.

⁷¹ BERTI, *ZK*, N 155 ad art. 120 CO ; BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 232 ; HESS, *Produkt haftpflichtgesetz*, N 10 ad art. 10 LRFP ; JEANDIN, *CR-CO I*, N 5 et 22 ad art. 120 CO.

⁷² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, N 3140 ; PIOTET, *CR-CO I*, N 1 ad art. 116 CO.

⁷³ BERTI, *ZK*, N 15 ad art. 116 CO.

- En cas d'exception d'inexécution. Dans le cadre d'un contrat bilatéral, le créancier peut invoquer l'art. 82 CO tant que l'autre partie n'a pas valablement offert d'exécuter sa prestation, même si celle-ci est prescrite : il suffit que la créance prescrite ne le fût pas encore lors de la naissance de la contre-prestation dont le créancier refuse l'exécution (art. 120 al. 3 CO par analogie)⁷⁴. En revanche, l'art. 82 CO n'est pas applicable à une obligation périmée, car il n'y a alors plus d'obligations réciproques découlant d'un même contrat⁷⁵.
- Pour le destin du gage mobilier (nantissement, droit de rétention ou réserve de propriété). L'art. 140 CO autorise le créancier d'une dette prescrite garantie par un gage mobilier à obtenir satisfaction en recourant à la procédure en réalisation de gage (art. 151 ss LP)⁷⁶. Cette règle est inapplicable à une créance périmée. En effet, les droits de gage mobilier sont des droits accessoires : ils s'éteignent donc avec la créance principale (art. 114 CO)⁷⁷.
- En cas de reconnaissance de dette. Il est possible de reconnaître une dette prescrite : cet acte fait repartir un nouveau délai de dix ans. En revanche, une obligation périmée ne peut pas renaître en vertu d'une reconnaissance de dette puisque le droit suisse exige une obligation causale : faute de cause valable, la reconnaissance de dette ne déploie aucun effet⁷⁸.

c. *Durée, point de départ et computation du délai de péremption*

En fixant la durée d'un délai de péremption, le législateur cherche à pondérer l'intérêt du sujet passif à ne pas demeurer trop longtemps dans une insécurité juridique avec celui de l'ayant droit à disposer de suffisamment de temps pour effectuer l'acte conservatoire⁷⁹. Lorsque le *dies a quo* est subjectif, la durée est plutôt courte ; les délais absolus sont en règle générale plus longs⁸⁰. Pour l'art. 10 LRFP, le législateur a fixé cet équilibre entre intérêts divergents à dix ans (cf. infra p. 181 s.).

Bien que les art. 127 ss CO ne concernent en principe pas la péremption, l'art. 132 CO fait exception et s'y applique par analogie. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, le jour à partir duquel court la péremption n'est pas compté et celle-ci n'est acquise que lorsque le dernier jour du délai s'est écoulé sans

⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, N 3370 ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 49 ad art. 127 CO.

⁷⁵ ALLIMANN, *La péremption*, N 991.

⁷⁶ DÄPPEN, *BSK OR I*, N 5 ad art. 140 CO ; PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 8 ad art. 140 CO.

⁷⁷ PIOTET, *CR-CO I*, N 2 ad art. 114 CO. Cf. toutefois ALLIMANN, *La péremption*, N 1314 et réf., qui mentionne trois réserves au principe de l'extinction des droits accessoires.

⁷⁸ Cf. KRAUSKOPF, *Die Schuldanerkennung*, N 9 et 349.

⁷⁹ Cf. ALLIMANN, *La péremption*, N 1144.

⁸⁰ CHAPPUIS, *La péremption*, p. 129.

avoir été utilisé⁸¹. Le premier jour peut être un dimanche ou un jour officiellement férié. Le délai est écoulé le dernier jour du délai à minuit. Selon l'art. 132 al. 2 CO, les règles relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations sont applicables. Par conséquent, les art. 75 ss CO s'appliquent, en particulier l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO.

d. Respect du délai de péremption

Pour respecter le délai de péremption, son titulaire doit soit exercer son droit, soit effectuer l'acte conservatoire prévu par la loi⁸². Par exemple, pour que les droits formateurs à la garantie dans le contrat de vente (art. 197 ss CO) ne se périment pas, l'acheteur doit respecter certaines incombances, notamment vérifier immédiatement l'objet et faire l'avis des défauts (art. 201 al. 1 CO)⁸³. La loi subordonne régulièrement la sauvegarde du délai à l'ouverture d'une action en justice. C'est le cas de l'art. 10 LRFP (cf. infra p. 190).

Si l'acte conservatoire est une manifestation de volonté, la théorie de la réception absolue s'applique en principe et la manifestation doit se trouver dans la sphère de puissance du destinataire avant l'expiration du délai⁸⁴.

Si l'acte conservatoire est une action en justice, le délai est respecté si l'acte d'ouverture d'instance est remis à l'adresse de l'autorité compétente au plus tard à minuit le dernier jour du délai, dans un bureau de poste suisse ou, à l'étranger, à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 143 al. 1 CPC)⁸⁵. Le dépôt dans une boîte aux lettres avant l'expiration du délai suffit, mais c'est à l'expéditeur d'en apporter la preuve⁸⁶. Si le dernier jour tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu officiellement, le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (art. 142 al. 3 LP ; art. 78 al. 1 CO et art. 1 de la LF du 21 juin 1963 sur la supputation des délais comprenant un samedi)⁸⁷. Nous déterminerons plus loin à quel moment débute une action en justice (cf. infra p. 190) et si un acte de poursuite sauvegarde le délai de péremption qui exige une ouverture d'action (cf. infra p. 190 ss).

Se pose enfin la question de l'effet d'une reconnaissance de dette sur un délai de péremption. Au contraire du régime prévu pour la prescription,

⁸¹ ATF 42 II 331 consid. 3, JdT 1917 I 54. Eg. PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 1 ad art. 132 CO.

⁸² ALLIMANN, *La péremption*, N 1174 ss et réf.

⁸³ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 708 et 716.

⁸⁴ Sur la théorie de la réception absolue, CARRON, Newsletter bail.ch janvier 2017, p. 3 ; CARRON, Newsletter bail.ch juillet 2014, p. 5. Ce principe connaît des exceptions (p. ex. pour l'art. 201 CO et l'art. 367 CO, il convient de se fonder sur le moment de l'envoi de l'avis des défauts ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 727 et 3829).

⁸⁵ BOHNET, *Procédure civile*, N 1232 ; STAEHELIN, *ZPO Komm.*, N 4 ad art. 143 CPC.

⁸⁶ ATF 109 Ia 183, consid. 3a, JdT 1984 I 317.

⁸⁷ PICHONNAZ, *CR-CO I*, N 8 ad art. 132 CO.

l'art. 135 ch. 1 CO n'est pas applicable : une reconnaissance de dette n'exerce donc aucune influence sur le délai péremption⁸⁸, qu'elle intervienne après (cf. supra p. 171)⁸⁹ ou avant l'échéance de celui-ci⁹⁰.

e. *Renonciation à invoquer la péremption*

En principe, la convention des parties ne peut pas supprimer totalement un délai de péremption (même dispositif), mais uniquement modifier sa durée (cf. supra p. 168). Si l'on envisage une exception, il faut distinguer deux situations :

- La renonciation *après* l'expiration du délai de péremption. Une telle renonciation ne produit aucun effet, car la péremption a entraîné l'extinction du droit et celui-ci ne peut renaître. Le seul moyen d'obtenir un droit ayant le même contenu est de prévoir une modification conventionnelle du contrat (pour une péremption contractuelle) ou une donation (pour tous les types de créances)⁹¹ ; il s'agira toutefois d'un nouveau droit et pas d'une renaissance du droit périmé.
- La renonciation *avant* l'expiration du délai de péremption. Une partie de la doctrine admet que les parties puissent renoncer à des délais péremptoires ne préservant pas un intérêt supérieur à celui des parties. ALLIMANN inclut l'art. 10 LRFP dans cette catégorie et est d'avis que les parties ne peuvent pas raccourcir ce délai mais qu'elles peuvent en revanche renoncer à l'invoquer ou renoncer à la partie déjà écoulee de celui-ci⁹². HESS est du même avis, car la péremption de la LRFP protège selon lui uniquement le producteur et aucun intérêt public ne serait concerné ; il précise toutefois que le producteur ne pourrait pas se retourner vers d'autres coresponsables en raison de l'art. 146 CO⁹³. Pour ce qui est de la péremption prévue par la loi, nous ne partageons pas ce point de vue : si le législateur a fait le choix d'un délai de péremption, il a identifié soit un intérêt supérieur à celui des parties, soit un intérêt d'une partie faible, de telle sorte qu'aucune

⁸⁸ On ne peut pas exclure la possibilité théorique qu'une loi spéciale accorde à la reconnaissance de dette le statut d'acte conservatoire de péremption. De *lege lata*, l'ordre juridique suisse ne contient aucune règle de ce type.

⁸⁹ KRAUSKOPF, *Die Schuldanerkennung*, N 349.

⁹⁰ D'un point de vue apparemment différent, ALLIMANN, *La péremption*, N 1235 ss, pour qui l'art. 135 al. 1 ch. 1 CO est aussi applicable à la péremption, car le fait que le débiteur reconnaisse une dette avant l'expiration du délai de péremption a pour effet qu'il ne peut plus se prévaloir par la suite d'une confiance légitime à ne pas devoir s'exécuter. Il en irait de même des actes concluants valant reconnaissance de dette au sens de l'art. 135 I ch. 1 CO, soit le paiement d'intérêts, d'acomptes, la constitution d'un gage ou la fourniture d'une caution, de même que tous les actes devant être assimilés à de tels actes. A notre avis, la seule limite admissible est celle de l'abus de droit du débiteur (dans ce sens, cf. arrêt du TF 2C_640/2011 du 1 février 2012, consid. 3.2 qui nie l'existence d'un abus en lien avec l'art. 20 al. 1 LRFP).

⁹¹ Dans ce sens, ALLIMANN, *La péremption*, N 1501 s.

⁹² Cf. ALLIMANN, *La péremption*, N 1488.

⁹³ HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 12 ad art. 10 LRFP.

renonciation n'est possible. Ce point de vue est cohérent avec l'obligation faite au juge de constater d'office la péremption (cf. supra p. 169). Par rapport à la péremption contractuelle, force est de rappeler que la péremption fait périr une créance et que l'extinction de la dette qui s'ensuit est un fait. Aussi, bien qu'il soit possible de renoncer à un droit, il n'est techniquement pas possible de renoncer à un fait tel que l'extinction d'une créance⁹⁴. Tout au plus pourrait-on admettre que le débiteur puisse valablement renoncer à invoquer le fait que sa dette s'est éteinte suite à l'échéance d'un délai péremptoire. Cependant, cette renonciation aurait un grand défaut : elle ne saurait empêcher le débiteur d'invoquer la péremption et le juge de relever d'office la péremption sur la base des faits qu'il retient dans un procès⁹⁵.

III. Régime légal de la prescription (art. 9 LRFP)

La prescription des créances en dommages-intérêts qui découlent des art. 1 ss LRFP fait l'objet d'une réglementation spéciale à l'art. 9 LRFP. Cette disposition se lit comme suit : « Les prétentions en dommages-intérêts prévues par la présente loi se prescrivent par trois ans à compter de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur ». Il s'agit de définir la nature du délai dont il est question dans l'art. 9 LRFP (A.), de déterminer le point de départ du délai (B.), d'exposer les actes à accomplir par le créancier pour agir dans le respect du délai (C.) et de vérifier une éventuelle application du délai du droit pénal (D.). Une appréciation critique clôt cette présentation (E.).

A. Nature du délai

L'art. 9 LRFP porte le titre « Prescription » et précise dans son unique alinéa que « les prétentions en dommages-intérêts prévues par la présente loi se prescrivent par trois ans [...] ». Conformément à son libellé, la jurisprudence et la doctrine qualifient le délai de trois ans de délai de prescription qui peut être modifié, suspendu et interrompu (cf. supra p. 162 s.)⁹⁶. Le fait que le délai de prescription soit de trois ans est souvent considéré comme étant plus avantageux (pour le créancier) que le délai d'une année prévu par le régime ordinaire à l'art. 60 al. 1 CO⁹⁷.

⁹⁴ KRAUSKOPF, *Die Schuldanererkennung*, N 188.

⁹⁵ La péremption étant un fait, et non un droit, l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), qui exige l'existence d'un droit dont l'utilisation est abusive, n'est d'emblée pas applicable.

⁹⁶ Cf. HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 12 ss ad art. 9 LRFP.

⁹⁷ Cf. p. ex. CARRON/FÉROLLES, *Domage*, p. 147 ; FELLMANN/KOTTMANN, *Haftpflichtrecht*, N 1212.

B. Point de départ du délai

Selon l'art. 9 LRFP, les prétentions en dommages-intérêts prévues par la présente loi se prescrivent par trois ans « à compter de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur ». A la différence de l'art. 60 al. 1 CO (ou encore de l'art. 83 al. 1 LCR), il n'est pas nécessaire que le lésé ait effectivement pris connaissance des éléments énumérés à l'art. 9 LRFP⁹⁸, mais il suffit – pour faire démarrer le délai de trois ans – que le lésé ait dû en avoir connaissance en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances⁹⁹. En d'autres termes, l'ignorance fautive des éléments énoncés à l'art. 9 LRFP qui résulte du manque d'attention requise dans les circonstances ne peut empêcher le délai de commencer à courir¹⁰⁰.

1. Connaissance du dommage

Pour déterminer si la « connaissance du dommage » est suffisante, il convient de se référer à la jurisprudence désormais bien établie relative à l'art. 60 al. 1 CO. Selon le TF, le créancier connaît suffisamment le dommage lorsque, en relation avec son existence, sa nature et ses éléments, il a connaissance des circonstances propres à fonder et à motiver une demande en justice¹⁰¹. Si l'ampleur du dommage résulte d'une situation qui évolue, la prescription ne court pas avant le terme de cette évolution¹⁰². D'après le « principe de l'unité du dommage », celui-ci doit être considéré comme un tout et non comme la somme de préjudices distincts¹⁰³. En conséquence, le délai de prescription ne court pas, en cas d'évolution de la situation, avant que le dernier élément du dommage ne soit survenu. Il n'est par contre pas nécessaire que le lésé connaisse ou doive connaître le montant exact de son dommage, car celui-ci peut devoir être estimé selon l'art. 42 al. 2 CO ; le dommage est donc suffisamment défini lorsque le créancier détient assez d'éléments pour qu'il soit en mesure de l'apprécier¹⁰⁴.

⁹⁸ Cf. ATF 131 III 61, consid. 3.1.2 ; 111 II 55, consid. 3a.

⁹⁹ CARRON/FÉROLLES, *Dommage*, p. 147.

¹⁰⁰ HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 2 ad art. 9 LRFP, et les nombreuses références citées.

¹⁰¹ ATF 136 III 322, consid. 4.1, JdT 2011 II 537 ; 131 III 61, consid. 3.1.1 ; arrêt du TF 4A_689/2015 du 16 juin 2016, consid. 3.1 ; 4A_707/2012 du 28 mai 2013, consid. 7.3.2.

¹⁰² Arrêt du TF 4A_707/2012 du 28 mai 2013, consid. 7.3.2 ; 4A_576/2010 du 7 juin 2011, consid. 3.2.

¹⁰³ ATF 92 II 1, consid. 4 ; arrêt du TF 4A_454/2010 du 6 janvier 2011, consid. 3.1 ; 4A_489/2008 du 23 décembre 2008, consid. 2.

¹⁰⁴ ATF 131 III 61, consid. 3.1.1 ; 111 II 55, consid. 3a.

2. Connaissance de l'identité du producteur

Quant à la connaissance de l'identité du producteur (ou du fournisseur lorsque celui-ci est considéré comme producteur en vertu de l'art. 2 al. 2 LRFP), il convient là aussi de recourir à la jurisprudence concernant la connaissance de l'auteur du dommage au sens de l'art. 60 al. 1 CO. Cette connaissance n'est pas encore acquise lorsque le lésé présume qui est le producteur qui pourrait devoir réparer le dommage, mais uniquement à l'instant où il connaît les éléments propres à fonder et à motiver une demande en justice contre cette personne¹⁰⁵. Contrairement à ce qu'exige l'art. 60 al. 1 CO, il n'est pas nécessaire que le lésé ait effectivement connaissance du producteur, puisque l'art. 9 LRFP prévoit expressément que le délai court dès que le lésé aurait pu découvrir l'auteur en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsque le rapport de causalité naturelle ne peut être établi que par une expertise scientifique, le lésé ne peut avoir une connaissance certaine de la personne responsable qu'à partir de la réception de cette expertise¹⁰⁶.

3. Connaissance du défaut du produit

Pour ce qui est de la connaissance du défaut, il semble être justifié de se référer, comme point de départ, à la jurisprudence relative à la garantie du vendeur en raison des défauts de la chose (art. 197 ss CO), plus précisément à la découverte des défauts de la chose (art. 201 CO). L'acheteur découvre les défauts lorsqu'il en constate l'existence avec certitude. D'après la jurisprudence du TF, cela n'est pas encore le cas lorsqu'apparaissent les premiers signes d'un défaut évolutif dans son étendue ou sa gravité, mais uniquement lorsque l'acheteur « se rend compte – ou devrait se rendre compte en application des règles de la bonne foi – que ce défaut équivaut à une inexécution du contrat »¹⁰⁷. Ces principes peuvent être utilisés *mutatis mutandis* pour répondre à la question de la connaissance du défaut selon l'art. 9 LRFP, étant précisé que – à la différence du droit de la vente – la LRFP ne prévoit pas l'obligation du propriétaire, détenteur ou utilisateur du produit, de vérifier celui-ci dans le but de déceler des défauts avant l'éventuelle survenance d'un dommage. Si, par contre, le lésé omet d'examiner le produit malgré la présence d'indices concrets permettant de conclure à un défaut, il risque de se voir reprocher que son ignorance est imputable à sa propre négligence¹⁰⁸. Le défaut du produit doit

¹⁰⁵ ATF 131 III 61, consid. 3.1.2 ; 96 II 39, consid. 2a.

¹⁰⁶ ATF 131 III 61, consid. 3.1.2 (où le TF note par ailleurs que « l'introduction par le lésé d'une procédure de preuve à futur (qui n'a pas pour effet d'interrompre la prescription [...]) n'impose pas de conclure à la connaissance de la personne de l'auteur. »).

¹⁰⁷ ATF 131 III 145, consid. 7.2, JdT 2007 I 261 (contrat de vente) ; arrêt du TF 4C.130/2006 du 8 mai 2007, consid. 4.1 (contrat de livraison d'ouvrage).

¹⁰⁸ Dans ce sens Hess, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 7 ad art. 9 LRFP.

être considéré comme connu dès que le lésé constate ou pourrait constater indubitablement l'existence d'un défaut du produit en tant que cause de son dommage de manière à pouvoir formuler une demande en dommages-intérêts suffisamment motivée¹⁰⁹.

C. Sauvegarde du délai

Par l'effet de l'art. 11 al. 1 LRFP, les normes du code des obligations relatives à la suspension et l'interruption du délai, ainsi que sur la renonciation à la prescription s'appliquent au délai de prescription de l'art. 9 LRFP. Le lésé a donc principalement trois moyens pour empêcher la survenance de la prescription.

1. Interruption de la prescription

Le lésé peut interrompre le délai de prescription de ses créances en dommages-intérêts au moyen des actes interruptifs énumérés à l'art. 135 ch. 2 CO (cf. supra p. 163). Il n'y a pas de particularité à signaler, mais deux compléments à ajouter :

Lorsque le lésé interrompt le délai de prescription par une poursuite, par une requête de conciliation ou par une action, l'effet interruptif se limite à ce que le créancier demande, c'est-à-dire au montant chiffré qu'il fait valoir¹¹⁰. Ce principe est appliqué par les tribunaux avec rigueur et signifie par exemple que le lésé qui, par voie d'action, exige uniquement le paiement des intérêts moratoires ou compensatoires d'une créance en capital, n'interrompt la prescription qu'à raison du montant correspondant à ces intérêts, même si la cour saisie doit statuer sur la question préjudicielle de l'existence de la créance en capital¹¹¹. En cas d'action partielle, la prescription n'est interrompue qu'à concurrence du montant réclamé, même si le créancier se réserve explicitement l'action complémentaire dans ses conclusions¹¹².

Selon une jurisprudence établie, la prescription est interrompue par une réquisition de poursuite sans qu'il soit nécessaire qu'un commandement de payer soit notifié au débiteur ; il suffit de déposer une réquisition de poursuite qui remplisse les conditions essentielles exigées par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite¹¹³.

¹⁰⁹ Cf. TF 4C.130/2006 du 8 mai 2007, consid. 4.1, par analogie.

¹¹⁰ Cf. ATF 133 III 679, consid. 2.3.2 ; arrêt du TF 5A_741/2013 du 3 avril 2014, consid. 5.1 ; BERTI, ZK, N 100 ad 135 CO ; KRAUSKOPF/WIRZ, *Rechtsbegehren*, p. 41 s.

¹¹¹ Arrêt du TF 4C.139/2006 du 15 août 2006, consid. 2.2.

¹¹² Pour des détails, cf. KRAUSKOPF/WIRZ, *Rechtsbegehren*, p. 49 ss.

¹¹³ Cf. ATF 114 II 261, consid. A, JdT 1989 I 75 ; 104 III 20, consid. 2 ; arrêt du TF 5A_288/2012, consid. 3 et 4.1 ; 4A_576/2010 consid. 3.1.1.

2. Prolongation du délai de prescription par convention

L'art. 129 CO ne s'appliquant pas au délai de prescription de l'art. 9 LRFP, il n'existe en théorie pas d'obstacle pour une convention de modification du délai de prescription entre le lésé et le producteur du produit défectueux. S'agissant d'une responsabilité extracontractuelle, il est cependant rare que les parties conviennent d'une prolongation du délai de prescription une fois que l'événement dommageable s'est produit. Avant l'événement dommageable, une quelconque relation contractuelle entre les parties fait souvent défaut puisque le lésé n'est pas forcément l'acheteur du produit et que, même s'il est l'acheteur du produit, il ne l'a pas forcément acheté directement auprès du producteur. A noter également que le raccourcissement conventionnel du délai de prescription de l'art. 9 LRFP correspondrait à une limitation de la responsabilité et se heurte à l'art. 8 LRFP qui déclare nulles les conventions qui limitent ou excluent au détriment de la victime la responsabilité civile résultant de la LRFP.

3. Renonciation à la prescription.

La méthode la plus répandue en pratique pour sauvegarder le délai de prescription est la déclaration du débiteur de renoncer à (invoquer l'exception de) la prescription. Jurisprudence et doctrine reconnaissent au débiteur la liberté de renoncer à invoquer la prescription pas encore ou déjà acquise. Pour admettre l'existence d'une renonciation à la prescription, il faut que le débiteur ait clairement manifesté, explicitement ou de manière tacite, sa volonté de ne pas soulever l'exception de prescription¹¹⁴. Il convient de relever trois points à observer lorsqu'il s'agit du délai de prescription de l'art. 9 LRFP :

a. *Nature et effet de la renonciation*

La renonciation à la prescription ne peut pas être assimilée à une modification conventionnelle du délai de la prescription et l'art. 129 CO ne s'applique pas à la renonciation¹¹⁵. Nonobstant cela, le TF assimile, pour ce qui est des effets, la renonciation à la prescription à une prolongation du délai de prescription¹¹⁶. Par ailleurs, une renonciation à la prescription peut être assortie de la condition que la prescription ne soit pas encore acquise au moment de la déclaration de renonciation¹¹⁷.

¹¹⁴ Cf. ATF 132 III 222, consid. 3.3.7 ; 99 II 185, consid. 2 ; arrêt du TF 4A_224/2007 du 31 août 2007, consid. 5.1, et les références.

¹¹⁵ ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

¹¹⁶ Arrêt du TF 9C_104/2007 du 20 août 2007, consid. 8.2.1.

¹¹⁷ Arrêt du TF 4A_224/2007 du 31 août 2007, consid. 5.2 ; 5C.42/2005 du 21 avril 2005, consid. 2.

b. *Durée de la renonciation*

Le TF est d'avis que la durée pour laquelle doit valoir une renonciation à invoquer la prescription se détermine selon la volonté des parties¹¹⁸. Toutefois, cette renonciation ne saurait être émise pour une durée dépassant le délai de dix ans, peu importe le délai de prescription considéré. « Il convient effectivement d'éviter que le créancier ne parvienne indéfiniment à différer sa volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qu'il invoque »¹¹⁹.

c. *Interdiction de la renonciation anticipée*

Selon l'art. 141 al. 1 CO, le débiteur ne peut renoncer à la prescription de manière « anticipée ». Le TF interprète cette disposition légale comme une interdiction de renoncer à la prescription avant la naissance de la créance concernée : « Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a voulu seulement prohiber que le débiteur renonce par avance à la prescription de sa créance, c'est-à-dire avant qu'elle ne prenne naissance »¹²⁰.

D. Application du délai de droit pénal (selon l'art. 60 al. 2 CO) ?

L'art. 60 al. 2 CO ordonne au juge d'appliquer le délai de prescription du droit pénal (art. 97 ss CP) à l'action civile lorsque les prétentions dérivent d'un acte punissable et que ce délai est de plus longue durée que le délai de prescription de l'art. 60 al. 1 CO¹²¹. Partant de l'art. 11 al. 1 LRFP, selon lequel les dispositions du CO sont applicables sous réserve des dispositions contraires de la LRFP, la question pertinente est de savoir si ce renvoi au CO impose d'appliquer l'art. 60 al. 2 CO au lieu de l'art. 9 LRFP. Cette question n'a pas encore été tranchée par le TF. Dans la doctrine, les avis favorables à l'application de l'art. 60 al. 2 CO aux créances découlant de la LRFP l'emportent¹²². De plus, un arrêt du TC valaisan du 28 septembre 2009 va dans la même direction : « Si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée que celle de l'art. 9 LRFP, le délai extraordinaire de prescription de l'art. 60 al. 2 CO s'applique, par renvoi de l'art. 11 al. 1 LRFP »¹²³. Dans ce cas, le point de dé-

¹¹⁸ A titre d'exemple, cf. arrêt du TF 9C_855/2010 du 8 février 2011, consid. 3.5.

¹¹⁹ ATF 132 III 226, consid. 3.3.8.

¹²⁰ ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

¹²¹ Cf. les détails chez KRAUSKOPF/JEANNERET, *Prescription*, p. 160 ss.

¹²² Cf. p. ex. HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 24 s. ad art. 9 LRFP ; SCHENKER/HAUSER, *Auswirkungen*, p. 118.

¹²³ RVJ 2010 p. 183, consid. 4.1.3 (p. 186).

part et la durée du délai de prescription se détermine selon les critères établis par le code pénal (art. 97 et 98 CP).¹²⁴

E. Appréciation critique

L'art. 9 LRFP prévoit un délai de prescription de trois ans pour toute prétention en dommages-intérêts qui dérive de la LRFP. Il s'agit d'un délai « relatif » qui ne commence à courir que lorsque la personne lésée a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur. A notre avis, l'art. 9 LRFP est une disposition réussie en tant que le délai prévu préserve l'équilibre des intérêts antagonistes des personnes concernées, à savoir le lésé en tant que créancier d'un côté et le producteur en tant que débiteur de l'autre. Le délai relatif triennal semble être la solution de premier choix retenue dans la législation récente suisse¹²⁵ et étrangère¹²⁶. Il est en tout cas préconisé comme règle générale dans le projet de loi sur la révision du droit de la prescription¹²⁷. Finalement, l'art. 9 LRFP est tout à fait dans la ligne des propositions actuelles d'harmonisation du droit européen : le projet de cadre commun de référence contenant les principes, définitions et règles types de droit privé européen de 2009¹²⁸ retient un délai de prescription de droit commun de trois ans (art. III. – 7:201), porté à dix ans en cas de créance constatée par un jugement ou une sentence arbitrale (art. III. – 7:202). Le point de départ de la prescription varie selon la nature de la créance. Il est fixé, en principe, au jour où la créance devient exigible ou, s'agissant d'une créance de dommages et intérêts, à la date du fait générateur de la créance (art. III. – 7:203 al. 1), étant précisé que le cours de la prescription est notamment suspendu lorsque que le créancier ignore l'identité du débiteur ou du fait générateur de sa créance (art. III. – 7:301)¹²⁹.

IV. Régime légal de la péremption (art. 10 LRFP)

La péremption des créances en dommages-intérêts qui découlent des art. 1 ss LRFP fait l'objet d'une réglementation spéciale à l'art. 10 LRFP. Cette disposition a le contenu suivant : « ¹ Les prétentions en dommages-intérêts prévues

¹²⁴ A titre d'illustration : ATF 97 II 136, consid. 2, JdT 1972 I 274.

¹²⁵ Cf. p. ex. art. 19 al. 2 LRH, art. 32 LGG ou encore art. 59c al. 2 et 59d LPE.

¹²⁶ Cf. p. ex. §195 (« Regelmäßige Verjährungsfrist ») du BGB allemand.

¹²⁷ Cf. FF 2014 230 ss ; pour plus d'information à ce sujet, cf. KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Quoi de neuf dans le droit de la responsabilité civile ? Le point sur la législation en cours et quelques arrêts intéressants de l'année courante, in : Fuhrer Stephan (édit.), Annales SDRCA 2016, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 96 ss.

¹²⁸ http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

¹²⁹ La suspension due à l'ignorance du créancier est toutefois limitée par un délai butoir : elle ne peut conduire à ce que le délai de prescription dépasse dix ans ou, en cas de réparations relatives à des dommages corporels, trente ans (art. III. – 7:307).

par la présente loi s'éteignent à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la date à laquelle le producteur a mis en circulation le produit qui a causé le dommage. ²Le délai de péremption est respecté si une procédure judiciaire a été engagée contre le producteur avant l'expiration de ces dix ans ». Il s'agit de définir la nature de ce délai (A.), de déterminer son point de départ (B.), d'exposer les actes à accomplir pour le sauvegarder (C.) et de vérifier l'éventuelle application d'un délai plus long du droit pénal (D.). Une appréciation critique clôt cette présentation (E.).

A. Nature du délai

L'art. 10 LRFP est un délai de péremption¹³⁰. Cette nature est confirmée par les éléments suivants. D'abord, le titre marginal de la disposition mentionne qu'il s'agit d'une « péremption » et fait écho à celui de l'art. 9 LRFP qui parle de « prescription ». L'art. 10 al. 2 LRFP contient également l'expression « délai de péremption ». Ensuite, les trois versions linguistiques de l'art. 10 al. 1 LRFP précisent que les prétentions « s'éteignent » à l'expiration du délai¹³¹ : il s'agit de l'effet caractéristique de la péremption. Cette formulation correspond également à l'art. 11 de la Directive européenne 85/374. Enfin, le message du Conseil fédéral parle également de délai de péremption¹³².

L'art. 10 LRFP prévoit un délai absolu (cf. supra p. 167)¹³³. Son point de départ est en effet fixé objectivement, au jour de la mise en circulation du produit (pour plus de détails, cf. infra p. 183 ss).

L'art. 10 LRFP instaure un délai impératif. Les parties ne peuvent conventionnellement ni le supprimer ni le suspendre ou l'interrompre¹³⁴. Une partie de la doctrine admet toutefois la possibilité théorique d'un allongement du délai sur la base d'une déclaration unilatérale du producteur ou d'une convention entre les parties¹³⁵, prolongation qui ne vaudrait qu'entre les parties et non vis-à-vis d'autres coobligés (art. 146 CO). Il s'agirait alors d'un délai relativement impératif. En revanche, un raccourcissement du délai reviendrait à violer l'art. 8 LRFP, qui interdit toute convention limitant ou excluant au détriment du lésé la responsabilité civile résultant de la LRFP.

¹³⁰ CHAPPUIS, *La péremption*, p. 117 ; HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 1 ad art. 10 LRFP. Cf. ég. ALLIMANN, *La péremption*, N 354, qui semble affirmer toutefois le contraire au N 1078 et 1489 ; HOLLIGER-HAGMANN, *Management*, p. 232 s. qui contiennent des affirmations contradictoires (prescription absolue et péremption).

¹³¹ Version allemande : « *verwirken* » ; version italienne : « *si estinguono* ».

¹³² FF 1992 V 422.

¹³³ ALLIMANN, *La péremption*, N 1054 ; HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 1 ad art. 10 LRFP.

¹³⁴ D'un avis différent, ALLIMANN, *La péremption*, N 1224 ss.

¹³⁵ BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 232.

La durée du délai est de dix ans¹³⁶. La computation de ce délai se fait conformément aux règles générales du code des obligations (cf. supra p. 171 s.), en vertu du renvoi de l'art. 11 al. 1 LRFP qui dispose que, « [s]ous réserve des dispositions contraire de la [LRFP], les dispositions du code des obligations sont applicables ».

B. Point de départ du délai

Le délai de péremption commence à courir « à compter de la date à laquelle le producteur a mis en circulation le produit qui a causé le dommage » (art. 10 al. 1 LRFP). La détermination du point de départ du délai dépend, d'une part, de l'identification du produit qui a causé le dommage (1.) et, d'autre part, du moment de sa mise en circulation (2.).

1. Détermination du produit pertinent

L'art. 10 al. 1 LRFP parle du « produit qui a causé le dommage ». La péremption ne commence pas à courir dès la mise en circulation d'un premier exemplaire du produit¹³⁷. Autrement dit, le moment pertinent n'est pas la mise en circulation du premier produit issu d'une chaîne de production, mais bien celle de l'exemplaire du produit défectueux effectivement à l'origine du préjudice subi, peu importe qu'il s'agisse d'un défaut de fabrication, de conception ou d'instruction¹³⁸.

Il arrive que les tribunaux adoptent un point de vue divergent. Par exemple, en 2009¹³⁹, le TC valaisan a rendu un arrêt concernant une jeune femme souffrant d'une hépatite en raison de la prise d'un médicament défectueux. Après avoir fourni une analyse convaincante en lien avec la prescription de l'art. 9 LRFP (cf. ég. supra p. 179), la Cour énonce que le délai de péremption selon l'art. 10 LRFP est également échu. Or, pour fixer le point de départ du délai de péremption, les juges retiennent la date de mise sur le marché du médicament, qui a selon toute vraisemblance eu lieu plusieurs années avant que la jeune femme n'acquière elle-même ce médicament. A notre avis, ces considérations sont erronées : la date pertinente pour le point de départ de la péremption est celle où la boîte contenant les comprimés que la jeune femme a ingérés a été mise en circulation par le producteur.

¹³⁶ HONSELL/ISENRING/KELLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, § 21 N 53, considèrent ce délai comme trop long.

¹³⁷ MARKOVITS, *La directive*, N 398 ; TASCHNER/FRIETSCH, *Produkthaftungsgesetz*, N 3 ad art. 11 LRFP Directive 85/374 ; WERRO, *La péremption*, p. 577.

¹³⁸ BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 233 ; WERRO, *La péremption*, p. 577.

¹³⁹ RVJ 2010, p. 183.

2. Date de la mise en circulation

La LRFP ne précise pas la notion de « mise en circulation ». Le législateur européen avait déjà décidé de ne pas définir cette notion, considérant qu'elle était suffisamment claire¹⁴⁰. Or, cet exercice est tout sauf simple et la détermination de la date de mise en circulation est au cœur des enjeux de la LRFP (a.). On trouve des explications dans les travaux préparatoires de la loi et surtout dans la jurisprudence européenne (b.), qui permettent de formuler une règle générale (c.) et de l'appliquer aux différents types de producteurs (d.).

a. *Mise en circulation et enjeux de la LRFP*

La notion de « mise en circulation » et la manière dont on l'interprète ont une influence non négligeable sur l'efficacité des buts visés par la loi. Un déplacement du point de départ du délai a des effets sur la mise en balance des intérêts des producteurs et des victimes d'un produit défectueux. Plus le délai débute tardivement, plus la protection du consommateur et le risque de responsabilité du producteur augmentent. Si au contraire le délai de péremption commence à courir plus tôt, cela réduit la protection du consommateur et – parallèlement – le risque de responsabilité du producteur¹⁴¹.

Même si certains auteurs affirment que le délai de péremption a un caractère neutre parce qu'il renforce la sécurité juridique dans l'intérêt de toutes les parties¹⁴², l'art. 10 LRFP produit avant tout un effet neutralisant en faveur du producteur¹⁴³. Le délai de péremption doit être vu comme une contrepartie au caractère objectif (sans faute) de la responsabilité du fait des produits¹⁴⁴.

b. *Travaux préparatoires et jurisprudence européenne*

Alors que la LRFP ne définit pas la notion de « mise en circulation », les travaux préparatoires¹⁴⁵ et la jurisprudence de la CJUE (anciennement CJCE)¹⁴⁶ livrent quelques explications.

¹⁴⁰ McDougall/McGregor, *Interpretation*, p. 4.

¹⁴¹ Conclusions de l'avocat général, *Aventis Pasteur SA c. OB*, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305, para. 50.

¹⁴² C-127/04, *O'Byrne contre Sanofi Pasteur*, du 9 février 2006.

¹⁴³ Conclusions de l'avocat général, *Aventis Pasteur SA c. OB*, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305, para. 50.

¹⁴⁴ Conclusions de l'avocat général, *Aventis Pasteur SA c. OB*, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305, para. 50.

¹⁴⁵ FF 1992 V 422 ; FF 1993 I 834.

¹⁴⁶ C-203/99, *Henning Veedfald contre Århus Amtskommune*, du 10 mai 2001 ; C-127/04, *O'Byrne contre Sanofi Pasteur*, du 9 février 2006 ; C-358/08, *Aventis Pasteur SA contre OB*, du 2 décembre 2009.

En 1992, le Conseil fédéral affirmait qu'on entend par là « l'acte du producteur (au sens de des art. 2 à 4 LRFP) en vertu duquel le produit sort de la sphère de contrôle du producteur pour être commercialisé (par exemple, au moment de la sortie de l'usine par camion) »¹⁴⁷.

En 1993, le Conseil fédéral a déjà apporté un correctif en soulignant que « suite à des renseignements obtenus seulement pendant les délibérations parlementaires, nous devons modifier la notion de 'mise en circulation' par les importateurs et les fournisseurs (art. 6, 7, 11, 14) ; s'agissant de l'importateur (art. 3), la mise en circulation correspond à l'importation ; s'agissant du fournisseur (art. 4), elle correspond à la mise en circulation par le producteur au sens de l'art. 2, ou par l'importateur, car il ne répond qu'en tant que représentant de ces personnes »¹⁴⁸.

Le TF ne s'est pas (encore) exprimé sur la notion de mise en circulation. Il se justifie cependant de prendre en compte la jurisprudence européenne, vu que la LRFP constitue une reprise autonome de la Directive européenne 85/374 et qu'elle peut ainsi être en principe interprétée en conformité avec l'application uniforme qui en est faite dans l'Union européenne par les Etats membres, sous l'autorité de la CJUE¹⁴⁹. Soulignons à ce sujet que l'interprétation conforme au droit européen n'est possible qu'en cas de doute (« *im Zweifel* ») et pour autant que la méthodologie devant être appliquée en Suisse autorise un tel ajustement (« *soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt* »)¹⁵⁰.

Dans l'Union européenne, la notion de « mise en circulation » a fait avant tout l'objet de trois décisions judiciaires :

- *L'arrêt Veedfald* (2002)¹⁵¹. L'état de fait était le suivant : M. Veedfald devait subir une transplantation rénale. Durant le processus de nettoyage du rein à l'hôpital, un liquide défectueux a été utilisé, ce qui a gravement endommagé l'organe au point qu'il ne put plus être greffé. M. Veedfald a attaqué le propriétaire des hôpitaux qui avaient fabriqué le liquide de nettoyage. L'arrêt tranche la question de savoir si un producteur peut s'exonérer de sa responsabilité en affirmant qu'il n'a pas mis le produit en circulation, dans la mesure où il l'a fabriqué et utilisé dans le cadre d'une prestation de service concrète, de nature médicale, consistant à préparer un organe humain en vue de sa transplantation et que le dommage causé à celui-ci était

¹⁴⁷ FF 1992 V 422 qui renvoie à 420.

¹⁴⁸ FF 1993 I 834.

¹⁴⁹ Cette méthode a été développée dans les ATF 129 III 335, consid. 6, ATF 130 III 182, consid. 5.5.1. Eg. WERRO, *La péremption*, p. 570.

¹⁵⁰ ATF 129 III 335, consid. 6. Eg. WERRO, *La péremption*, p. 570.

¹⁵¹ CJCE 10.4.2002, *Veedfald c. Arhus Amtskommune*, aff. C-203/99, Rec. 2001 I-3569.

consécutif à cette préparation. La CJCE a jugé que les considérations du producteur selon lesquelles le produit n'était pas mis en circulation s'il restait dans sa sphère de contrôle n'étaient « pas déterminantes lorsque l'utilisation du produit est caractérisée par le fait que la personne à laquelle il est destiné doit se rendre elle-même dans la 'sphère de contrôle' [...] ». En effet, le fait qu'un produit utilisé dans le cadre d'une prestation de service ait été fabriqué par un tiers, par le prestataire de service lui-même ou par une entité qui lui est liée ne saurait, en soi, avoir d'incidence sur le fait qu'il a été mis en circulation »¹⁵².

- *L'arrêt Sanofi* (2006)¹⁵³. L'état de fait était le suivant : A la suite de l'administration d'un vaccin le 3 novembre 1992 dans un cabinet médical, un enfant subit de graves lésions. Le 18 septembre 1992, le producteur du vaccin avait envoyé le lot de doses de vaccins à une de ses filiales anglaises qu'elle détenait à 100% et qui l'a reçu le 22 septembre 1992. A une date ultérieure, la filiale a vendu les doses en question au ministère de la Santé du Royaume-Uni, qui ont ensuite été fournies à un hôpital qui l'a, à son tour, livré au cabinet médical. Le 2 novembre 2000, l'enfant a ouvert action contre la filiale en tant que fabricant du produit. Le 7 octobre 2002, l'enfant a introduit une action contre le producteur, qui a alors argué que l'action était périmée. Les conseils du demandeur ont sollicité, le 10 mars 2003, que le producteur soit substitué à la filiale dans le cadre de la première action.

La juridiction nationale a notamment demandé à la CJCE si un produit était déjà mis en circulation au sens de l'art. 11 de la Directive lors du transfert de ce dernier du producteur à l'une de ses filiales chargées de le distribuer. Dans son jugement, la CJCE retient qu'un produit doit être considéré comme ayant été mis en circulation au sens de l'art. 11 de la Directive, lorsqu'il est sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et qu'il est entré dans un processus de commercialisation sous la forme offerte au public aux fins d'être utilisé ou consommé (« *a product is put into circulation when it is taken out of the manufacturing process operated by the producer and enters a marketing process in the form in which it is offered to the public in order to be used or consumed* »)¹⁵⁴.

- *L'arrêt Sanofi II* (2009)¹⁵⁵. L'affaire est un second renvoi préjudiciel de l'affaire déjà jugée en 2006. La CJCE a précisé que l'art. 11 de la Directive s'oppose à ce qu'une réglementation nationale autorisant la substitution

¹⁵² CJCE 10.4.2002, *Veefald c. Arhus Amtskommune*, aff. C-203/99, Rec. 2001 I-3569, points 11 à 18, en particulier point 17.

¹⁵³ CJCE 9.2.2006, *O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA*, aff. C-127/04, Rec. 2006 I-1330.

¹⁵⁴ CJCE 9.2.2006, *O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA*, aff. C-127/04, Rec. 2006 I-1313, para. 32.

¹⁵⁵ CJCE 2.12.2009, *Aventis Pasteur SA v. OB*, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305. A ce sujet, cf. PICHONNAZ/WERRO/HURNI, *Reflet de jurisprudence*, p. 205 ss en particulier p. 207 ss.

d'une partie défenderesse à une autre en cours de procédure soit appliquée de manière à permettre d'attirer, après l'expiration du délai qu'il fixe (en l'occurrence dix ans), un producteur au sens de l'art. 3 de la Directive comme partie défenderesse à une procédure judiciaire intentée dans ce délai contre une autre personne que lui¹⁵⁶. En revanche, l'art. 11 de la Directive ne s'oppose pas à ce que le producteur puisse être substitué à une de ses filiales à 100% si cette substitution a lieu avant l'échéance du délai de péremption¹⁵⁷. Enfin, si le lésé n'a pas pu identifier le producteur avant d'exercer ses droits contre le fournisseur, ce dernier doit être considéré comme producteur au sens de l'art. 11 de la Directive. La mise en circulation n'intervient donc que lorsque le produit a été mis en circulation par le fournisseur, ce qui peut avoir lieu bien plus tard que la mise en circulation par le producteur¹⁵⁸.

c. Règle générale

En se fondant sur les développements précédents, un produit doit être considéré comme ayant été mis en circulation « lorsqu'il est sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et qu'il est entré dans un processus de commercialisation sous la forme offerte au public aux fins d'être utilisé ou consommé »¹⁵⁹. Par conséquent, les trois éléments suivants sont nécessaires pour admettre la mise en circulation d'un produit :

- Le produit doit avoir quitté un processus de fabrication pour se trouver dans un processus de commercialisation.
- Le produit doit se trouver sous la forme offerte au public pour être utilisé ou consommé (« *in the form in which it is offered to the public in order to be used or consumed* »)¹⁶⁰.
- Le produit doit être sorti d'un processus contrôlé économiquement par le producteur, indépendamment de la structure de distribution choisie. Cette dernière condition signifie qu'en principe le passage de la société de production à une filiale de distribution qui appartient au même groupe ne constitue pas encore une mise en circulation. Pour le départ de la péremption, il faut recourir à une approche fonctionnelle : si les liens entre le producteur et une autre entité de la chaîne de distribution sont à ce point étroits qu'il faut inclure l'autre entité dans la notion fonctionnelle de producteur, la remise du produit n'est pas considérée comme une mise en cir-

¹⁵⁶ CJCE 2.12.2009, *Aventis Pasteur SA v. OB*, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305, para. 49.

¹⁵⁷ CJCE 2.12.2009, *Aventis Pasteur SA v. OB*, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305, para. 53.

¹⁵⁸ CJCE 2.12.2009, *Aventis Pasteur SA v. OB*, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305, para. 64.

¹⁵⁹ CJCE 9.2.2006, *O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA*, aff. C-127/04, Rec. 2006 I-01313, para. 32.

¹⁶⁰ CJCE 9.2.2006, *O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA*, aff. C-127/04, Rec. 2006 I-01313, para. 32.

culatation au sens de la LRFP. La solution contraire aurait pour effet de fournir au producteur un moyen artificiel et abusif de raccourcir le délai de péremption en stockant et en conservant suffisamment longtemps des produits au sein du groupe avant de les offrir à des tiers¹⁶¹.

d. *Application aux diverses catégories de producteurs*

Conformément à la règle générale développée ci-dessus, la mise en circulation dépend de la catégorie de producteur concerné¹⁶². Il faut donc distinguer selon les catégories prévues par l'art. 2 al. 1 LRFP :

Le producteur réel d'un produit fini (art. 2 al. 1 let. a i.i. LRFP).

Pour le producteur réel d'un produit fini, le délai commence à courir lorsque le processus de fabrication est terminé et lorsqu'a débuté le processus de commercialisation du produit, sous la forme offerte au public pour être utilisé ou consommé, de telle sorte que le producteur réel n'a plus la possibilité de déterminer le moment où le produit sera effectivement distribué.

Il y a ainsi déjà « mise en circulation » lorsque le producteur vend son produit à un grossiste indépendant qui revendra par la suite le produit à un détaillant. Par conséquent, le délai commence à courir avant le moment où le détaillant vend effectivement le produit au consommateur et que celui-ci entre en contact pour la première fois avec celui-là¹⁶³. Il commence également à courir avant le moment où un consommateur peut théoriquement se procurer le produit défectueux¹⁶⁴. En effet, l'art. 10 LRFP fait clairement référence à la mise sur le marché par le producteur¹⁶⁵ et la jurisprudence européenne précise qu'il suffit que le produit se trouve « *in the form in which it is offered to the public in order to be used or consumed* »¹⁶⁶, et pas qu'il doit être déjà effectivement offert au public.

Le délai ne commence toutefois pas à courir avec tout acte de livraison, par exemple si le produit est remis à des organismes de test, s'il fait l'objet de travaux de finition chez un sous-traitant, s'il est transféré au sein du même

¹⁶¹ Conclusions de l'avocat général, O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA, aff. C-127/04, Rec. 2005 I-1315, para. 48. ; Conclusions de l'avocat général, Aventis Pasteur SA c. OB, aff. C-358/08, Rec. 2009 I-11305, para. 51.

¹⁶² Dans ce sens, BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 233 et réf. ; HOLLIGER/HAGMANN, *Haftpflichtkommentar*, N 2 ad Art. 10 PrHG.

¹⁶³ Werro, *RC*, N 686.

¹⁶⁴ D'un avis différent, WERRO, *La péremption*, p. 583, qui précise qu'il « s'agirait du moment où un consommateur peut se procurer le produit à l'origine du dommage sur un marché ».

¹⁶⁵ Conclusions de l'avocat général, O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA, aff. C-127/04, Rec. 2005 I-1315, para. 35.

¹⁶⁶ CJCE 9.2.2006, O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA, aff. C-127/04, Rec. 2006 I-01313, para. 32.

groupe de sociétés formant une unité économique, voire si le produit est considéré comme un déchet (qui n'entre pas dans une chaîne de recyclage). Dans ces hypothèses, le produit n'a pas (encore) la forme sous laquelle il sera offert au public puisqu'il doit encore faire l'objet de tests, de réparations, d'ajustements ou d'une élimination.

Exceptionnellement, et en s'inspirant de l'arrêt *Veedfald* (cf. supra p. 184 s.), le point de départ du délai de péremption peut coïncider avec l'utilisation par la victime du produit à l'origine du dommage. C'est le cas lorsque la victime doit se rendre dans la sphère du producteur pour utiliser un produit et qu'il n'existe pas de chaîne de distribution¹⁶⁷, par exemple un hôpital utilisant une substance défectueuse développée en ses murs pour traiter un organe à transplanter.

Le producteur réel d'une matière première ou d'une partie composante (art. 2 al. 1 let. a i.f. LRFP).

Pour le producteur réel d'une matière première ou d'une partie composante, le délai commence déjà à courir une fois que le processus de fabrication est terminé et que la matière première ou la partie composante est commercialisée dans la forme sous laquelle elle est offerte à ses utilisateurs, qui ne sont pas nécessairement les consommateurs finaux du produit¹⁶⁸. La mise en circulation a lieu dès ce moment-là, faute de quoi on soustrairait à la protection octroyée par la LRFP l'employé du producteur final qui subirait des lésions corporelles en utilisant une matière première ou un composant défectueux¹⁶⁹.

Toutefois, si un produit est le résultat d'intégrations successives de matières premières ou de produits composants, il nous semble que le délai de péremption de la créance en dommages-intérêts contre le producteur réel d'une matière première ou d'une partie composante doit également partir à des moments différents en fonction de la victime concernée. En effet, « *the form in which [the product] is offered to the public in order to be used or consumed* » varie selon le public, ce qui a une influence directe sur le moment de la mise en circulation du produit.

Prenons l'exemple d'un fabriquant de bracelets (de montre) défectueux qui vend son produit à une manufacture horlogère. La manufacture intègre ensuite le bracelet en tant que partie composante dans une montre et distribue enfin le produit fini. Pour l'employé de la manufacture qui assemble le brace-

¹⁶⁷ WERRO, *La péremption*, p. 580 ; CJCE 10.4.2002, *Veedfald* c. Arhus Amtskommune, aff. C-203/99, Rec. 2001 I-3569.

¹⁶⁸ BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 233. *Contra* : CHRISTEN, *Produkthaftung*, p. 127 et réf., qui font partir le délai au moment de la commercialisation du produit fini.

¹⁶⁹ HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 11 et 13 ad art. 5 LRFP et réf. ; *contra* CHRISTEN, *Produkthaftung*, p. 127 et réf.

let à la montre et qui pourrait être victime de lésions corporelles au sens de l'art. 1 al. 1 let. a LRFP, le délai de péremption doit débiter lorsque le fabricant de bracelets livre le bracelet à la manufacture car cette pièce est, conformément à la règle générale développée ci-dessus (cf. supra p. 186 s.), dans la forme dans laquelle le produit est offert à toutes les manufactures pour être utilisé, c'est-à-dire soit intégré à une montre, soit utilisé séparément comme pièce de rechange. En revanche, pour le consommateur qui a acheté la montre, le délai de péremption débute lorsque la montre assemblée a été mise en circulation, quel que soit le défendeur - producteur de bracelets ou manufacture horlogère - car, pour ce consommateur, la forme dans laquelle le produit est offert au public pour être utilisé et consommé est celui d'une montre assemblée.

Le producteur apparent (art. 2 al. 1 let. b LRFP).

Pour le producteur apparent, les règles sont les mêmes que pour le producteur réel : le délai commence à courir lorsque le produit n'est plus en fabrication mais est entré dans un processus de commercialisation sous la forme offerte au public aux fins d'être utilisé ou consommé. En principe, le délai de péremption du droit contre le producteur apparent débutera après celui applicable au producteur réel.

L'importateur (art. 2 al. 1 let. c LRFP).

Contrairement à ce qu'affirme le message de 1993 (cf. supra p. 184), ce n'est pas l'importation qui détermine le *dies a quo*, mais le moment où l'importateur perd le contrôle de la marchandise dans l'hypothèse où celle-ci revêt déjà la forme sous laquelle elle va être distribuée. Le point de vue du Conseil fédéral, suivi en cela par certains auteurs¹⁷⁰, est erroné : si on l'adoptait, l'importateur d'un produit non périssable pourrait réduire à sa guise, voire annihiler le délai effectivement à disposition du consommateur en conservant le produit dans ses stocks pendant plusieurs années avant de l'écouler.

Le fournisseur (art. 2 al. 2 LRFP).

Selon cette disposition, le fournisseur est soumis au même régime que le producteur lorsqu'il n'indique pas à la victime l'identité du producteur ou de l'importateur dans un délai raisonnable. Le délai de péremption commence donc à courir lorsque le fournisseur perd le contrôle du produit et que celui-ci se trouve commercialisé dans la forme sous laquelle il est offert au public pour être utilisé ou consommé.

¹⁷⁰ Eg., en droit européen, TASCHNER/FRIETSCH, *Produkthaftungsgesetz*, N 6 ad art. 7 Directive.

C. Sauvegarde du délai

1. Acte conservatoire : engagement d'une procédure judiciaire

L'art. 10 al. 2 LRFP précise que le « délai de péremption est respecté si une procédure judiciaire a été engagée contre le producteur avant l'expiration de ces dix ans ».

En pratique, la procédure judiciaire débutera le plus souvent par le dépôt, dans un bureau de poste suisse ou dans une boîte à lettres, d'une requête de conciliation adressée à l'autorité compétente (art. 62 CPC). En application partielle de l'art. 135 ch. 2 CO par analogie, le créancier pourrait aussi faire respecter le délai de péremption par le dépôt d'une demande en justice (si la tentative de conciliation n'a pas lieu ou si les parties y renoncent, cf. art. 198 s. CPC), par une exception devant un tribunal étatique ou arbitral (p. ex. une exception de compensation, cf. art. 120 ss CO) ou par une intervention dans la faillite du débiteur. En revanche, les actions figurant à l'art. 135 ch. 1 CO (reconnaissance de dette, constitution de gage ou fourniture de caution ; cf. ég. supra p. 172 s.) ou l'engagement de poursuites (cf. infra p. 183 ss) ne suffisent pas. Quelques aspects particuliers méritent un approfondissement :

a. Poursuites ?

Les poursuites permettent-elles de respecter le délai de péremption, par application analogique de l'art. 135 ch. 2 i.i. CO ? Cette question fait l'objet de controverses¹⁷¹.

La jurisprudence adopte une attitude nuancée. Dans certaines circonstances, le TF a admis que la notification d'un commandement de payer permettait de respecter le délai de péremption, en soulignant toutefois qu'il s'agissait d'hypothèses où la loi ne précisait pas quel était l'acte conservatoire à effectuer par le créancier¹⁷². Le TF a en revanche retenu que, « lorsque la loi le prévoit ou lorsque le droit en cause ne peut s'exercer qu'au moyen d'une action formatrice »¹⁷³, la péremption d'un droit ne peut être prévenue que par l'ouverture d'une action en justice. Dans d'autres circonstances, le TF a décidé que « lorsque le droit fédéral prévoit qu'un droit ne peut être sauvegardé que

¹⁷¹ FELLMANN, *Produktfehler*, N 23.159 ; HOLLIGER-HAGMANN, *Haftpflichtkommentar*, N 1 ad art. 10 PrHG ; MÜLLER, *Responsabilité civile*, N 476.

¹⁷² ATF 108 II 107, consid. 4, concernant l'ancien art. 181 al. 2 CO (« Il n'y a aucun motif d'interdire au créancier le recours direct aux voies d'exécution, puisque le droit suisse admet d'une manière générale l'ouverture et, à certaines conditions, la continuation d'une poursuite pour des créances qui ne sont pas constatées dans des titres exécutoires. En faisant notifier donc un commandement de payer avant l'expiration du délai de deux ans, le demandeur a conservé sa créance et échappé aux effets de la déchéance prévue à l'art. 181 al. 2 CO ») ; CHAPPUIS, *La péremption*, p. 132.

¹⁷³ ATF 108 II 107, consid. 4, concernant l'ancien art. 181 al. 2 CO.

par l'exercice d'une action ouverte dans un délai péremptoire, la notion d'ouverture d'action ressortit également au droit fédéral [...]. Les dispositions sur l'interruption de la prescription ne sont applicables que par analogie à la définition de l'acte interruptif de péremption, car il faut tenir compte de la teneur et du but de la norme enjoignant au demandeur d'agir en justice pour déterminer s'il a accompli l'acte qu'on peut attendre de lui pour sauvegarder son droit »¹⁷⁴.

Certaines opinions doctrinales admettent qu'une réquisition de poursuite ou que la notification d'un commandement de payer dans le délai de dix ans suffit à respecter le délai de péremption¹⁷⁵. Un argument en faveur de cette thèse serait que la notification d'une réquisition de poursuite détruit la confiance légitime du débiteur dans le maintien du *statu quo* juridique et que le délai de péremption n'a donc plus de raison d'être, vu que le débiteur sait que le créancier entend lui réclamer le montant mis en poursuite.

A notre avis toutefois, une poursuite ne suffit pas à sauvegarder le délai de péremption de l'art. 10 al. 2 LRFP, même si elle est suivie d'une procédure complète se terminant par une mainlevée définitive ou une action en reconnaissance de dette¹⁷⁶. Le respect du délai de péremption nécessite en effet l'introduction d'une action en justice¹⁷⁷. La lettre de la LRFP est claire : elle mentionne le fait qu'une procédure judiciaire doit avoir été engagée. Or une poursuite, sauf si elle débouche sur une action en reconnaissance ou en libération de dette, n'est pas une procédure judiciaire. L'office des poursuites ou des faillites ne saurait en outre être qualifié d'autorité judiciaire. Enfin, la reconnaissance de l'introduction d'une poursuite comme moyen apte à sauvegarder le délai de péremption de l'art. 10 LRFP irait à l'encontre des travaux préparatoires qui parlent de « procès en cours »¹⁷⁸.

L'opinion divergente défendue par CHAPPUIS¹⁷⁹, selon laquelle la notification d'un commandement de payer pourrait être de nature à sauvegarder le délai de péremption va à l'encontre du texte de la loi. De plus, le fait d'exiger la notification dans le délai du commandement de payer par l'office des poursuites (et pas uniquement l'envoi de la réquisition de poursuite par le créancier) porte atteinte à la sécurité du droit, dans la mesure où la sauvegarde du

¹⁷⁴ ATF 110 II 387, consid. 2b. CHAPPUIS, *La péremption*, p. 132.

¹⁷⁵ CHAPPUIS, *La péremption*, p. 133, qui mentionne que le commandement de payer doit être notifié durant le délai de péremption, une réquisition de poursuite ne suffisant pas ; HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 4 ad art. 10 LRFP, qui rajoute la condition que la victime soit en possession d'un titre de mainlevée et que la poursuite soit menée jusqu'au bout ; WERRO, *La péremption*, p. 577, qui ne parle toutefois que du droit commun à l'exclusion du droit de la LRFP.

¹⁷⁶ HOLLIGER-HAGMANN, *Management*, p. 232.

¹⁷⁷ FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, *Grundriss*, N 390 ; PLÜSS/JETZER, *Die Produkthaftpflicht*, N 206.

¹⁷⁸ FF 1992 V 422.

¹⁷⁹ CHAPPUIS, *La péremption*, p. 133.

délai dépend de la diligence de l'office des poursuites, sur laquelle le créancier n'a aucune emprise. Enfin, la jurisprudence citée par cette auteure à l'appui de son opinion – l'ATF 108 II 107 – concerne un délai de péremption pour lequel la loi ne prévoit pas précisément quel est le moyen conservatoire de droit (anc. art. 181 CO), contrairement à l'art. 10 al. 2 LRFPP qui exige expressément l'engagement d'une procédure judiciaire.

De même, lorsque WERRO¹⁸⁰ se fonde sur l'ATF 110 II 387 pour soutenir qu'un commandement de payer permettrait de respecter un délai de péremption, il sous-entend que l'ATF cité étend la notion d'ouverture d'action à tous les moyens d'interruption de l'art. 135 CO. A notre avis, l'arrêt en question n'a pas cette portée : il confirme simplement que la notion d'ouverture d'action (permettant de respecter le délai de péremption de l'art. 706 al. 4 CO) est la même que celle mentionnée à l'art. 135 ch. 2 CO et qu'elle englobe aussi bien le dépôt d'une demande en justice que l'introduction d'une requête de conciliation, à l'exclusion des mesures provisoires contenant des conclusions différentes¹⁸¹. En revanche, le TF n'étend pas la notion d'ouverture d'action à tous les moyens énoncés dans l'art. 135 ch. 2 CO, en particulier pas aux poursuites.

Notre point de vue correspond à celui exprimé par la Cour d'appel civile neuchâteloise dans un arrêt du 8 mars 2016, dans lequel les juges ont rejeté qu'une poursuite intentée le dernier jour du délai de péremption soit de nature à le sauvegarder¹⁸². A l'appui de cette décision, le tribunal se réfère au message qui précise que la péremption n'intervient pas si un procès contre le producteur est en cours¹⁸³. Or, la Cour indique que la réquisition de poursuite ne constitue pas un préalable permettant de faire valoir une créance pécuniaire ; en revanche, la requête de conciliation est un acte d'ouverture d'action en matière de responsabilité du fait des produits (art. 197 CPC), dans la mesure où ni les exceptions de l'art. 198 CPC ni les possibilités de renonciation selon l'art. 199 CPC ne trouvent application. La requête de conciliation est assimilée à une introduction d'instance (art. 62 CPC)¹⁸⁴.

En résumé, bien que le législateur eût en théorie pu tout à fait prévoir qu'une poursuite constitue un acte conservatoire de péremption, il n'a pas retenu cette option pour l'art. 10 al. 2 LRFPP, en exigeant l'engagement d'une procédure judiciaire. Ce n'est pas au juge d'étendre la portée de ce choix clair.

¹⁸⁰ WERRO, *La péremption*, p. 577.

¹⁸¹ ATF 110 II 387, consid. 2b.

¹⁸² CACIV.2015.8, consid. 3.

¹⁸³ FF 1992 V 422.

¹⁸⁴ BOHNET/HALDI/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, *Code de procédure civile commenté*, N 8 ad art. 197 CPC.

b. *Requête de conciliation*

Le dépôt d'une requête de conciliation est-il suffisant pour respecter le délai de péremption ou faut-il poursuivre la procédure au-delà avec le dépôt d'une demande (*en allemand : prosequieren*) si la conciliation n'aboutit pas ?

L'ouverture d'action permet certes de respecter le délai de péremption. La jurisprudence constante du TF retient que le délai de péremption est respecté par l'introduction d'une requête de conciliation à condition qu'après l'échec de la conciliation, l'action soit introduite et poursuivie devant le tribunal compétent¹⁸⁵. En effet, si le créancier était autorisé à ne pas poursuivre son action après avoir obtenu l'autorisation de procéder (art. 209 CPC) et pouvait réintroduire une nouvelle requête de conciliation bien plus tard, cela irait à l'encontre du but de l'institution de la péremption, qui vise notamment à sanctionner l'inaction du titulaire du droit (cf. supra p. 166).

Dans la LRFP, le créancier resterait certes limité par l'art. 9 LRFP qui lui imposerait d'interrompre régulièrement le délai de prescription. Toutefois, un traitement uniforme de l'institution de la péremption dans l'ordre juridique s'impose à notre avis au regard de la nécessité ou non de poursuivre l'action par le dépôt d'une demande suite à l'échec de la conciliation. Si l'on admettait que l'ouverture d'une action sans procéder avec le dépôt d'une demande suffisait à respecter un délai de péremption, cela entraînerait des effets contraires au but de l'institution, en particulier pour les lois qui ne prévoient qu'un délai de péremption sans prescription (p. ex. art. 20 al. 1 LRFCF). En effet, le choix de la péremption vise à durcir le régime des délais alors que, s'il l'on retenait l'absence d'obligation de poursuivre le procès, il allégerait en n'imposant au créancier de sauvegarder le délai une seule fois sans ne plus devoir ensuite l'interrompre à intervalles réguliers.

c. *Délai de grâce*

Le créancier bénéficie-t-il d'un délai de grâce pour le cas où la requête de conciliation est déposée devant une autorité incompétente ou selon la fausse procédure juste avant l'expiration du délai de péremption ? A notre avis, le délai de péremption est respecté si les conditions de l'art. 63 CPC sont remplies ; la litispendance est maintenue¹⁸⁶. L'acte introductif d'instance irrecevable pour cause d'incompétence peut être réintroduit devant l'autorité compétente dans le mois qui suit la déclaration d'irrecevabilité et l'instance est alors réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte.

¹⁸⁵ ATF 135 III 489, consid. 3.1 et réf., JT 2010 I 181 ; ATF 133 III 645 consid. 5.4, SJ 2008 I 133.

¹⁸⁶ Du même avis, HESS, *Produktehaftpflichtgesetz*, N 8 ad 10 LRFP ; HOLLIGER-HAGMANN, *Management*, p. 235 ; WERRO, *La péremption*, p. 577. *Contra* : ALLIMANN, *La péremption*, N 1444.

d. Rapport entre codébiteurs

Le fait de sauvegarder la péremption pour un débiteur vaut-il également pour les autres débiteurs solidaires selon l'art. 7 LRFP ? La réponse doit être positive : l'ouverture de l'action dans le délai de péremption a pour effet d'éviter la déchéance de la créance pour tous les débiteurs solidaires, même s'ils ne sont pas défendeurs à l'action. Cette règle repose sur l'art. 7 LRFP, qui prévoit la solidarité, et sur une application par analogie de l'art. 136 al. 1 CO¹⁸⁷.

2. Fardeau de la preuve

L'art. 10 al. 1 LRFP prévoit que les « prétentions s'éteignent » si le lésé n'engage pas une procédure judiciaire. Par conséquent, la péremption est un fait destructeur (*rechtsvernichtende Tatsache*), car la prétention du créancier existe tant que la péremption n'est pas acquise¹⁸⁸. Vu cette qualification, le fardeau de la preuve du début et de la fin du délai repose sur le producteur, qui supportera les conséquences de l'absence de preuves ou du fait que le degré de la preuve exigé n'est pas atteint.

D. Application du délai de droit pénal (selon l'art. 60 al. 2 CO) ?

En lien avec la prescription (cf. supra p. 179 s.), la doctrine dominante et au moins une jurisprudence cantonale sont d'avis que, si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée que celle de l'art. 9 LRFP, le délai extraordinaire de prescription de l'art. 60 al. 2 CO s'applique, par renvoi de l'art. 11 al. 1 LRFP. On peut se demander s'il en va de même pour la péremption lorsque le délai prévu par le droit pénal dépasse dans le cas concret celui de l'art. 10 LRFP.

En 2000, le TF a eu l'occasion d'examiner l'application par analogie de l'art. 60 al. 2 CO à la péremption en matière de responsabilité de la Confédération (art. 20 al. 1 LRCP)¹⁸⁹. Le TF a retenu que le législateur aurait inclus un renvoi exprès à l'art. 60 al. 2 CO s'il avait souhaité que ces règles s'appliquent, parce qu'il l'a fait expressément dans d'autres dispositions (art. 9 al. 1 et art. 23 al. 2 LRCP). A défaut de renvoi, le régime de la péremption est donc réglé exhaustivement dans la LRCP. Même si une telle interprétation systématique

¹⁸⁷ HESS, *Produkthaftpflichtgesetz*, N 6 ad art. 10 LRFP.

¹⁸⁸ Ég. BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 235 et réf. D'un avis apparemment différent, cf. ATF 118 II 142, consid. 3a, JdT 1993 I 300, qui qualifie le délai d'avis des défauts de l'art. 370 CO de fait générateur (*rechtsbegründende Tatsache*, ce qui est encore défendable selon la lettre l'art. 370 CO), mais qui ensuite élargit de manière erronée cette affirmation à tous les délais de péremption (« *Für die Einhaltung einer Verwirkungsfrist trägt jedoch stets der das Recht Ausübende die Beweislast* »). A ce sujet, cf. CHAIX, *CR-CO I*, N 33 s. ad art. 367 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 2164 ss ; PICHONNAZ, *DC 2013*, 124 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 728, 3831 et réf.

¹⁸⁹ ATF 126 II 145, consid. 4.b.bb, JdT 2003 I 70.

n'est pas possible pour la LRFP, nous sommes d'avis que l'art. 60 al. 2 CO ne s'applique pas. En effet, cette disposition concerne les délais de prescription et non de péremption. Par conséquent, une application par analogie nécessiterait un renvoi exprès à l'art. 60 al. 2 CO. Il s'agit donc vraisemblablement d'un silence qualifié, raison pour laquelle le renvoi figurant à l'art. 11 al. 1 LRFP n'y change rien.

E. Appréciation critique

Le régime de la péremption retenu à l'art. 10 LRFP ne va pas sans poser de nombreux problèmes.

Premièrement, il n'est pas certain que le régime de la péremption soit bien adapté aux actions en dommages-intérêts en droit de la responsabilité civile et il doit à notre avis demeurer l'exception. En particulier, lorsqu'un dommage est évolutif, le délai de péremption peut forcer une victime à devoir ouvrir action alors que son préjudice n'est pas stabilisé et qu'elle ne dispose pas des éléments de preuve lui permettant de l'établir.

Deuxièmement, lorsqu'une loi de responsabilité civile prévoit la péremption d'un droit, le délai court en principe dès le fait dommageable ou dès la connaissance du dommage (p. ex. art. 20 LRCP). En choisissant le moment de la mise en circulation pour le départ du délai de l'art. 10 LRFP, le législateur a introduit deux difficultés supplémentaires. D'une part, la notion de mise en circulation n'est pas simple à concrétiser. D'autre part, lorsqu'un consommateur final se trouve pour la première fois en contact avec un produit défectueux, on ne peut exclure que le délai de péremption soit déjà largement, voire totalement écoulé, en raison du temps passé par le produit dans la chaîne de distribution. Il en va de même lorsque le dommage apparaît de manière différée dans le temps (cf. infra p. 196 s.).

Troisièmement et sans tenir compte des deux critiques précédentes, le fait d'avoir un délai de péremption avec un *dies a quo* absolu est sévère pour le créancier et offre au débiteur une protection généreuse, que d'autres n'ont pas hésité à qualifier d'exorbitante¹⁹⁰.

Par conséquent, le régime de la péremption n'est pas adapté à la LRFP et devrait être abandonné. Une telle démarche ne serait pas contraire à la Directive 85/374, puisque même nos voisins allemand et autrichien ont adopté un régime se rapprochant de la prescription absolue lors de la transposition de la Directive européenne¹⁹¹. La révision du droit de la prescription serait une oc-

¹⁹⁰ WERRO, *La péremption*, p. 578 ; CHAPPUIS, *La péremption*, p. 118.

¹⁹¹ A ce sujet, cf. HESS, *Produkthaftpflichtgesetz*, N 2 ad art. 10 LRFP, qui mentionne pour l'Allemagne, le § 13 Produkthaftpflichtgesetz et pour l'Autriche, le § 13 Produkthaftpflichtgesetz.

casation rêvée de faire évoluer la question des délais dans le droit de la responsabilité du fait des produits, mais le législateur n'en prend apparemment pas la direction¹⁹².

V. Questions choisies

A. Prescription ou péremption en cas de prétentions concurrentes

La créance en dommages-intérêts découlant de la loi sur la responsabilité du fait des produits peut concourir tant avec une prétention contractuelle¹⁹³ en réparation d'un dommage consécutif au défaut qu'avec une prétention en dommages-intérêts délictuelle¹⁹⁴ fondée sur les art. 41 ss CO (cf. art. 11 al. 1 LRFP)¹⁹⁵. La créance en dommages-intérêts qui découle de la LRFP – et elle seule – se prescrit et se périmé selon les dispositions spéciales des art. 9 et 10 LRFP, sans que les dispositions légales du contrat de vente ou d'entreprise sur l'acceptation de l'ouvrage (art. 201 et 370 CO) et sur la prescription des droits de garantie (art. 210 et 371 CO) ne s'appliquent à cette créance¹⁹⁶. Les responsabilités fondées sur la législation spéciale¹⁹⁷ (surtout la responsabilité objective simple ou aggravée) ne sont pas explicitement réservées dans l'art. 11 al. 1 LRFP, mais par l'alinéa 2 de cette disposition : « Les prétentions en dommages-intérêts conférées à la victime par le code des obligations ou par d'autres lois fédérales ou de droit public cantonales sont réservées ». Ces prétentions se prescrivent ou se périmé selon les dispositions spéciales qui leurs sont réservées et non selon les art. 9 et 10 LRFP.

B. Remise en question du régime des art. 9 et 10 LRFP par la Cour EDH

Dans son arrêt Moor du 11 mars 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Suisse pour la violation de l'art. 6 § 1 CEDH qui garantit le droit à un procès équitable¹⁹⁸. L'affaire concerne un ouvrier exposé à l'amiante durant les années soixante et septante et décédé en 2005 d'un cancer

¹⁹² Alors que l'avant-projet envisageait encore de transformer le délai de l'art. 10 LRFP en délai de prescription absolu, le projet du Conseil fédéral renonce à un tel changement (FF 2014 221 ; cf. ég. infra p. 198).

¹⁹³ ALLMANN, *La péremption*, N 1073 ; BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 232 ; CARRON/FÉROLLES, *Domage*, p. 148 et 149 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, § 21 N 55.

¹⁹⁴ BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 232.

¹⁹⁵ HONSELL/ISENRING/KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, § 21 N 54 ss ; GAUCH, *Der Werkvertrag*, N 2361 et réf.

¹⁹⁶ GAUCH, *Der Werkvertrag*, N 2361.

¹⁹⁷ BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 232 ; WERRO, *La péremption*, p. 569 s.

¹⁹⁸ Arrêt Cour EDH 41072/11 du 11 mars 2014 *Moor et autres contre Suisse*, para. 70 s.

diagnostiqué en 2004. Les tribunaux suisses avaient rejeté les actions en dommages et intérêts de l'épouse et des deux enfants à l'encontre de l'employeur et de la SUVA, ayant considéré que celles-ci étaient prescrites et périmées.

La CEDH a d'abord constaté qu'il était prouvé scientifiquement que les délais absolus de prescription ou de péremption du droit suisse s'écoulaient totalement avant que le dommage ne soit éprouvé par les victimes et donc avant que celles-ci n'aient pu avoir objectivement connaissance de leurs droits. Les juges européens en déduisent que l'application de ces délais constitue une limitation excessive au droit de bénéficier d'un procès équitable au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, puisque les victimes seront systématiquement déboutées en Suisse en raison de la prescription ou de la péremption¹⁹⁹.

Pour respecter cette jurisprudence, le TF renonce actuellement à appliquer les délais de péremption et de prescription absolus du droit suisse et traite ces créances en ignorant totalement ces dispositions, ce qui est insatisfaisant²⁰⁰.

Au regard de cette jurisprudence, l'application de l'art. 10 LRFP est très problématique²⁰¹. Si l'on a affaire à des dommages différés en raison d'un produit défectueux du même type que l'amiante, il est hautement vraisemblable que le juge devra respecter l'arrêt Moor et renoncer à appliquer ce délai²⁰².

C. LRFP et la révision du droit de la prescription

Le droit de la prescription fait actuellement l'objet d'un projet de révision. Le Conseil fédéral a soumis à l'Assemblée fédérale un projet de loi et son message le 29 novembre 2013. Le Conseil national s'en est saisi en premier et s'est prononcé à son propos le 25 septembre 2014, puis le Conseil des Etats s'est prononcé le 15 décembre 2015. L'élimination des divergences est actuellement en cours. Alors que la commission des affaires juridiques du Conseil national propose de classer le projet de loi²⁰³, son homologue du Conseil des Etats maintient que la révision du droit de la prescription est nécessaire²⁰⁴. Les deux commissions ne s'étant pas accordées sur le classement du projet, la suite de l'élimination des divergences interviendra avec la reprise du dossier par le Conseil national.

¹⁹⁹ Arrêt CourEDH 41072/11 du 11 mars 2014 *Moor et autres contre Suisse*, para. 74 s.

²⁰⁰ ATF 142 I 42, consid. 2.

²⁰¹ Cf. déjà BORSARI, *Schadensabwälzung*, p. 232 ; WERRO, *RC*, N 686, WERRO/CHAUMONTET, *Produktehaftpflicht*, p. 453.

²⁰² Encore d'un autre avis, avant la jurisprudence Moor, HOLLIGER/HAGMANN, *Management*, p. 234.

²⁰³ Communiqué de presse du 4 septembre 2017 (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2017-09-04.aspx>).

²⁰⁴ Communiqué de presse du 27 octobre 2017 (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-10-27.aspx>).

Dans son message du 29 novembre 2013, le Conseil fédéral a proposé de faire passer le délai relatif de prescription des prétentions qui découlent d'un acte illicite (art. 60 al. 1 P-CO) ou d'un enrichissement illégitime de un à trois ans²⁰⁵. Le projet prévoit un délai de prescription absolu de trente ans en cas de dommage corporel (art. 60 al. 1bis P-CO)²⁰⁶, ainsi que la suppression de l'art. 128 CO²⁰⁷.

Le Conseil national a ramené le délai absolu de prescription à vingt ans en cas de lésion corporelle ou mort d'homme (art. 60 al. 1bis P-CO et 128 P-CO), a maintenu l'art. 128 CO dans sa teneur actuelle et a introduit un nouvel art. 139 CO pour la prescription de l'action récursoire après un délai de trois ans à compter du jour où le créancier a été indemnisé et où le codébiteur est connu²⁰⁸.

Le Conseil des Etats a réduit encore le délai de prescription absolu en cas de lésion corporelle ou mort d'homme à dix ans, et a maintenu le délai relatif de prescription de trois ans pour les prétentions qui découlent d'un acte illicite²⁰⁹. Il a en outre introduit une nouvelle disposition transitoire à l'art. 49a du Titre final du CC autorisant une clause spéciale concernant l'amiante dont la teneur est très alambiquée²¹⁰. A cet égard il convient de relever que, tandis que l'avant-projet prévoyait de modifier les délais de la LRFP, le projet y renonce en raison de leur origine européenne²¹¹. Ce *statu quo* ne répond toutefois pas aux exigences imposées par l'arrêt Moor...

²⁰⁵ Message relatif à la modification du code des obligations, du 29 novembre 2013, FF 2014 237.

²⁰⁶ FF 2014 237.

²⁰⁷ FF 2014 243.

²⁰⁸ BO CN 2014, p. 1787 ss ; cette formule reprend la proposition de Franz WERRO et Maxence CARRON dans leur contribution intitulée *La révision du droit de la prescription*, in : Werro Franz / Probst Thomas (édit.), Journée du droit de la circulation routière 2014, Berne 2014, p. 46.

²⁰⁹ BO CE 2015, p. 1294 ss.

²¹⁰ BO CE 2015, p. 1300 ss ; cf. les explications de KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Neues Verjährungsrecht? Bericht zur laufenden Verjährungsrechtsrevision*, in : Fellmann Walter / Weber Stephan (édit.), *Haftpflichtprozess 2016*, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 71 s.

²¹¹ FF 2014 249 s.

VI. Liste des ouvrages cités

- AEPLI VIKTOR, Art. 114 – 126 OR, *Das Erlöschen der Obligationen*, in : Gauch Peter (édit.), *Zürcher Kommentar das Obligationenrecht*, Zurich 1991 (cité : AEPLI, ZK).
- ALLIMANN BAPTISTE, *La péremption – Etude en droit privé suisse*, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : ALLIMANN, *La péremption*).
- BERTI STEVEN, Art. 114 – 126 OR, *Das Erlöschen der Obligationen*, in : Gauch Peter (édit.), *Zürcher Kommentar das Obligationenrecht*, Zurich 1991 (cité : BERTI, ZK).
- BOHNET FRANÇOIS, *Les exceptions en procédure civile suisse*, in : Bohnet François (édit.), *Procédure Civile Suisse: Les grands thèmes pour les praticiens*, CEMAJ – Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2010 (cité : BOHNET, *Exceptions*).
- BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BOHNET, *Procédure civile*).
- BOHNET FRANÇOIS/HALDI JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011 (cité : Bohnet/Haldi/Jeandin/Schweizer/Tappy, *Code de procédure civile commenté*).
- BORSARI ANDREAS E., *Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)*, thèse Zurich, Zurich 1998 (cité : BORSARI, *Schadensabwälzung*).
- CARRON BLAISE, *Départ du délai pour contester un congé et théorie de la réception : une méthodologie (relativement) peu convaincante pour un résultat (absolument ?) convaincant*, in : Newsletter Bail.ch juillet 2014 (cité : CARRON, *Newsletter bail.ch juillet 2014*).
- CARRON BLAISE, *Absence ou vacances du locataire et départ du délai pour contester le congé*, in : Newsletter Bail.ch janvier 2017 (cité : CARRON, *Newsletter bail.ch janvier 2017*).
- CARRON BLAISE/FÉROLLES YANN, *Le dommage consécutif au défaut*, in : Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), *Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral – Colloque du droit de la responsabilité civile 2013*, Berne 2013, p. 69-91 (cité : CARRON/FÉROLLES, *Dommage*).
- CHAPPUIS CHRISTINE, *La péremption en droit de la responsabilité civile*, in : Werro Franz (édit.), *Le temps dans la responsabilité civile*, Berne 2007, p. 107-138 (cité : CHAPPUIS, *La péremption*).
- DÄPPEN ROBERT K., *Commentaire des articles 127 à 142 CO*, in : Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar*,

Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6^e éd., Bâle 2015 (cité : DÄPPEN, BSK OR I).

ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997 (cité : ENGEL, *Traité*).

FELLMANN WALTER, *Commentaire des articles 1 à 14 LRFP*, in : Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : FELLMANN, BSK OR I).

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I : Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Berne 2012 (cité : FELLMANN/KOTTMANN, *Haftpflichtrecht*).

FELLMANN WALTER/VON BÜREN-VON MOOS GABRIELLE, *Grundriss der Produkthaftpflicht*, Berne 1993 (cité : Fellmann/von Büren-von Moos, *Grundriss*).

GABRIEL DEBORA, *Commentaire de l'article 116 CO*, in : Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 6^{ème} éd., Bâle 2015 (cité : GABRIEL, BSK OR I).

GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 5^e éd., Zurich 2011 (cité : GAUCH, *Der Werkvertrag*).

GAUCH PETER, *Verjährungsunsicherheit. Ein Beitrag zur Verjährung privatrechtlicher Forderungen*, in : Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (édit.), *Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer*, Berne 2010, p. 239-252 (cité : GAUCH, *Verjährung*).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 2 tomes, 10^e éd., Zurich 2014 (cité : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*).

HESS HANS-JOACHIM, *Produkthaftpflichtgesetz (PrHG), Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993, Stämpflis Handkommentar*, 3^e éd., Berne 2016 (cité : HESS, *Produkthaftpflichtgesetz*).

HOHL FABIENNE, *L'avis des défauts de l'ouvrage : fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation*, in : RFJ 1994, p. 235 (cité : HOHL, *L'avis des défauts de l'ouvrage*).

HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, *Management der Produkthaftpflicht, ein Leitfaden für KMU, Grossunternehmen und die Advokatur*, Zurich 2001 (cité : HOLLIGER-HAGMANN, *Management*).

HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : HONSELL/ISENRING/KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*).

JEANDIN NICOLAS, *Commentaire de l'art. 120 CO*, in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand du code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : JEANDIN, CR-CO I).

- KLINGLER RAFAEL, *Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Bâle 2010 (cité : KLINGLER, *Die Eventualmaxime*).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht*, thèse, Fribourg 2003 (cité : KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Die Schuldanerkennung*).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *La prescription en pleine mutation, Quelques réflexions sur la prescription de l'action en dommages-intérêts*, in : SJ 2011 II, p. 1-28 (cité : KRAUSKOPF, *Prescription*).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/BITTEL EMMANUEL, *Der Adhäsionsprozess aus der Sicht des Haftpflichtrechts – Grundlagen und Gedanken zu Strategie und Taktik*, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Alexander Markus/Rodriguez Rodrigo (édit.), *Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren*, Berne 2014, p. 21-43 (cité : KRAUSKOPF/BITTEL, *Adhäsionsprozess*).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/JEANNERET YVAN, *La prescription civile et pénale*, in : Chappuis Christine/Winiger Bénédicte (édit.), *Responsabilité civile Responsabilité pénale, Journée de la responsabilité civile 2014*, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 137-173 (cité : KRAUSKOPF/JEANNERET, *Prescription*).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/WIRZ CHIARA IMELDA, *Rechtsbegehren im Haftpflichtrecht*, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander/Rodriguez Rodrigo (édit.), *Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren : Theoretische Fragen, praktische Antworten*, Berne 2016, p. 30-66 (cité : KRAUSKOPF/WIRZ, *Rechtsbegehren*).
- MARKOVITS YVAN, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris 1990 (cité : MARKOVITS, *La directive*).
- MCDUGALL ARUNDEL/MCGREGOR ANDY, *Interpretation of the Product Liability Directive*, Bruxelles 2006 (cité : MCDUGALL/MCGREGOR, *Interpretation*).
- MORET SÉBASTIEN, *Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich 2014 (cité : MORET, *Aktenschluss*).
- MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, *Responsabilité civile*).
- PICHONNAZ PASCAL, *Commentaire des articles 127 à 142 CO*, in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand du code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : PICHONNAZ, *CR-CO I*).
- PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ/HURNI BÉATRICE, *Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen*, in : Epiney Astrid/Fasnacht Tobias (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2010/2011*, Berne 2011, p. 203-250. (cité : PICHONNAZ/WERRO/HURNI, *Reflet de jurisprudence*).
- PIOTET DENIS, *Commentaire de l'art. 116 CO* in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand du code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : PIOTET, *CR-CO I*).

- PLÜSS ADRIAN/JETZER ROLF P., *Die Produkthaftpflicht, ein Handbuch für die Praxis*, Zurich 1999 (cité : PLÜSS/JETZER, *Produkthaftpflicht*).
- REETZ PETER/HILBER SARAH, *Commentaire des art. 308-318 CPC* in : Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : REETZ/HILBER, *ZPO Komm.*).
- REY HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich 2014 (cité : REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*).
- SCHALLER JEAN-MARC, *Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht*, thèse, Zurich 2010 (cité : SCHALLER, *Einwendungen*).
- SCHENKER FRANZ/HAUSER PETRA, *Auswirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf die zivilrechtliche Haftung*, in : Bühler Theodor/Killias Martin (édit.), *Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit*, Zurich 2013, p. 95-122 (cité : SCHENKER/HAUSER, *Auswirkungen*).
- SCHÖBI FELIX, *Unverjährbarkeit, Die Bedeutung von Art. 123b BV für das Haftpflichtrecht*, in : Fuhrer Stephan (édit.), *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Zurich 2010, p. 519-529 (cité : SCHÖBI, *Unverjährbarkeit*).
- SEILER BENEDIKT, *Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : SEILER, *Die Berufung*).
- STAEHELIN ADRIAN, *Commentaire des art. 124-149 CPC*, in : Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : STAEHELIN, *ZPO Komm.*).
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Le titre préliminaire du Code civil*, 2^e éd., Bâle 2009 (cité : STEINAUER, *Titre préliminaire*).
- TASCHNER HANS CLAUDIUS/FRIETSCH EDWIN, *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie*, 2^e éd., Munich 1990 (cité : TASCHNER/FRIETSCH, *Produkthaftungsgesetz*).
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*).
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*).
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand du code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : AUTEUR, *CR-CO I*).
- WALTER HANS PETER/HURNI CHRISTOPH, *Zum Verjährungsverzicht während laufender Verjährung, Plädoyer für die Akzeptanz der bundesgerichtlichen Recht-*

sprechung - BGE 132 III 226, in : *Revue de l'avocat* 2007, p. 284 ss (cité : WALTER/HURNI, *Verjährungsverzicht*).

WERRO FRANZ, *La péremption dans la loi sur la responsabilité du fait des produits*, in : *Droit de la consommation : liber amicorum Bernd Stauder*, Baden-Baden 2006, p. 567-585 (cité : WERRO, *La péremption*).

WERRO FRANZ/CHAULMONTET SEBASTIEN, *Produktehaftpflicht*, in : Kramer Ernst A. (édit.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, Bâle 2008, p. 409-462 (cité : WERRO/CHAULMONTET, *Produktehaftpflicht*).

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

ANNE-CHRISTINE FORNAGE*

Table des matières

Introduction.....	206
I. Les fondements de la surveillance.....	207
A. Du contrôle final du produit à la responsabilité pour défaut de sécurité légitime.....	207
B. De la reconnaissance jurisprudentielle d'un devoir de surveillance à son ancrage législatif.....	208
C. De la surveillance sectorielle à la surveillance générale des produits de consommation.....	210
II. Les mesures de surveillance.....	212
A. Les responsables de la mise en œuvre.....	212
B. Le contenu des mesures.....	213
C. Le point de départ et d'achèvement des mesures.....	215
III. Les rapports entre la surveillance après la mise sur le marché et le droit de la responsabilité civile.....	218
A. Les rapports avec le droit commun de la responsabilité civile.....	218
B. Les rapports avec la LRFP.....	221
C. La reconnaissance nécessaire du concours des responsabilités.....	223
Conclusion.....	224
Ouvrages cités.....	226

* Professeure à l'Université de Lausanne.

Je remercie le Professeur Pierre Wessner pour sa bienveillante relecture de cette contribution dans une première version.

Introduction

Le 5 mars 2015¹, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé dans l'affaire *Boston Scientific* que le producteur pouvait être tenu, en vertu de la Directive 85/374/CEE en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (ci-après : Directive 85/374/CEE)², d'assumer les coûts d'une opération chirurgicale pratiquée en vue de prévenir un dommage causé par un produit défectueux, à titre de « dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles »³. Elle a suivi par là les Conclusions de l'Avocat général, qui avait justifié son opinion en ces termes : « [r]econnaître le caractère réparable des dommages engendrés par des mesures destinées à prévenir un risque de dommage beaucoup plus grave est de nature à inciter les producteurs à améliorer la sécurité de leurs produits et à permettre d'atteindre un meilleur équilibre entre l'exigence d'indemnisation des victimes et l'objectif de prévention des dommages »⁴.

La reprise de la Directive 85/374/CEE dans la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits⁵ (ci-après : LRFP) pose la question de savoir si les tribunaux helvétiques s'adonneront à une interprétation eurocompatible de cet arrêt⁶. En raison de leur situation dans le temps, le droit suisse se montre en effet réticent pour l'heure à ranger les coûts de mesures préventives dans la catégorie du dommage réparable⁷. En l'occurrence, l'état de fait soumis à la Cour de justice révèle notamment que le producteur avait lui-même signalé la défaillance éventuelle de son produit, laquelle avait été mise en lumière par des mesures de surveillance consistant en des contrôles de qualité⁸. Cet élément nous incite à nous pencher sur les rapports existant entre la surveillance des produits après leur mise sur le marché et le droit de la responsabilité civile, en particulier la responsabilité du producteur. Les développements qui suivent, en passant par les fondements de la surveillance (I) et les mesures qui la

¹ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific*).

² Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210, p. 29.

³ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific*) consid. 55.

⁴ Conclusions de l'Avocat général Bot, consid. 74.

⁵ Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944).

⁶ Sur l'interprétation du droit suisse issu d'une reprise autonome du droit de l'Union européenne, cf. ATF 137 III 226 consid. 2.2; cf. ég. WERRO/HURNI, *Les prothèses*, p. 163 s.; CR CC I-WERRO, Art. 1 N 91 ss; STAUDER, *L'influence*, p. 75 ss.

⁷ De manière générale, sur l'indemnisation des mesures préventives en droit suisse, cf. CHAPPUIS, *Mesures préventives*, p. 172 ss; après le prononcé de l'arrêt *Boston Scientific*, cf. WERRO/TOLOU, *Le défaut*, p. 273 ss; BÜYÜKSAGIS, *Le défaut potentiel*, p. 14 ss; WIDMER LÜCHINGER, *Medizinproduktehaftung*, p. 388 ss, en particulier p. 391 ss; LA MÈME, *Fehlerbegriff*, p. 75 ss, en particulier p. 88 ss; PICHONNAZ/WERRO, *Un reflet*, p. 238 ss.

⁸ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific*), consid. 15 s.

composent (II), soulignent la dimension temporelle dans laquelle s'inscrivent ces rapports (III).

I. Les fondements de la surveillance

La surveillance des produits trouve son origine dans la reconnaissance du besoin de protection contre les dangers de la production industrielle. Cette reconnaissance avait déjà conduit le Tribunal fédéral à revoir dans les années 80 l'interprétation traditionnelle de l'art. 55 CO en matière de besoin de protection des victimes de produits défectueux, obligeant désormais le producteur à un contrôle final du produit⁹. Elle s'est ensuite orientée vers une responsabilité pour absence de sécurité légitime (A). Au début des années 2000, la reconnaissance du besoin de protection a conduit le Tribunal fédéral à admettre l'existence d'un devoir de surveillance postérieur à la mise sur le marché du produit. Le législateur s'en est fait l'écho (B), d'abord dans des lois sectorielles, puis dans une loi générale (C).

A. Du contrôle final du produit à la responsabilité pour défaut de sécurité légitime

Dans le célèbre arrêt de la boucle de suspension incrustée dans une armature en béton qui cède et blesse un ouvrier, les juges de Mon-Repos avaient remis en cause les preuves libératoires de l'art. 55 CO¹⁰ en exigeant du producteur qu'il procède à un contrôle final de ses produits de façon à préserver les tiers de tout dommage¹¹. Lorsqu'un tel contrôle n'est pas possible, le producteur doit choisir un mode de production plus sûr¹². A défaut, il répond de son manque de diligence¹³.

L'entrée en vigueur de la LRFP le 1^{er} janvier 1994 a marqué une étape supplémentaire vers la reconnaissance du besoin de protection contre les dangers de la production industrielle. La responsabilité du producteur est admise du fait du seul défaut d'un produit¹⁴, le défaut consistant précisément en l'absence de sécurité à laquelle « on » peut légitimement s'attendre (art. 4 al. 1 LRFP). Le moment de la mise en circulation des produits est fondamental dans l'examen de cette responsabilité. Le producteur peut d'abord s'exonérer,

⁹ ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378.

¹⁰ MÜLLER, Neueste, p. 126; WERRO, La responsabilité civile, N 538 et les réf. note 764.

¹¹ ATF 110 II 456 consid. 3a, JdT 1985 I 378.

¹² ATF 110 II 456 consid. 3b, JdT 1985 I 378.

¹³ WERRO, La responsabilité civile, N 539 et 573; LRFP-HESS, I. Teil N 112 s.; BÜHLER, Die Produktsicherheit, p. 138 s.

¹⁴ WERRO, La responsabilité civile, N 579; LRFP-HESS, Art. 1 N 20.

nonobstant le dommage, en démontrant que le produit n'était pas en circulation (art. 5 al. 1 let. a LRFP). Le législateur lui permet ensuite de se libérer en indiquant les circonstances propres à convaincre le juge d'une probabilité suffisante que le défaut n'existait pas au moment de la mise en circulation (art. 5 al. 1 let. b LRFP). Le producteur peut enfin établir que l'état des connaissances scientifiques et techniques lors de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler le défaut (art. 5 al. 1 let. e LRFP).

A l'instar de la Directive européenne dont elle s'inspire, la LRFP n'explicite pas davantage la notion de mise en circulation. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne permet toutefois de mieux en cerner les contours. Ainsi, un produit est mis en circulation lorsqu'il « est sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et qu'il est entré dans un processus de commercialisation dans lequel il se trouve en l'état d'être offert au public aux fins d'être utilisé ou consommé »¹⁵. Si de telles précisions ne suffisent pas à lever toutes les incertitudes sur ce moment¹⁶, la doctrine s'est montrée unanime quant au fait que la LRFP ne prévoit aucune obligation de suivi, de mise en garde voire même de rappel une fois le produit mis en circulation¹⁷.

B. De la reconnaissance jurisprudentielle d'un devoir de surveillance à son ancrage législatif

Il faut attendre deux décisions prononcées en 2006¹⁸, pour que le Tribunal fédéral reconnaisse expressément l'existence d'un devoir de surveillance du producteur, dans le prolongement du contrôle final que doit opérer l'employeur selon l'art. 55 CO. S'il n'a fait qu'évoquer ce devoir dans la première affaire¹⁹, le Tribunal fédéral l'a consacré dans la seconde. Cette dernière portait sur la réparation du préjudice réclamée par le fils d'une dame décédée après avoir respiré trop de gaz carbonique dans la chaufferie de son habitation. Selon la Haute Cour, les employés de l'entreprise de chauffage dépêchés sur place avant l'incident parce qu'un autre membre de la famille y avait perdu connaissance et que l'animal de compagnie, un canari, y avait été retrouvé sans vie, auraient dû vérifier que la chaudière présentait la sécurité nécessaire pour l'utilisation d'un chauffage au sol. A défaut, le Tribunal fédéral a jugé que l'employeur avait violé son devoir de surveillance²⁰.

¹⁵ CJUE, aff. C-127/04, ECLI:EU:C:2006:938 (O'Byrne).

¹⁶ WERRO, La responsabilité civile, N 693 ss; BSK-FELLMANN, Art. 5 N 5.

¹⁷ WERRO, La responsabilité civile, N 711; HONSELL/ISENRIG/KESSLER, *Haftpflichtrecht*, N 44; WIDMER, *Produktenhaftung*, p. 117; WERRO, La péremption, p. 583; WERRO/PALMER/HAHN, *Strict liability*, p. 441 ss.

¹⁸ TF, 25 janvier 2006, 4C.307/2005; TF, 29 mars 2006, 4C.139/2005.

¹⁹ TF, 25 janvier 2006, 4C.307/2005 consid. 2.4.

²⁰ TF, 29 mars 2006, 4C.139/2005 consid. 3.1.; SCHMIDT, *Produktrückruf*, p. 35.

Des avis doctrinaux antérieurs à ces décisions avaient déjà défendu l'idée que la responsabilité du producteur ne prenait pas fin avec la délivrance du produit²¹, un risque d'atteinte à un bien juridique protégé de façon absolue après ce moment lui imposant de prendre des mesures de surveillance pour lutter contre d'éventuels dangers²². La surveillance postérieure à la mise sur le marché découlerait ainsi de la création d'un état de choses dangereux²³ pouvant justifier l'application de l'art. 41 CO²⁴. Il s'agirait là d'une illustration du *Gefahrensatz*, principe selon lequel celui qui crée ou entretient un état de choses dangereux en ne prenant pas les mesures de protection nécessaires²⁵ peut être tenu pour responsable du préjudice qui en résulte²⁶. Nous y reviendrons²⁷.

Depuis le début des années 2000, des législations sectorielles sur les produits pharmaceutiques comme l'Ordonnance sur les dispositifs médicaux (ci-après : ODim)²⁸ ou celle sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ci-après : ODAIOUs)²⁹ contiennent des prescriptions à ce sujet³⁰. Le 1^{er} juillet 2010 marque par ailleurs l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la sécurité des produits (ci-après : LSPro)³¹. Ce texte résulte d'une reprise autonome de la Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits (ci-après : Directive 2001/95/CE)³². Il prévoit à son art. 8 une surveillance des produits postérieurement à leur mise sur le marché. La disposition légale n'a pas laissé indifférente la doctrine³³, qui y a vu jusqu'à l'ouverture d'une véritable boîte de Pandore³⁴.

²¹ SCHWENZER, Rückruf, N 1059; LRFP BSK-FELLMANN, Art. 4 N 18; FELLMANN/v. BÜREN-v. MOOS, N 345; RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Pflichten, p. 29 s.; WESSNER, Quelques propos, p. 74 note 38; ROBERTO, Le rappel, III/B/2/b.

²² LRFP BSK-FELLMANN, Art. 4 N 18; LRFP-HESS, Art. 4 N 44; REY, Haftpflichtrecht, N 957c.

²³ LRFP BSK-FELLMANN, Art. 4 N 18; RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Pflichten, p. 29 et 94 ss; CHRISTEN, Produkthaftung, p. 190 ss.

²⁴ HAEFELI/RUSCH, Klagen, p. 375; KLETT/BIELMANN, Produktesicherheit 2014, p. 83; dans ce sens, sans mentionner la disposition, WIDMER, Produkthaftung, p. 117; HOLLIGER-HAGMANN, Das Produktesicherheitsgesetz, p. 194.

²⁵ Comme dans les ATF 123 II 306 consid. 4a et 124 III 297 consid. 5b, JdT 1999 I 268; cf. ég. *infra* III/A.

²⁶ Sur ce principe cf. pour tous les autres REY, Ausservertragliches, N 753 ss; CHAPPUIS, La distinction, p. 87; WERRO, La responsabilité civile, N 350 ss.

²⁷ Cf. *infra* III/A.

²⁸ Ordonnance fédérale sur les dispositifs médicaux du 17 octobre 2001, RS 812.213: art. 14 et 15c.

²⁹ Ordonnance fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 23 novembre 2005, RS 817.02: art. 54.

³⁰ LRFP BSK-FELLMANN, Art. 4 N 18.

³¹ Loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits, RS 930.1.

³² JO L 11 du 15 janvier 2002, p. 4–17.

³³ Cf. notamment BÜHLER, La législation, p. 40 ss; BÜHLER, Auswirkungen, p. 45 ss; FELLMANN, Haftungsrisiken, p. 115, qui ont relevé les conséquences de la LSPro pour les différents acteurs du marché.

³⁴ HOLLIGER-HAGMANN, Das Produktesicherheitsgesetz, p. 186 ss.

C. De la surveillance sectorielle à la surveillance générale des produits de consommation

La surveillance prévue par la LSPro porte sur des produits dont la définition repose d'abord sur l'art. 2 al. 1 LSPro ; sont ainsi visées les choses mobilières. Même si l'art. 713 CC peut être utile dans la délimitation de l'objet mobilier, on ne saurait s'en contenter³⁵. Il ne faut voir dans la notion découlant des droits réels qu'un point de repère, puisque, au sens de la LSPro, tout bien meuble, même incorporé dans un immeuble, conserve sa qualité de produit (art. 2 al. 1 LSPro³⁶). L'interprétation de l'art. 4 al. 1 LRFP peut également s'avérer pertinente dans ce contexte, avec la précision que, contrairement à ce qui vaut en vertu de la LRFP, l'électricité n'est pas un produit au sens de la LSPro³⁷.

A l'art. 2 al. 1 LSPro, le législateur insiste par ailleurs sur le caractère « prêt à l'emploi » du produit. Le Message précise qu'il ne doit en effet pas s'agir d'objets en cours de fabrication, qui ne sont donc pas amenés à être manipulés comme un produit utilisable³⁸. Sont en revanche des produits prêts à l'emploi les pièces détachées qu'un utilisateur doit assembler, comme les appareils ménagers ou électroménagers (art. 2 al. 2 LSPro)³⁹. Il importe enfin en principe peu, comme cela découle de l'art. 2 al. 4 let. c LSPro, que le produit soit neuf ou d'occasion⁴⁰.

L'art. 8 LSPro a toutefois un champ d'application matériel plus restreint que celui de l'art. 2 LSPro. Seuls sont en effet visés les produits « destinés aux consommateurs ou susceptibles d'être utilisés également par les consommateurs dans des conditions raisonnablement prévisibles » (art. 8 al. 1 LSPro). Comme à l'art. 8 LCD, c'est la personne physique qui utilise un produit à des fins non professionnelles ou non commerciales qui est visée, et non uniquement le consommateur d'une prestation de consommation courante (art. 32 et 35 CPC, art. 114 et 120 LDIP)⁴¹.

Même si le caractère raisonnablement prévisible de l'usage privé se détermine du point de vue du producteur⁴², l'objectif de sécurité poursuivi par la LSPro implique d'opter en faveur d'une interprétation large de la notion de produits de consommation. Sont donc concernés les objets pouvant être utilisés à des fins mixtes, même s'ils sont destinés à une utilisation professionnelle

³⁵ Message LSPro, FF 2008 6798; FELLMANN, Produktesicherheitsgesetz, p. 113.

³⁶ TAF, 29.01.2016, C-4789/2013, consid. 2.2.

³⁷ BÜHLER, Die Produktsicherheit, p. 29.

³⁸ Message LSPro, FF 2008 6798.

³⁹ Message LSPro, FF 2008 6798.

⁴⁰ HOLLIGER-HAGMANN, Das Produktesicherheitsgesetz, p. 186 s.; BÜHLER, Die Produktsicherheit, p. 38.

⁴¹ FELLMANN, Haftungsrisiken, p. 118.

⁴² LSPRO-HESS, Art. 3 N 38 et Art. 8 N 8.

par le producteur, pour autant que l'usage privé n'apparaisse pas farfelu. On pense par exemple à des outils de jardinage ou de bricolage pouvant servir tant à des fins professionnelles qu'à des fins privées⁴³. La finalité mixte doit donc s'apprécier de manière plus large que dans l'arrêt Gruber⁴⁴, où seul un usage professionnel insignifiant permettait de prétendre à la qualité de consommateur. Nous partageons ainsi l'avis de certains⁴⁵ sur le vu du considérant 17 de la Directive 2011/83/UE du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (ci-après : Directive 2011/83/UE)⁴⁶, selon lequel une finalité professionnelle non prédominante peut être suffisante pour retenir un usage privé. Pour cette délimitation comme pour l'interprétation générale de la LSPro, le droit européen peut donc se révéler utile, le juge suisse ne pouvant pas faire l'économie de le consulter lorsqu'il doit interpréter cette loi⁴⁷, eu égard à la reprise autonome de la Directive 2001/95/CE⁴⁸.

Le produit « de consommation » de l'art. 8 al. 1 LSPro peut ainsi être un objet au sens de l'art. 2 al. 1 LSPro, comme un bien « usuel » au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ci-après : LDAI)⁴⁹. Outre une denrée alimentaire, il peut s'agir d'un vêtement, d'un textile ou d'un autre objet qui - par l'usage auquel il est destiné - entre en contact avec le corps (art. 5 let. b LDAI), voire d'un objet destiné aux enfants (art. 5 let. c LDAI), d'une bougie, d'une allumette, d'un briquet ou d'un autre article de farces et attrapes (art. 5 let. e LDAI) comme de certains objets et matériaux destinés à l'aménagement et au revêtement des locaux d'habitation (art. 5 let. f LDAI).

Cette énumération permet d'illustrer la difficulté de délimitation entre la LSPro en tant que loi générale et le droit sectoriel, l'enjeu résidant dans le fondement de la surveillance du marché. A l'instar de l'art. 8 LSPro, l'art. 54 ODAIOUs contient en effet des prescriptions en la matière, comme d'ailleurs les art. 58 ss de la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques (ci-après : LPTh)⁵⁰. Savoir si la surveillance découle de la LSPro ou du droit secto-

⁴³ LSPRO-HESS, Art. 3 N 38.

⁴⁴ CJUE, aff. C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32 (Gruber).

⁴⁵ REICH/MICKLITZ/ROTT/TONNER, *European Consumer Law*, N 1.37 et la note 183.

⁴⁶ Directive 2011/83/UE du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 304, 22.11.2011, p. 64 ss.

⁴⁷ BÜHLER, *La législation*, p. 46.

⁴⁸ Sur l'obligation du juge suisse en présence de droit repris: ATF 129 III 335 consid. 6 et 7, JdT 2003 II 75; ATF 137 III 226 consid. 3.3, JdT 2007 I 445 et *supra* note 6.

⁴⁹ Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 9 octobre 1992, RS 817.0.

⁵⁰ Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux, abrégée loi sur les produits thérapeutiques, RS 812.21.

riel suppose de déterminer dans quelle mesure les diverses législations poursuivent le « même but », le droit sectoriel ayant alors le pas sur la LSPro (art. 1 al. 3 LSPro). Comme l'art. 1 al. 1 LSPro vise à garantir la sécurité des produits, la comparaison doit porter sur le niveau de sécurité voulu par les différentes législations⁵¹. Les produits doivent ainsi présenter un risque nul ou minime pour la santé ou la sécurité des utilisateurs ou des tiers - les *innocent bystanders*⁵² - lorsqu'ils sont utilisés dans des conditions normales ou raisonnablement prévisibles (art. 3 al. 1 LSPro)⁵³. La LSPro s'applique en d'autres termes chaque fois que les exigences qu'elle pose concernant la surveillance postérieure à la mise sur le marché sont plus élevées que celles découlant de lois sectorielles⁵⁴.

II. Les mesures de surveillance

Avant d'examiner le contenu des mesures de surveillance (B) et leur point de départ et d'achèvement (C), nous allons nous intéresser aux personnes responsables de leur mise en œuvre (A).

A. Les responsables de la mise en œuvre

La surveillance des produits de consommation mis en circulation incombe en premier lieu au producteur « qui met sur le marché » le produit de consommation (art. 8 al. 2 LSPro). Conformément à l'art. 2 al. 4 LSPro, il peut s'agir du producteur réel comme du producteur apparent (let. a), le Message renvoyant à l'art. 2 al. 1 let. b LRFP sur ce point⁵⁵, ou du représentant du producteur à l'étranger, à savoir le plus souvent d'un importateur (let. b)⁵⁶. Dans le but d'atteindre un même niveau de sécurité, il convient d'interpréter la notion de producteur de la LRFP et de la LSPro dans la mesure du possible de manière uniforme⁵⁷. A côté du producteur (ou de l'importateur), d'autres acteurs jouent un rôle dans la surveillance du produit postérieurement à sa mise sur le marché. L'art. 8 al. 4 LSPro impose ainsi au distributeur un devoir de collaboration⁵⁸.

⁵¹ TAF, 17.05.2017, C_485/2016, consid. 2 « Enthalte ein Sektorerlass „(technische) Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen“ in Bezug auf bestimmte Risiken oder Risikokategorien, so habe dieser Sektorerlass Vorrang vor den „(technischen) Sicherheitsvorschriften“ des PrSG. Für Aspekte, welche das Sektorrecht nicht regle, bleibe das PrSG subsidiär immer anwendbar. ».

⁵² FELLMANN, Produktesicherheitsgesetz, p. 111; CHRISTEN, Produkthaftung, p. 36.

⁵³ FELLMANN, Haftungsrisiken, p. 113; WEY, Die Stellung, p. 36.

⁵⁴ WEY, Die Stellung, p. 37; d'un avis contraire: PFENNINGER/SCHILD, Anwendungsbereich, p. 31.

⁵⁵ Message LSPro, FF 2008 6796; BÜHLER, Die Produktsicherheit, p. 64.

⁵⁶ Message LSPro, FF 2008 6799; HOLLIGER-HAGMANN, Das Produktesicherheitsgesetz, p. 189.

⁵⁷ BÜHLER, Die Produktsicherheit, p. 64; LSPRO-HESS, Art. 2 N 39.

⁵⁸ Message LSPro, FF 2008 6807; LSPRO-HESS, Art. 8 N 35 ss.

Tout responsable de la mise sur le marché, à savoir non seulement le producteur et l'importateur, mais également le distributeur ou le prestataire de service, a en outre un devoir d'annonce aux autorités en vertu de l'art. 8 al. 5 LSPro⁵⁹, lorsqu'il constate ou a des raisons de penser que le produit risque de porter atteinte à la santé ou à la sécurité des utilisateurs ou des tiers⁶⁰. Ce devoir peut ainsi incomber à l'hôtelier qui offre un couteau de poche à son client en guise de souvenir⁶¹, étant précisé que la LSPro ne l'impose qu'à des professionnels, et non à des personnes privées, comme cela ressort des autres prescriptions en matière de sécurité découlant de cette loi⁶².

B. Le contenu des mesures

La surveillance des produits postérieurement à leur mise sur le marché vise à permettre l'identification (art. 8 al. 2 let. a LSPro) et la prévention (art. 8 al. 2 let. b LSPro) du risque pour la santé et la sécurité des consommateurs qui résulte d'une utilisation normale ou raisonnablement prévisible du produit⁶³. Ce risque doit être inexistant ou minime non seulement au moment de la mise sur le marché du produit (art. 3 al. 1 LSPro), mais également par la suite. L'appréciation de l'existence et de l'intensité du risque doit se faire selon les critères décrits à l'art. 3 LSPro et les prescriptions du Conseil fédéral auxquelles renvoie l'art. 4 LSPro⁶⁴. Le législateur détermine par ce biais la dangerosité d'un produit sans en référer aux attentes légitimes du consommateur, contrairement à ce qui vaut en matière de responsabilité du fait des produits (art. 4 al. 1 LRFP)⁶⁵. La LSPro adopte en effet une approche subjective tenant compte de la vulnérabilité que peuvent présenter certaines catégories de personnes comme les enfants ou les personnes âgées (art. 3 al. 3 LSPro)⁶⁶.

Pour identifier le risque du produit pour la santé et la sécurité, le producteur (ou l'importateur) doit examiner avec soin les plaintes des consommateurs (art. 8 al. 3 LSPro)⁶⁷. Il doit également adopter un comportement actif en s'informant notamment de l'avancée des connaissances scientifiques et tech-

⁵⁹ FELLMANN, *Haftungsrisiken*, p. 119; BRUNNER, *Die Rechtsbegriffe*, p. 63 ss, en particulier p. 71.

⁶⁰ LSPRO-HESS, Art. 8 N 38; FELLMANN, *Haftungsrisiken*, p. 120; BÜHLER, *Die Produktsicherheit*, p. 63.

⁶¹ FELLMANN, *Inhalt*, p. 7.

⁶² Message LSPro, FF 2008 6796.

⁶³ FELLMANN, *Nachmarktpflicht*, p. 79; BÜHLER, *La législation*, N 55.

⁶⁴ LSPRO-HESS, Art. 3 N 7 ss; BÜHLER, *Die Produktsicherheit*, p. 43 ss; pour une analyse critique de la notion: BÜYÜKSAGIS, *La relativité*, p. 32 ss.

⁶⁵ Critiques sur le critère de l'attente légitime: BÜYÜKSAGIS, *La relativité*, p. 32 ss; WERRO, *Droit européen*, p. 39 ss.

⁶⁶ BÜYÜKSAGIS, *La relativité*, p. 43.

⁶⁷ HESS-LRFP, Art. 4 N 46; RÖTHLISBERGER, *Zivilrechtliche Pflichten*, p. 24; SCHMIDT, *Produktrückruf*, p. 33.

niques dans le domaine du produit de consommation mis sur le marché⁶⁸. Il doit aussi observer le comportement des concurrents qui commercialisent des produits similaires⁶⁹ et continuer de suivre son propre produit lorsque ce dernier est combiné à d'autres produits⁷⁰. Le producteur (ou l'importateur) ne doit en outre pas ignorer les incidents rapportés par les médias, y compris en cas de mauvaise utilisation du produit⁷¹.

L'art. 8 al. 2 LSPro oblige le producteur (ou l'importateur) à prendre les « mesures appropriées », tant pour l'identification que pour la prévention des risques éventuels⁷². Le Message accompagnant la LSPro souligne que les résultats de l'identification doivent lui permettre de prendre les mesures de prévention en adéquation avec le « risque potentiel décelé »⁷³, en tenant compte des « normes d'assurance-qualité de la série SN EN ISO 9000 ss » et eu égard au « danger potentiel du produit et du nombre de produits mis sur le marché »⁷⁴. Cette appréciation dépend ainsi des circonstances du cas d'espèce. La réaction du producteur (ou de l'importateur) doit en d'autres termes être en adéquation avec le risque pour la santé et la sécurité des consommateurs⁷⁵. Elle peut s'inspirer de la liste de mesures énumérées à l'art. 8 al. 5 let. d LSPro et prendre la forme d'un avertissement, d'une interruption de vente, d'un rappel ou encore du retrait du marché⁷⁶. A noter que selon la Directive 2001/95/CE, cette dernière mesure vise « à empêcher la distribution et l'exposition d'un produit dangereux ainsi que son offre au consommateur » (art. 2 let. h) tandis que le rappel tend « à obtenir le retour d'un produit dangereux que le producteur ou le distributeur a déjà fourni au consommateur ou mis à sa disposition » (art. 2 let. g)⁷⁷.

L'art. 8 al. 4 LSPro s'adresse aussi au distributeur : celui-ci doit s'organiser⁷⁸ de façon à collaborer avec le producteur (ou l'importateur), en prenant par exemple connaissance des indications transmises et l'informant d'éventuelles réclamations ou insatisfactions formulées par les clients⁷⁹. Le devoir de surveillance du distributeur est donc moins étendu que celui du

⁶⁸ FELLMANN, Jusletter, N 25; RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Pflichten, p. 24; SCHMIDT, Produktrückruf, p. 33.

⁶⁹ SCHMIDT, Produktrückruf, p. 33; LRFP-HESS, Art. 4 N 54.

⁷⁰ SCHMIDT, Produktrückruf, p. 33 s.

⁷¹ Message LSPro, FF 2008 6808.

⁷² FELLMANN, Nachmarktpflicht, p. 89; BÜHLER, Die Produktsicherheit, p. 107.

⁷³ Message LSPro, FF 2008 6808.

⁷⁴ Message LSPro, FF 2008 6805; FELLMANN, Inhalt, p. 10.

⁷⁵ LSPRO-HESS, Art. 8 N 5 et 12 s.

⁷⁶ FELLMANN, Haftungsrisiken, p. 121; FELLMANN, Nachmarktpflicht, p. 90.

⁷⁷ FELLMANN, Nachmarktpflicht, p. 89 s.; BÜHLER, Die Produktsicherheit, p. 99.

⁷⁸ Message LSPro, FF 2008 6808.

⁷⁹ LSPRO-HESS, Art. 8 N 36.

producteur (ou de l'importateur) puisqu'il n'a pas à prendre des mesures d'identification ou de prévention au sens de l'art. 8 al. 2 LSPro. Cette différence s'explique dès lors que le producteur comme l'importateur sont en général les seules personnes disposant des connaissances nécessaires sur le produit et son caractère potentiellement dangereux⁸⁰. Le distributeur, comme les autres responsables de la mise sur le marché, on l'a dit, doit en outre se conformer au devoir d'annonce aux autorités de l'art. 8 al. 5 LSPro⁸¹.

C. Le point de départ et d'achèvement des mesures

1. Le point de départ

Le devoir de surveillance de l'art. 8 LSPro naît consécutivement à la mise sur le marché du produit « à des fins commerciales ou professionnelles » (art. 1 al. 2 LSPro), par opposition à la remise d'un produit entre personnes privées⁸², étant précisé que le caractère gratuit d'une transaction n'exclut pas la mise sur le marché⁸³. En vertu de l'art. 2 al. 3 LSPro, la mise sur le marché doit se comprendre comme la « remise » du produit. Le Message évoque les « formes les plus diverses de distribution, de remise ou d'utilisation d'un produit, que ce soit à titre onéreux ou gratuit, et indépendamment de la nature juridique de la transaction »⁸⁴.

Par rapport à la LRFP, qui ne contient pas d'indications quant à la notion de mise en circulation, l'art. 2 al. 3 LSPro constitue un progrès⁸⁵, puisqu'il précise qu'il y a remise du produit dans au moins quatre situations : l'usage propre d'un produit à des fins commerciales (let. a), l'utilisation d'un produit dans le cadre d'une prestation de services (let. b), la mise à disposition (let. c) telle qu'elle avait déjà été mentionnée dans l'arrêt *Veefald*⁸⁶, à savoir l'utilisation du produit au profit d'un tiers (comme la démonstration du produit ou son exposition dans une foire) ainsi que l'offre de mise sur le marché (let. d). Mais la LSPro ne permet pas au juge de faire l'économie de consulter la doctrine et la jurisprudence – suisse comme européenne⁸⁷ – en matière de res-

⁸⁰ BÜHLER, *Die Produktsicherheit*, p. 86; RÖTHLISBERGER, p. 46 ss.

⁸¹ LSPRO-HESS, Art. 8 N 40.

⁸² BÜHLER, *Die Produktsicherheit*, p. 60; LSPRO-HESS, Art. 2 N 18 ss.

⁸³ HOLLIGER-HAGMANN, *Produktesicherheitsgesetz*, p. 107 s.

⁸⁴ Message LSPro, FF 2008 6798.

⁸⁵ LSPRO-HESS, Art. 2 N 1.

⁸⁶ CJUE, aff. C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veefald*), consid. 14 ss.

⁸⁷ On pense là encore à l'arrêt *O'Byrne*, CJUE, aff. C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93 (*O'Byrne*), consid. 27; cf. ég. *supra* I/A.

ponsabilité du fait des produits, voire de s'en inspirer tout en ayant à l'esprit que la LSPro a un champ d'application plus large que la LRFP⁸⁸.

La « mise sur le marché » de la LSPro rappelle la « mise en circulation » de la LRFP. La première notion ne se confond cependant pas avec la seconde. Elle peut certes aussi se traduire par l'abandon de toute forme de disposition sur le produit⁸⁹, tout en ne correspondant pas nécessairement à celui du transfert de possession ou de propriété des droits réels, même si la volonté du producteur est un élément essentiel - en ce sens que le produit volé ne peut être considéré comme remis⁹⁰ -, ni à celui du transfert des risques du produit. La mise sur le marché peut cependant être retenue en cas d'usage propre⁹¹, contrairement à ce qui vaut en matière de responsabilité du fait des produits⁹². Un produit peut par ailleurs être mis plusieurs fois sur le marché au sens de la LSPro⁹³.

Le moment de la mise sur le marché marque aussi pour le producteur (ou l'importateur) le début de la surveillance prévue à l'art. 8 LSPro. Selon leur type, les mesures qui composent cette surveillance peuvent toutefois naître postérieurement à la mise sur le marché. Ainsi, le devoir de collaboration du distributeur (art. 8 al. 4 LSPro) peut débiter ultérieurement au devoir d'identification du producteur, ou de l'importateur. La prévention que doit assurer le producteur (ou l'importateur) en vertu de l'art. 8 al. 2 LSPro, mais également l'annonce « immédiate » aux autorités au sens de l'art. 8 al. 5 LSPro, ne peuvent par ailleurs prendre naissance qu'après l'identification d'un risque pour la santé et la sécurité des utilisateurs ou de tiers⁹⁴, voire plus tôt, s'il y a des raisons de penser qu'un tel risque existe⁹⁵.

2. Le point d'achèvement

S'agissant de l'achèvement du devoir de surveillance, plusieurs conceptions s'opposent⁹⁶. La première considère que le devoir du producteur ne prend jamais fin, mais qu'il ne fait que perdre en intensité au fil du temps. Elle a le mérite de tenir compte de la problématique des dommages différés⁹⁷. Tel n'est

⁸⁸ LSPRO-HESS, Art. 2 N 2 et la note 55; BÜHLER, Auswirkungen, p. 48; FELLMANN, Haftungsrisiken, p. 115.

⁸⁹ CHRISTEN, Produkthaftung, p. 93.

⁹⁰ En droit de la responsabilité du fait des produits: WERRO, La responsabilité civile, N 691.

⁹¹ LSPRO-HESS, Art. 2 N 2 et la note 55.

⁹² Werro, La responsabilité civile, N 694 et les réf. note 957.

⁹³ BÜHLER, Auswirkungen, p. 48; PFENNINGER, EU im Vergleich, p. 1171.

⁹⁴ FELLMANN, Nachmarktpflicht, p. 80.

⁹⁵ HOLLIGER-HAGMANN, Produktesicherheitsgesetz, p. 168.

⁹⁶ LRFP-HESS, Art. 4 N 64.

⁹⁷ SCHMIDT, Produktrückruf, p. 114 s. et les réf. citées; sur la problématique des dommages différés, cf. notamment CHAPPUIS/WERRO, Dommages différés, p. 139 ss; KRAUSKOPF, La prescription, 1 ss; PICHONNAZ, Prescription, 71 ss; VION, La prescription, p. 157 ss.

pas le cas de la deuxième qui limite la durée de ce devoir à la péremption de dix ans dès la mise sur le marché de l'art. 10 LRFP⁹⁸. La troisième, conception médiane, calque la fin de la surveillance sur la durée de vie prévisible ou indiquée du produit⁹⁹.

Le législateur s'est pour sa part rallié à ce dernier avis. L'art. 8 al. 2 LSPro oblige ainsi le producteur ou l'importateur à prendre les mesures qui s'imposent pour la « durée d'utilisation indiquée ou raisonnablement prévisible d'un produit ». Ce n'était toutefois pas là son premier choix. Le texte de la disposition ne correspond en effet pas à la version initialement soumise aux Chambres, qui prévoyait un délai de dix ans dès la mise sur le marché, sur le modèle de l'art. 10 LRFP. Les travaux parlementaires révèlent qu'un échange de vue avec la Commission européenne a mis en lumière l'incompatibilité de ce délai avec le droit européen. Les parlementaires, désireux de ne pas préteriter les producteurs suisses, ont alors modifié le libellé de l'art. 8 al. 2 LSPro afin de leur permettre de limiter volontairement la durée de surveillance des produits¹⁰⁰.

Le Message relativise toutefois cette latitude en posant une exigence de clarté dans l'indication d'un délai pour la consommation, l'utilisation ou la mise en œuvre du produit¹⁰¹. La fixation d'un tel délai doit en outre se fonder sur une consommation ou une utilisation « normale », non sur une utilisation particulièrement exigeante ou usante, à laquelle un produit ne survit qu'un court moment¹⁰². Sauf à correspondre à la durée « normale » de consommation, d'utilisation ou de mise en œuvre du produit, la durée indiquée ne devrait en d'autres termes pas être retenue.

Comme le point de départ des mesures de prévention de l'art. 8 al. 2 LSPro, leur point d'achèvement se détermine eu égard au bien-fondé de la mesure envisagée. Un rappel de produit justifié à un moment donné peut ainsi se révéler inadéquat du fait de l'écoulement du temps¹⁰³. Nonobstant l'absence de précisions dans la loi, la durée prévue par cette disposition vaut non seulement pour le devoir de surveillance du producteur ou de l'importateur, mais également pour celui des autres acteurs du marché (art. 8 al. 4 et 5 LSPro)¹⁰⁴.

⁹⁸ RÖTHLISBERGER, *Zivilrechtliche Pflichten*, p. 54 s.

⁹⁹ SCHMIDT, *Produktrückruf*, p. 114 s. et les réf. citées.

¹⁰⁰ Cf. les explications de S. Sommaruga, 0.055 BOCE du 5 mars 2009.

¹⁰¹ Message LSPro, FF 2008 6806.

¹⁰² Message LSPro, FF 2008 6807; LSPro-HESS, Art. 8 N 16.

¹⁰³ ATF 139 II 534: un rappel d'extincteurs justifié en 2007 peut ne plus l'être après cinq ans car la révision prévue tous les trois ans aurait dû permettre de parer au défaut de l'appareil si le détenteur y avait procédé.

¹⁰⁴ HOLLIGER-HAGMANN, *Haftpflichtrecht*, Art. 8 N 3.

III. Les rapports entre la surveillance après la mise sur le marché et le droit de la responsabilité civile

Analyser les rapports entre le devoir de surveillance des produits postérieurement à leur mise sur le marché et le droit de la responsabilité civile suppose de s'intéresser successivement aux liens que ce devoir entretient avec le droit commun (A) et avec la LRFP (B). Cette analyse confirme la nécessité du concours entre les différentes règles (C).

A. Les rapports avec le droit commun de la responsabilité civile

Comme exposé précédemment, le devoir de surveiller les produits postérieurement à leur mise sur le marché, s'il est violé, peut engager la responsabilité de l'employeur en vertu de l'art. 55 CO¹⁰⁵. Cette violation peut selon les cas engendrer l'application de l'art. 41 al. 1 CO. Ainsi que le relève le Message accompagnant la LSPro, les « obligations consécutives à la mise sur le marché ne sont pas une nouveauté. [...] Dans le domaine non contractuel, l'obligation d'éviter qu'un produit cause un dommage, y compris après sa mise sur le marché, découle du principe développé par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 41 CO relatif à la création d'un état de choses dangereux »¹⁰⁶. Ce texte renvoie par là au principe du *Gefahrensatz*, selon lequel, on l'a dit, quiconque crée un état de choses dangereux est tenu de prendre les mesures qui s'imposent pour empêcher la survenance d'un préjudice¹⁰⁷.

Quel est, dans un tel contexte, la place de l'art. 8 al. 2 let. b LSPro ? Toujours selon les travaux préparatoires à l'adoption de la LSPro, cette disposition n'aurait aucune portée propre en ce sens qu'elle « [n'] impose[rait] nullement [aux producteurs] d'avertir de leur propre initiative des dangers d'un produit, de retirer celui-ci de leurs canaux de distribution ou de le rappeler. En revanche, aux termes de l'art. 10 [LSPro], ces mesures peuvent être ordonnées par l'organe d'exécution »¹⁰⁸. Il n'y aurait en d'autres termes pas de devoir d'agir en vertu de l'art. 8 al. 2 let. b LSPro. Un tel devoir reposerait uniquement sur une décision administrative prononcée par une autorité selon l'art. 10 LSPro ou sur le principe général du danger créé.

A notre avis, il faut au contraire voir dans l'art. 8 al. 2 let. b LSPro l'ancrage législatif du devoir d'agir du producteur. Un tel ancrage a le mérite de con-

¹⁰⁵ FELLMANN, *Haftungsrisiken*, p. 117; BÜHLER, *Die Produktsicherheit*, p. 139 s.; SCHMIDT, *Produktrückruf*, p. 32 et 45 et *supra* I/C.

¹⁰⁶ Message LSPro, FF 2008 6805.

¹⁰⁷ ATF 126 III 113 consid. 2a; ATF 124 III 297 consid. 5b; pour tous les autres: HONSELL/ISENRIG/KESSLER, *Haftpflichtrecht*, § 4 N 35; MÜLLER, *La responsabilité*, N 169; WERRO, *La responsabilité civile*, N 350.

¹⁰⁸ Message LSPro, FF 2008 6805.

tourner les incertitudes existant autour de la création d'un état de choses dangereux, quant à la question de savoir si la violation de ce principe est constitutive d'une faute ou d'un acte illicite¹⁰⁹, en précisant par le biais d'une norme écrite la situation juridique du producteur. Cette conception nous semble en adéquation avec le but de protection des intérêts des utilisateurs et des tiers tel que poursuivi par la LSPro. Elle tient compte du fait que la production industrielle étant source de dangers, le producteur qui a mis sur le marché un produit doit se tenir informé de la conformité de celui-ci aux exigences en matière de santé et de sécurité après ce moment, voire prendre dans certaines circonstances des mesures pour éviter la mise en danger ou empêcher la survenance d'un préjudice, dès lors qu'il est le mieux placé pour identifier et contrôler les dangers que présente son produit¹¹⁰. Avec Fellmann, nous défendons ainsi l'opinion que l'art. 8 al. 2 let. b LSPro constitue le fondement du devoir de surveillance après la mise sur le marché des produits de consommation : il contient un devoir d'agir en vue de protéger la santé et la sécurité des personnes¹¹¹ et peut, en cas d'omission, engager la responsabilité du producteur¹¹².

Se pose par ailleurs la question de l'indemnisation des dépenses consenties par le consommateur pour prévenir le préjudice qu'un produit mis sur le marché pourrait engendrer, en cas d'omission du producteur. Réalisées de manière anticipée, de telles dépenses ne sauraient être compensées à titre de dommage corporel, sauf à opter en faveur d'une conception large de la notion¹¹³. A la lumière de l'actuelle jurisprudence fédérale, il apparaît toutefois douteux que ces coûts puissent être couverts par les art. 41 ss CO¹¹⁴. La compensation des coûts de prévention rappelle l'objectif poursuivi par certaines actions défensives. On pense en particulier à l'art. 28a al. 1 CC. Comme la LSPro¹¹⁵, cette disposition a en effet notamment pour but de prévenir les atteintes à l'intégrité corporelle¹¹⁶.

¹⁰⁹ En faveur de l'illicéité: ATF 116 Ib 367, JdT 1991 I 382; ATF 95 II 93, JdT 1970 I 330; ATF 93 II 89, JdT 1968 I 322; en faveur d'une combinaison de l'illicéité et de la faute: ATF 124 III 297 consid. 5b; ATF 123 III 306 consid. 4a; en défaveur de la faute: WIDMER, Gefahren, p. 304 s.; sur la controverse pour tous les autres: WERRO, La responsabilité civile, N 355.

¹¹⁰ SCHMIDT, Produktrückruf, p. 33; RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Pflichten, p. 47.

¹¹¹ FELLMANN, Produktsicherheitsgesetz, p. 110; LE MÊME, Haftungsrisiken, p. 113 s. et 122; d'un avis contraire: HOLLIGER-HAGMANN, Strafbarkeit, p. 85 s.; SCHMIDT, Produktrückruf, p. 38 s. qui considèrent que la LSPro ne contient pas un tel fondement, en particulier pour le devoir de rappeler un produit.

¹¹² FELLMANN, Haftungsrisiken, p. 117 ss.

¹¹³ WERRO/TOLOU, Le défaut, p. 274.

¹¹⁴ ATF 117 II 259 consid. 3, JdT 1992 I 559: le Tribunal fédéral a refusé le dédommagement en vertu de l'art. 41 CO des frais consentis afin de prévenir l'écroulement d'un talus qui aurait pu causer la destruction d'une maison; pour plus de détails, cf. CHAPPUIS, Mesures préventives, p. 166 s.

¹¹⁵ Tel que formulé dans le Message LSPro, FF 2008 6795, l'objectif du législateur consiste à « garantir la sécurité des produits et, par là même, à assurer la protection de la sécurité et de la santé de la population »; cf. ég. SCHMIDT, Produktrückruf, p. 40; LSPRO-HESS, Art. 3 N 5; FELLMANN, Produktsicherheitsgesetz, p. 111.

¹¹⁶ Pour tous les autres cf. MEIER/DELUZE, Droit des personnes, N 594.

L'application de l'art. 28a al. 1 CC suppose toutefois d'identifier au préalable le comportement visé par l'action défensive. S'il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique, l'action en prévention (art. 28a al. 1 ch. 1 CC) peut entrer en ligne de compte. Encore faut-il qu'elle puisse s'appliquer au trouble résultant d'une omission. Sur ce point, les avis sont partagés¹¹⁷. Même si le Tribunal fédéral considère que la participation à une atteinte au sens de l'art. 28 al. 1 CC peut être le fait d'un comportement passif, à condition qu'existe un devoir d'agir¹¹⁸, il nous paraît difficilement concevable de transposer ce résultat à l'art. 28a al. 1 ch. 1 CC.

Admettre le contraire reviendrait à exiger du défendeur ne se conformant pas à son devoir d'agir qu'il adopte un comportement actif, alors que l'objectif poursuivi par l'action en prévention de l'atteinte est précisément d'empêcher l'auteur – en d'autres termes, de lui « interdire » – d'agir¹¹⁹. On peut encore s'interroger sur l'introduction d'une action en cessation de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 2 CC). La condition du trouble à la personnalité fait toutefois en général défaut au stade de la surveillance, l'intégrité corporelle n'ayant précisément pas – encore – subi d'atteinte¹²⁰.

Ces réflexions montrent que, pour l'heure, l'indemnisation des mesures préventives n'a pas d'assise générale en droit privé suisse¹²¹. Elle n'est toutefois pas totalement inconnue. Une telle indemnisation est en effet possible en vertu de l'art. 679 CC en matière de droits de voisinage, en cas d'excès du droit de propriété¹²². Cette disposition pourrait dès lors servir d'inspiration au juge pour permettre à celui qui menacé par le risque sérieux et imminent pour sa santé et sa sécurité que présente un produit de consommation dangereux d'obtenir la compensation des mesures de sûreté prises en vue de se protéger.

A nos yeux, l'objectif de protection de la santé et de la sécurité poursuivi par la LSPro appelle en effet une prise en charge de ces frais. Le Message ne l'exclut d'ailleurs pas, il ne fait qu'indiquer que « la question de savoir si le producteur doit assumer les coûts de telles activités ou procéder au remplacement, à titre gratuit, du produit qui n'est plus sûr relève du droit civil et ne doit donc pas être réglée dans la LSPro »¹²³. On ne saurait en d'autres termes

¹¹⁷ RÖTHLISBERGER, p. 187 se prononce en défaveur de l'application de l'art. 28a CC pour les mesures de surveillance, au contraire de SCHMIDT, Rückruf, p. 127 s.

¹¹⁸ ATF 141 III 513 consid. 5.3.1.

¹¹⁹ Selon les termes d'ANDEREGG, Der Ersatz, N 270, « ... es kann kein Anspruch auf die Unterlassung einer Unterlassung bestehen ».

¹²⁰ RÖTHLISBERGER, p. 187; SCHMIDT, Rückruf, p. 124 s.

¹²¹ BÜHLER, Schadensprävention, p. 197 ss.

¹²² Sur la prise en charge des mesures préventives selon l'art. 679 CC, cf. ANDEREGG, Der Ersatz, N 230 ss et en particulier N 260; CHAPPUIS, Mesures, p. 167 s.

¹²³ Message LSPro, FF 2008 6806.

conclure de cette phrase que le législateur ne souhaite pas compenser les coûts de prévention dans le domaine de la sécurité des produits. Selon nous, il faut plutôt y voir un argument en faveur d'une indemnisation, certes par le biais de règles de droit privé.

La conception défendue plus haut, selon laquelle l'art. 8 al. 2 let. b LSPro contient un devoir d'agir prend tout son sens ici. Elle rappelle ainsi les variations de la doctrine et de la jurisprudence sur le principe du danger créé. On pense en particulier à la remise en question de son utilité en cas d'omission, lorsque l'atteinte n'est pas causée à un droit absolu, puisque seule la violation d'une norme de protection fondant un devoir d'agir permet de réparer le dommage purement économique¹²⁴. Or comment comprendre la lettre de l'art. 8 al. 2 let. b LSPro, « adopter des mesures (...) pour (...) prévenir les risques éventuels », autrement que comme fondant une obligation d'agir déjà en l'absence d'atteinte à un droit absolu ?

B. Les rapports avec la LRF

Contrairement à ce qui vaut en droit commun de la responsabilité civile, et comme nous l'avons déjà relevé, le devoir de surveillance après la mise sur le marché ne semble pas trouver d'ancrage dans la LRF¹²⁵. A cela s'ajoute que, sous l'empire de cette loi, il faudrait attendre que le défaut cause un dommage pour agir en réparation¹²⁶. Ce résultat nous paraît en contradiction avec l'objectif de prévention assigné par la CJUE à la Directive 85/374/CEE dans l'arrêt *Boston Scientific*¹²⁷. A tout le moins lorsque le dommage corporel risqué est grave, c'est-à-dire, selon les termes de la Cour de justice, si le produit défectueux présente un « risque vital »¹²⁸, le producteur ne doit pas attendre les bras croisés ; il doit au contraire prendre des mesures pour éviter la survenance du préjudice.

Les enjeux découlant de cette jurisprudence européenne ne sont pas sans rappeler les réflexions de la doctrine helvétique au début des années 2000, après le prononcé de l'arrêt *Leitner*¹²⁹, dans lequel la CJUE avait admis une indemnisation pour tort moral à la suite de vacances gâchées du fait d'une in-

¹²⁴ ATF 126 III 113 consid. 2a; ATF 124 III 297 consid. 5b; ATF 119 III 127 consid. 3, JdT 1994 I 298; pour tous les autres: HONSELL/ISENRIG/KESSLER, *Haftpflichtrecht*, § 4 N 35; MÜLLER, *La responsabilité*, N 170; WERRO, *La responsabilité civile*, N 353 ss.

¹²⁵ Cf. *supra* I/A.

¹²⁶ WERRO/TOLOU, *Le défaut*, p. 274.

¹²⁷ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific*), consid. 54 et 55 et le consid. 74 des Conclusions de l'Avocat général, ECLI:EU:C:2014:2306; en faveur d'une telle solution par le biais d'une réforme de la directive: BÜYÜKSAGIS, *La notion*, p. 111 et 119 ss.

¹²⁸ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific*), consid. 26.

¹²⁹ CJUE, aff. C-168/00, ECLI:EU:C:2002:163 (*Leitner*).

toxication alimentaire pour de la nourriture consommée dans le cadre d'un voyage à forfait. L'encre a coulé depuis quant à une interprétation conforme en droit suisse de la notion de préjudice, d'abord dans le domaine des voyages à forfait, mais aussi en droit commun de la responsabilité¹³⁰. Avec l'arrêt Boston Scientific¹³¹, c'est la notion de dommage corporel qui est sous les feux¹³². A cet égard, nous sommes d'avis qu'une interprétation conforme au droit européen de cette notion devrait conduire le juge suisse à admettre une indemnisation des mesures préventives dans les conditions énoncées par la Cour de justice. Sans aller jusqu'à une rupture avec la conception classique du dommage corporel, un tel résultat pourrait être atteint, à l'image de ce qui vaut en vertu de l'art. 679 CC, par la reconnaissance d'un devoir d'agir ancré à l'art. 8 al. 2 let. b LSP¹³³.

De notre point de vue, le producteur ne doit pas non plus rester sans réagir en présence de risques de développement, soit les risques que l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettait pas de déceler lors de la mise en circulation du produit¹³⁴. Déterminer l'existence de tels risques suppose de se référer à l'état des connaissances scientifiques le plus avancé, pour autant que l'information soit accessible¹³⁵. Savoir si des faits peuvent être qualifiés de connaissances nouvelles se mesure à l'aune du risque pour la santé et la sécurité des utilisateurs ou des tiers : plus le produit présente un danger élevé, plus des soupçons plausibles devraient déjà suffire à exclure l'exonération pour risques de développement¹³⁶.

Pour bénéficier de l'exonération prévue par l'art. 5 al. 1 let. e LRFP, le producteur doit se tenir au courant de l'évolution de l'état des connaissances scientifiques et techniques dans son domaine jusqu'au moment de la mise sur le marché du produit¹³⁷. La surveillance après la mise sur le marché implique toutefois à notre avis qu'il prenne également des mesures d'identification propres à mettre en lumière des risques pour la santé et la sécurité des utilisateurs ou des tiers qui n'étaient pas décelables lors de la mise en circulation, et les mesures de prévention qui s'imposent après la mise sur le marché. A dé-

¹³⁰ WERRO, Le tort moral, p. 55 ss en part. 61 ss ; WERRO, Contrat de voyage, p. 707 ss ; CHAIX, La responsabilité, p. 416 ss ; sur l'ensemble de la question, ZINGG, La réparation, N 255 ss.

¹³¹ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148.

¹³² WERRO/TOLOU, Le défaut, p. 274 ; WERRO, La responsabilité civile, N 596 ss.

¹³³ Cf. *supra* III/B *in fine*.

¹³⁴ LRFP-HESS, Art. 4 N 71 s. et 5 N 72 ; WERRO, La responsabilité, N 663.

¹³⁵ CJUE, aff. C-300/95, ECLI:EU:C:1997:255 (Commission c. Royaume Uni) ; ATF 137 III 226 consid. 4.1 ; WERRO, La responsabilité, N 661 et la note 841 ; JUNOD, Pouvait-on ..., p. 1180.

¹³⁶ LRFP-HESS, Art. 4 N 66 ; WERRO, La responsabilité, N 660 ; JUNOD, La responsabilité, p. 146 s.

¹³⁷ LRFP-HESS, Art. 4 N 71 s. et Art. 5 N 72 ; WERRO, La responsabilité, N 663.

faut, il peut engager sa responsabilité¹³⁸, à tout le moins selon les règles de droit commun¹³⁹.

L'exonération de l'art. 5 al. 1 let. e LRFP ne devrait cependant pas être possible si un suivi des développements techniques et scientifiques lors de la durée d'utilisation indiquée ou raisonnablement prévisible du produit aurait permis la découverte du défaut voire la prévention du dommage. Limitée aux produits présentant un risque « vital », une telle exception à l'exonération pour risques de développement ne constituerait à notre sens pas une modification de la Directive 85/374/CEE. Elle resterait ainsi dans le cadre fixé par la jurisprudence européenne¹⁴⁰.

C. La reconnaissance nécessaire du concours des responsabilités

La durée d'utilisation d'un produit dicte l'achèvement du devoir de surveillance, sans toutefois avoir des conséquences sur la responsabilité éventuelle du producteur, celui-ci pouvant en d'autres termes être recherché alors qu'un tel devoir a pris fin¹⁴¹. Le résultat inverse serait cependant envisageable si l'on admet, comme nous le proposons, que la LRFP impose au producteur le devoir de se tenir informé de l'évolution des connaissances scientifiques et techniques, voire celui de prendre des mesures de prévention. L'achèvement de la surveillance pourrait dans ce cas avoir lieu après l'écoulement du délai de dix ans dès la mise en circulation de l'art. 10 LRFP. Une action en responsabilité serait ainsi rejetée en raison de l'écoulement du temps, alors que le producteur serait encore tenu de surveiller son produit. Une telle situation n'est pas satisfaisante : elle met encore davantage en lumière, si besoin était, le caractère inadapté du délai de péremption de la LRFP¹⁴². Le délai de prescription de l'art. 9 LRFP, plus long que le délai relatif de l'art. 60 al. 1 CO¹⁴³, peut certes contribuer à tempérer cette affirmation. Il n'en demeure pas moins que, selon les circonstances, l'action en réparation fondée sur le droit commun devrait avoir la préférence.

L'action fondée sur le droit commun est en particulier soumise au délai de prescription absolu de dix ans (art. 60 al. 1 CO). Ce délai commence à courir

¹³⁸ FELLMANN, *Haftungsrisiken*, p. 113.

¹³⁹ FELLMANN, *Haftungsrisiken*, p. 113 s.; WERRO, *Droit européen*, p. 71; WERRO/CHAUMONTET, *SPR*, p. 447.

¹⁴⁰ On pense à l'arrêt de la CJUE, aff. C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (Commission c. République française), condamnant le devoir de suivi imposé au producteur par l'art. 1386-12 al. 2 aCCfr. Celui-ci, afin de bénéficier de l'exonération pour risques de développement, devait prouver avoir pris les mesures propres à prévenir les conséquences d'un produit défectueux, quel qu'il soit.

¹⁴¹ LSPRO-HESS, Art. 8 N 15; FELLMANN, *Inhalt*, p. 10.

¹⁴² WERRO, *La péremption*, p. 577 s.

¹⁴³ WERRO, *La péremption*, p. 576.

dès que le fait dommageable s'est produit¹⁴⁴. Un tel fait, qui diffère souvent de l'atteinte aux droits du lésé, peut survenir sans que ce dernier en ait connaissance¹⁴⁵. Lorsque le comportement se répète ou dure, le délai commence à courir le jour du dernier acte illicite ou le jour où ce comportement cesse¹⁴⁶. C'est dès lors ainsi qu'il faut appréhender les mesures découlant du devoir de surveillance. A l'image de l'employé exposé à l'amiante pendant la durée des rapports de travail, le fait dommageable réside dans l'omission des mesures de sécurité incombant à l'employeur, dont le commencement peut avoir lieu au plus tard avec la fin des rapports de travail, soit la fin de l'exposition au produit dangereux¹⁴⁷. Il s'ensuit que si le délai de prescription peut débiter à la date de l'omission des mesures de prévention incombant au responsable, il peut toutefois ne commencer que lorsque s'achève le devoir de surveillance au sens de la LSPro¹⁴⁸.

Conclusion

Le devoir de surveillance après la mise sur le marché du produit s'inscrit dans les progrès scientifiques et techniques que l'on connaît depuis le siècle dernier, et qui ont entraîné des risques pour certains connus et pour d'autres inconnus. La protection de la santé et de la sécurité des consommateurs implique que ceux qui ont introduit un produit sur le marché ne répondant pas ou plus aux exigences de sécurité le concernant participent à l'élimination de ces risques.

Nous avons défendu l'idée que l'art. 8 LSPro n'est autre que l'ancrage dans la législation de ce devoir de sécurité. Cette disposition a dès lors également une dimension compensatoire. Elle s'intègre dans l'analyse des conditions de la naissance du droit à la réparation telles que posées par les art. 41 ss CO, avec les réticences que l'on connaît s'agissant de l'application de celles-ci aux mesures préventives à la survenance du préjudice. Or le but poursuivi par la législation sur la sécurité des produits et les travaux préparatoires à l'adoption de la LSPro appellent une indemnisation des frais consentis en vue d'écartier un danger sérieux et imminent pour les utilisateurs et les tiers. Celle-ci peut avoir lieu sur le modèle de l'art. 679 CC et par la reconnaissance d'un fondement d'un tel devoir d'agir dans l'art. 8 al. 2 let. b LSPro, soit dans une norme écrite ayant pour but de protéger les intérêts privés du lésé.

¹⁴⁴ ATF 126 III 161 consid. 3c, JdT 2000 I 292; WERRO, La responsabilité, N 1537.

¹⁴⁵ WERRO, La péremption, p. 576.

¹⁴⁶ WERRO, La responsabilité, N 1538; KRAUSKOPF, Die Verjährung, p. 123; CHAPPUIS, Le moment, N 35.

¹⁴⁷ ATF 106 II 134 consid. 2d; ATF 137 III 16 consid. 2.4.1; WERRO, La responsabilité, N 1542.

¹⁴⁸ RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Pflichten, p. 149 s.; SCHMIDT, Produktrückruf, p. 119 et la note 565.

Sous l'angle de la LRFP, la mise sur le marché constitue l'instant charnière de la responsabilité du producteur. Il ne faut cependant pas occulter la fonction préventive de cette loi. Admettre l'existence d'un devoir de surveillance selon celle-ci pourrait avoir pour effet de remodeler les courbes du dommage corporel en y intégrant les dépenses visant à éviter la réalisation d'un « risque vital » comme le prévoit l'arrêt Boston Scientific¹⁴⁹. Un tel devoir devrait de surcroît également jouer un rôle concernant l'exonération pour risques de développement.

La messe n'est pour autant pas dite pour le droit commun de la responsabilité civile. L'art. 41 al. 1 CO élargit d'abord le champ des actions possibles, puisque le producteur n'est pas le seul désigné par l'art. 8 LSPro pour assurer la surveillance postérieure à la mise sur le marché. En témoigne ensuite le renvoi de l'art. 11 al. 1 LRFP aux dispositions du CO.

Enfin, à l'heure où le législateur suisse se montre plus timoré que jamais à réviser le droit de la prescription pour les dommages différés¹⁵⁰, la violation du devoir de surveillance, de par sa durée et eu égard à la détermination du « fait dommageable » de l'art. 60 al. 1 CO, pourrait maintenir ouverte la voie à certaines procédures.

¹⁴⁹ CJUE, aff. C-503/13 et C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (Boston Scientific).

¹⁵⁰ Au moment d'achever ces lignes, le Conseil National s'est à nouveau penché sur la révision du droit de la prescription (objet parlementaire 13.100) et a décidé d'étendre le délai de prescription absolu à 20 ans pour les préjudices corporels (7.3.2018). La Commission juridique du Conseil des Etats a proposé de soutenir cette modification (26.3.2018).

Ouvrages cités

- ANDEREGG Mirco, Der Ersatz von Schadenabwehrkosten, thèse, Fribourg 2014 (cité : der Ersatz).
- BRUNNER Alexander, Die Rechtsbegriffe Händler und Konsument im Produktsicherheitsgesetz (PrSG), in : Fellmann/Furrer (éd.), Produktsicherheit und Produkthaftung : die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei !, Berne 2012 (cité : Die Rechtsbegriffe).
- BÜHLER Theodor, La législation sur les risques des produits, progrès pour les consommateurs, nouveaux dangers pour les distributeurs, in : Müller/Carron (éd.), Droit de la consommation et de la distribution, les nouveaux défis, Bâle 2013, p. 39 ss (cité : La législation).
- BÜHLER Theodor, Auswirkungen des Produktsicherheitsgesetzes auf das Privatrecht, RSJ 2012 45 ss (cité : Auswirkungen).
- BÜHLER Theodor, Die Produktsicherheit als Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung, Zurich et al. 2012 (cité : Die Produktsicherheit).
- BÜHLER Theodor, Ist die Schadensprävention kein Thema für das Schweizerische Haftpflichtrecht ?, in : Honsell/Portmann/Zäch/Zobl (éd.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Mélanges en l'honneur de Heinz Rey, Zurich 2003, p. 197 ss (cité : Schadensprävention).
- BÜYÜKSAGIS Erdem, Et si Dr House évoquait le défaut potentiel de votre pacemaker ..., PJA 2016 14 ss (cité : Le défaut potentiel).
- BÜYÜKSAGIS Erdem, La relativité de la sécurité du produit : différentes circonstances, différents défauts, différents régimes de responsabilité, RDS 2010 I 29 ss (cité : La relativité).
- BÜYÜKSAGIS Erdem, La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits, thèse, Fribourg 2005 (cité : La notion).
- CHAIX François, La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF, RSJ 2005 416 ss (cité : La responsabilité).
- CHAPPUIS Benoît, L'indemnisation des mesures préventives, in : Werro/Pichonnaz (éd.), Le dommage dans tous ses états – Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Zurich 2013, p. 155 ss (cité : Mesures préventives).
- CHAPPUIS Benoît, Le moment du dommage, thèse, Fribourg 2008 (cité : Le moment).

- CHAPPUIS Benoît/WERRO Franz, Délais de prescription et dommages différés : réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763, REAS 2011 139 ss (cité : Dommages différés).
- CHAPPUIS Christine, La distinction entre l'illicéité et la faute : n'est-il pas temps de renoncer ?, in : Fuhrer/Chappuis (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht / Droit de la responsabilité civile et des assurances*, Liber amicorum Roland Brehm, Zurich 2012, p. 83 ss (cité : La distinction).
- CHRISTEN Andres, *Produkthaftung nach der EG-Produkthaftungsrichtlinie im Vergleich zur Produkthaftung nach schweizerischem Recht*, thèse, Zurich 1992 (cité : Produkthaftung).
- FELLMANN Walter, Commentaire de la LRFP, in : Honsell/Vogt/Wiegand (éd.), *Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4e éd.*, Bâle 2016 (cité : LRFP BSK-Fellmann).
- FELLMANN Walter, Haftungsrisiken im PrSG, Produktesicherheit und Produktheftung, in : Fellmann/Furrer (éd.), *Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei!*, Berne 2012, p. 111 ss (cité : Haftungsrisiken).
- FELLMANN Walter, Produktesicherheitsgesetz – neue Pflichten der Baubeteiligten, Schweizerische Baurechtstagung 2013... für alle, die bauen, in : Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (éd.), Fribourg 2012, p. 103 ss (cité : Produktesicherheitsgesetz).
- FELLMANN Walter, Nachmarktpflicht des Herstellers und des Importeurs nach dem PrSG, in : Fellmann/Furrer (éd.), *Produktsicherheit und Produkthaftung: neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, Berne 2011, p. 71 ss (cité : Nachmarktpflicht).
- FELLMANN Walter, Inhalt und Tragweite des Produktesicherheitsgesetzes (PrSG) vom 12. Juni 2009, REAS 2010 3 ss (cité : Inhalt).
- FELLMANN Walter, Nachmarktpflichten des Herstellers und des Importeurs nach dem PrSG, Jusletter du 20 octobre 2010 (cité : Jusletter).
- FELLMANN Walter, Produktbeobachtungs- und Rückrufpflicht nach dem Produktesicherheitsgesetz vom 12. Juni 2009, in : Fuhrer (éd.), *Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances, Mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire*, Zurich 2010, p. 117 ss (cité : Produktbeobachtungs-und Rückrufpflicht).
- FELLMANN Walter/V. BÜREN-V. MOOS Gabrielle, *Grundriss der Produktheftungspflicht*, Berne 1993 (cité : Grundriss).
- HAEFELI Andrea/RUSCH Arnold, Klagen gegen Fahrzeughersteller- vom kastenförmigen Range Rover und von fehlenden Airbags, REAS 2014 370 ss (cité : Klagen).

- HESS Hans-Joachim, Produktheftpflichtgesetz (PrHG), Bundesgesetz über die Produktheftpflicht vom 18. Juni 1993, 3e éd., Berne 2016 (cité : LRFP-Hess).
- HOLLIGER-HAGMANN Eugénie, Commentaire de l'art.8 LSPro, in : Fischer/Luterbacher (éd.), Haftpflichtrecht: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Berne 2016 (cité : Haftpflichtrecht).
- HOLLIGER-HAGMANN Eugénie, Strafbarkeit aufgrund des Produktesicherheitsgesetzes (PrSG), in : Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zurich 2013, p. 69 ss (cité : Strafbarkeit).
- HOLLIGER-HAGMANN Eugénie, Das Produktesicherheitsgesetz : Eine Büchse der Pandora - Das Produktesicherheitsgesetz (PrSG) trat am 1. Juli 2010 in Kraft und wirft mehr Fragen auf, als es löst, Sécurité et Droit 2010 186 ss (cité : Das Produktesicherheitsgesetz).
- HOLLIGER-HAGMANN Eugénie, Produktesicherheitsgesetz PrSG, Zurich et al. 2010 (cité : Produktesicherheitsgesetz).
- HONSELL Heinrich/ISENRIG Bernhard/KESSLER Martin, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich 2013 (cité : Haftpflichtrecht).
- JUNOD Valérie, Pouvait-on déceler le défaut de la prothèse ?, PJA 2011 1177 ss (cité : Pouvait-on ...).
- JUNOD Valérie, La responsabilité de la société pharmaceutique, in : Chappuis/Winiger (éd.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Journée de la responsabilité civile 2008, Genève et al. 2009, p. 91 ss (cité : La responsabilité).
- KLETT Barbara/BIELMANN Yves, Produktesicherheit und Warenverkehr - Aktuelle Entwicklungen, Sicherheit & Recht 1/2014 79 ss (cité : Produktesicherheit 2014).
- KRAUSKOPF Frédéric, La prescription en pleine mutation - Quelques réflexions sur la prescription de l'action en dommages-intérêts, SJ 2011 II 1 ss (cité : Mutation).
- KRAUSKOPF Frédéric, Die Verjährung der haftpflichtenrechtlichen Ansprüche wegen Personenschäden, REAS 2011 113 ss (cité : Die Verjährung).
- Message concernant la loi sur la sécurité des produits (Révision totale de la loi fédérale sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques) du 24 juin 2008, 08.055, FF 2008 6771 ss (cité : Message LSPro).
- MEIER Philippe/DELUZE Estelle, Droit des personnes : Articles 11-89 CC, Genève et al. 2014 (cité : Droit des personnes).
- MÜLLER Christoph, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013 (cité : La responsabilité).

- MÜLLER Christoph, Neueste Entwicklungen in der Produkthaftungspflicht: Vom Art. 55 OR zum BGE 137 III 226, in : Fellmann/Furrer (éd.), Produktesicherheit und Produkthaftung - Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei !, Berne 2012, p. 125 ss (cité : Neueste).
- PFENNINGER Hanspeter, Produktsicherheitsrecht Schweiz - EU im Vergleich, PJA 2014 1157 ss (cité : EU im Vergleich).
- PFENNINGER Hanspeter/SCHILD Franz, Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit (PrSG) - Das Verhältnis des PrSG zu den Sektorerlassen nach Art. 1 Abs. 3 PrSG, in : Fellmann/Furrer (éd.), Produktesicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen für Schweizer Unternehmen, Lucerne 2011, p. 23 ss (cité : Anwendungsbereich).
- PICHONNAZ Pascal, La prescription de l'action en dommages-intérêts : Un besoin de réforme, in : Werro (éd.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, p. 71 ss (cité : Prescription).
- PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz, Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen, Annuaire suisse de droit européen 2014-2015 205 ss (cité : Un reflet).
- REICH Norbert/MICKLITZ Hans-W./ROTT Peter/TONNER Klaus, European Consumer Law, 2e éd., Bruxelles 2014 (cité : European Consumer Law).
- REY Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4e éd., Zurich 2008 (cité : Haftpflichtrecht).
- ROBERTO Vito, Exposé de novembre 2001 : Le rappel des voitures et la prise en charge des frais, Info-Tech 2002 (cité : Le rappel).
- RÖTHLISBERGER Thomas, Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller unter Berücksichtigung wettbewerbs- und versicherungsrechtlicher Aspekte, thèse, Zurich 2003 (cité : Zivilrechtliche Pflichten).
- SCHMIDT Mareike, Produktrückruf und Regress, thèse, Hambourg 2013 (cité : Produktrückruf).
- SCHWENZER Ingeborg, Rückruf- und Warnpflichten des Warenherstellers, JZ 1987 1059 ss (cité : Rückruf).
- STAUDER Bernd, L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse, in : Werro/Probst (éd.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Berne 2004, p. 75 ss (cité : L'influence).
- VION Adrien, La prescription de la réparation des dommages différés en droit suisse face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : Boillet/Maiani/Poltier/Rietiker/Wilson (éd.), L'influence du

droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Zurich 2016, p. 157 ss (cité : La prescription).

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 3e éd., Berne 2017 (cité : *La responsabilité civile*).

WERRO Franz, *Commentaire de l'art. 41 CO*, in : Thévenoz/Werro (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2e éd., Bâle 2014 (cité : *CR CO I-WERRO*).

WERRO Franz, *Le tort moral en cas de violation du contrat*, in : Chappuis/Winiger (éd.), *Le tort moral en question, Journée de la responsabilité civile 2012*, Genève et al. 2013, p. 55 ss (cité : *Le tort moral*).

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 2011 (cité : *La responsabilité*).

WERRO Franz, *Commentaire de l'art. 1 CC*, in : Pichonnaz/Foëx (éd.), *Commentaire romand : Code civil I*, Bâle 2010 (cité : *CR CC I-WERRO*).

WERRO Franz, *Le défaut du produit, ses catégories, sa preuve et les instructions du fabricant*, RSJ 2008 257 ss (cité : *Le défaut du produit*).

WERRO Franz, *La péremption dans la loi sur la responsabilité du fait des produits : une limitation des droits du lésé par rapport au droit commun de la responsabilité du fabricant ?* in : Thévenoz/Reich (éd.), *Droit de la consommation = Konsumentenrecht: liber amicorum Bernd Stauder - Genève 2006*, p. 565 ss (cité : *La péremption*).

WERRO Franz, *La responsabilité du fait des produits face au droit européen*, in : Werro/Probst (éd.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, p. 45 ss (cité : *Droit européen*).

WERRO Franz, *Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées ! Y-a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat ?*, in Tercier et al. (éd.), *Gauchs Welt, Mélanges Peter Gauch*, Zurich 2004, p. 695 ss (cité : *Contrat de voyage*).

WERRO Franz, *La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte ?* in : Chappuis/Winiger (éd.), *Responsabilités objectives*, Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève 2003, p. 29 ss (cité : *La responsabilité du fait des produits*).

WERRO Franz/CHAULMONTET Sébastien, *Produktenhaftpflicht*, in : Kramer (éd.), *Schweizerisches Privatrecht X, Konsumentenschutz im Privatrecht*, Bâle 2009, p. 411 ss (cité : *SPR*).

WERRO Franz/HURNI Béatrice, *Les prothèses à risque*, REAS 2012 161 ss (cité : *Les prothèses*).

WERRO Franz/PALMER VERNON Valentine/HAHN Anne-Catherine, *Strict liability in European tort law: is there a common core ? Synthesis and survey of*

- the cases and results, in : Werro/Palmer Vernon (éd.), *The boundaries of strict liability in European tort law*, Berne 2004, p. 387 ss (cité : *Strict liability*).
- WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal/HURNI Béatrice, *Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen*, *Annuaire suisse de droit européen* 2010-2011 203 ss (cité : *Un reflet*).
- WERRO Franz/TOLOU Alborz, *Le défaut potentiel et les mesures préventives dans la responsabilité du fait des produits défectueux*, *Une analyse à partir de l'arrêt Boston Scientific*, in : Epiney (éd.), *La Suisse et l'intégration européenne : 20 ans de l'Institut de droit européen*, Berne 2015, p. 261 ss (cité : *Le défaut*).
- WESSNER Pierre, *Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux*, in : Chappuis/Winiger (éd.), *Responsabilités objectives*, Genève 2003, p. 59 ss (cité : *Quelques propos*).
- WEY Rainer, *Die Stellung des PrSG im Geflecht der sektoriellen Normen*, in : Fellmann/Furrer (éd.), *Produktesicherheit und Produkthaftung - Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei !*, Berne 2012, p. 29 ss (cité : *Die Stellung*).
- WIDMER Pierre, *Produkthaftung - Konzept und Umsetzung*, in : Fellmann/Furrer (éd.), *Produktsicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, Berne 2011, p. 101 ss (cité : *Produkthaftung*).
- WIDMER Pierre, *Gefahren des Gefahrensatzes*, *RJB* 1970 289 ss (cité : *Gefahren*).
- WIDMER LÜCHINGER Corinne, *Fehlerbegriff und Ersatz vorsorglicher Aufwendungen nach dem PrHG*, *REAS* 2016 75 ss (cité : *Fehlerbegriff*).
- WIDMER LÜCHINGER Corinne, *Medizinprodukthaftung bei blossem Fehlerverdacht*, *REAS* 2015 388 ss (cité : *Medizinprodukthaftung*).
- ZINGG Nicolas, *La réparation des vacances gâchées en droit suisse - Vers une redéfinition du préjudice réparable au regard de la jurisprudence européenne*, thèse, Fribourg 2012 (cité : *La réparation*).

Derniers ouvrages parus

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / 2018
Winiger, Bénédicte (éds)
La responsabilité du fait des produits
(Journée de la responsabilité civile 2016)

Chappuis, Christine / 2015
Winiger, Bénédicte (éds)
Responsabilité civile – Responsabilité pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

Chappuis, Christine / 2013
Winiger, Bénédicte (éds)
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / 2011
Winiger, Bénédicte (éds)
La preuve en droit de la responsabilité civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / 2009
Winiger, Bénédicte (éds)
La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Collection générale

Avramov, Philippe 2018
L'omission fautive: la violation d'un
devoir juridique ou moral.
Une analyse historique et dogmatique

Liégeois, Fabien 2018
La disponibilité du revenu: le moment
de l'acquisition en droit fiscal suisse

Villard, Katia 2017
La compétence du juge pénal suisse
à l'égard de l'infraction reprochée à
l'entreprise
Avec un regard particulier sur les groupes
de sociétés

Jubin, Oriana 2017
Les effets de l'union libre
Comparaison des différents modes de
conjugalités et propositions normatives

Neri-Castracane, Giulia 2016
Les règles de gouvernance d'entreprise
comme moyen de promotion de la
responsabilité sociale de l'entreprise –
Réflexions sur le droit suisse dans une
perspective internationale

Hohl-Chirazi, Catherine 2016
La privation de liberté en procédure
pénale suisse: but et limites

Dan, Adrian 2015
Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Mirfakhraei, Kaveh 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013
Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012
Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012
L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010
Le transfert de technologie en droit
communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Droit international

Thalmann, Vanessa 2018
Reasonable and effective universality
Conditions to the exercise by national
courts of universal jurisdiction over inter-
national crimes

Sangbana, Komlan 2017
La protection des eaux douces
transfrontières contre la pollution :
dimensions normatives et institutionnelles

Marquis, Julien 2017
La qualité pour agir devant la Cour
européenne des droits de l'homme

Riondel, Ghislaine 2016
La prise en charge des soins de santé
dans un contexte transfrontalier
européen – Problématique générale en
Europe et propositions pour la Région
franco-valdo-genevoise

Rodriguez Ellwanger, Maria 2016
Les instruments juridiques de la planifi-
cation territoriale transfrontalière dans le
bassin de vie franco-valdo-genevois

Herren, Pascal 2016
L'intervention internationale au nom
des droits de l'homme – L'autorité de
l'approche finaliste

Christófolo, João Ernesto 2016
Solving Antinomies Between Peremptory
Norms in Public International Law

Carron, Djemila 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé in-
ternational

- Sossou Biadja, Cassius Jean* 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé
- McGregor, Eleanor* 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement
- Reymond, Michel* 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet
- de María Palaco Caballero, Flor* 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu
- Romano, Gian Paolo* 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse
- Granges, Mathieu* 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international
- Grignon, Julia* 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire
- Bulak, Begüm* 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme
- Johannot-Gradis, Christiane* 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé?
- Chatton, Gregor T.* 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels
- Ludwiczka, Maria* 2013
La délégation internationale de la compétence pénale
- Petry, Roswitha* 2013
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations
- Redalié, Lorenzo* 2013
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire
- Tran, Laurent* 2013
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

Droit de la propriété

- Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds)* 2018
Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité
Les effets du droit de propriété dans le temps
- Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds)* 2016
La propriété immobilière face aux défis énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers
- Foëx, Bénédicte (éd.)* 2016
La propriété par étages aujourd'hui
Une alerte cinquantenaire

Foëx, Bénédic (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédic (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédic (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées
en vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédic (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing
immobilier
Deux alternatives au transfert
de propriété

Foëx, Bénédic / Hottelier, Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube
du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets
et protection du patrimoine

Marchand, Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédic /
Leuba, Audrey / Papaux Van Delden,
Marie-Laure* (éds) 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédic* (éds) 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit civil

*Leuba, Audrey / Papaux van Delden,
Marie-Laure* (Foëx, Bénédic / (éds) 2017
Le droit en question
Mélanges en l'honneur de la Professeure
Margareta Baddeley

Geissbühler, Grégoire 2016
Le recouvrement privé de créances
Aspects contractuels et protection du
débiteur

*Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédic /
Leuba, Audrey / Papaux van Delden,
Marie-Laure* (éds) 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manaï

Recueils de textes

*Bernard, Frédéric / McGregor, Eleanor /
Vallée-Grisel, Diane* (éds) 2017
Études en l'honneur de Tristan
Zimmermann
Constitution et religion
Les droits de l'homme en mémoire

*Wyler, Rémy / Meier, Anne /
Marchand, Sylvain* (éds) 2015
Regards croisés en droit du travail: Liber
Amicorum pour Gabriel Aubert

*Bellanger, François /
de Werra, Jacques (éds)* 2012

Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à
l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011

Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010

Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade, Rita / Peter, Henry /
Bovet, Christian (éds)* 2009

Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit et histoire

Mettral Dubois, Véronique 2015

L'œuvre politique de James Fazy
(1794-1878) et son apport à l'avènement
des droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte historique

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (éds)* 2013

Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (éds) 2011

La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011

Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010

James Fazy
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

