

Le défaut (Rapport français)

par

Aline VIGNON-BARRAULT
Maître de conférences à l'Université de Tours
Membre du CRDP (EA 2116)

Membre de la fédération de recherches « Responsabilités » de l'Université de Tours

Le défaut est au cœur de la responsabilité du fait des produits défectueux issue de la loi du 19 mai 1998¹, transposant la directive du 25 juillet 1985², et désormais codifiée aux articles 1386-1 et s. du Code civil. L'article 1386-1, du Code civil dispose ainsi que « le producteur est responsable de plein droit des dommages dus à un *défait de sécurité* des produits qu'il met en circulation envers toutes les victimes qu'elles soient cocontractantes ou tiers ». En première analyse, la notion de défaut est consubstantielle à l'idée de d'imperfections et de malfaçons entendues comme des vices de fabrication ou de conception³. Néanmoins, dans le sillage de la directive, le législateur français a rejeté cette analyse restrictive au profit d'une approche extensive et innovante. Ce faisant, et bien qu'elle se fût bornée à reprendre la définition du défaut issue du texte communautaire, la loi n'en a pas moins induit une évolution des solutions traditionnellement admises en droit français. Dès avant l'institution d'un régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux, la jurisprudence avait consacré l'obligation de délivrer un bien exempt de défauts de sécurité par le jeu de la garantie des vices cachés (articles 1641 et suivants du Code civil) et par la création d'une obligation de sécurité mise à la charge des vendeurs et des fabricants. Avec la directive, tout change car l'approche du défaut consacrée jusqu'alors par le juge français se distingue singulièrement de celle du droit communautaire. La conception retenue s'évince de l'article 1386-4 alinéa 1^{er}, du Code civil, selon lequel le produit défectueux est celui qui « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »⁴. Désormais, le défaut ne s'entend plus seulement d'une défectuosité, d'un défaut intrinsèque du produit, mais procède plus largement d'une conception fonctionnelle. En créant ce standard législatif⁵, la formulation élargit du même coup la notion en se fondant sur le critère de l'anormalité du défaut, lequel commande un jugement rétrospectif sur la sécurité à laquelle on est fondé à s'attendre. Dès lors, si les solutions antérieures ne se trouvent pas bouleversées par le fondement nouveau, le défaut de sécurité pourra être retenu, en outre, chaque fois que le produit est anormalement dangereux,

¹ Loi n°98-389, *JO* du 21 mai 1988.

² Directive n°85/374 du 25 juillet 1985 (*JOCE* 7 août 1985, n° L 210. Sur l'ensemble de la question et pour une bibliographie complète, voir Ph. BRUN in Lamy Responsabilité, Les responsabilités professionnelles, Les fabricants et producteurs, spéc. n° 450-39 et s. Voir aussi, Ph. BRUN, Responsabilité civile extracontractuelle, 2^e éd., *Litec*, LexisNexis, 2009, spéc. n° 739 et s., pp. 491 et s. ; *Adde* : par exemple : L. LEVENEUR, Le défaut, Colloque Université de Paris II, préc., *LPA* décembre 1998, n° 155, p. 3. ; J.-S. BORGHETTI, La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé, *L.G.D.J.*, 2004, préf. G. VINEY. Voir aussi : G. VINEY, Le système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité de leurs produits, *Mélanges Aubert*, 2005, p. 329 ; Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits, Journées d'études de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 14 et 15 mai 1998, *PUF*.

³ En ce sens, L. LEVENEUR, article préc.

⁴ La formule est analogue à celle utilisée à l'actuel article L. 221-1 du Code de la consommation.

⁵ Ph. BRUN, *Lamy Responsabilité*, *op. cit.*, n° 450-39.

même en l'absence d'un vice ou d'une défectuosité. Il y a là une extension notable de la notion de défaut.

Cette extension est par ailleurs à double détente car l'alinéa 2 de l'article 1386-4 opère un rapprochement, sinon une assimilation, entre le défaut de sécurité et le défaut d'information : l'absence d'information sur un produit devient équipollente au défaut de sécurité. Le texte porte ainsi en germes une ouverture sensible de la notion de défaut en précisant que « doivent être considérées toutes circonstances et, notamment, la présentation du produit, l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et le moment de sa mise en circulation ».

Si la notion de défaut au sens de la loi du 19 mai 1988 offre un contenu particulièrement large, il n'en comporte par une signification précise impliquant l'examen du danger anormal. Cela confère un rôle de tout premier ordre au juge dans l'appréciation de son existence et, réciproquement, peut conduire à alourdir la charge de la preuve du côté de la victime. L'étude de la notion de défaut au sens de la loi de 1988 (I) précèdera naturellement l'examen de des modalités de sa reconnaissance par le juge (II).

I. - La notion de défaut au sens de la loi du 19 mai 1988

Le défaut tel qu'il est conçu dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux constitue une notion originale comparée aux figures déjà connues en droit français comme le démontre l'étude des contours de la notion (A) et l'analyse de la définition légale (B).

A. - Les contours de la notion de défaut

Le défaut issu de la loi du 19 mai 1988 présente une originalité certaine comparée aux figures connues du droit français. Pour tracer les contours de la notion, il convient donc au préalable de distinguer le défaut au sens de la loi du 19 mai 1988 du vice caché (1), du défaut de conformité (2) et du manquement à l'obligation de sécurité imposé aux fabricants et vendeurs (3).

1. - Défaut de sécurité et vice caché

La jurisprudence n'a pas attendu la directive du 25 juillet 1985 pour admettre la réparation d'un dommage causé par le défaut d'un produit. Utilisant le canal du vice édilicien des articles 1641 et s. du Code civil, les juges ont pu satisfaire les demandes émanant des acquéreurs et sous-acquéreurs dès lors que la chose présentait une défectuosité intrinsèque relativement grave. Or cette double exigence n'est pas reprise par la loi nouvelle puisque qu'il suffit que le produit soit anormalement dangereux, même en l'absence d'un vice ou d'une défectuosité, pour qu'il soit considéré comme défectueux. Il en résulte une autonomie du défaut au sens de la loi, lequel n'est pas soluble dans le vice caché dès lors que l'obligation de sécurité issue de la loi ne se limite pas au devoir de ne livrer que des produits exempts de toute défectuosité intrinsèque. C'est dire qu'un produit « parfaitement fabriqué peut présenter un défaut de sécurité au sens de la loi, s'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre dans des circonstances normalement prévisibles »⁶.

2. - Défaut de sécurité et défaut de conformité

⁶ L. LEVENEUR, article préc.

Le défaut de sécurité se distingue également du défaut de conformité⁷ entendu comme la différence entre les spécifications contractuelles et ce qui a été effectivement fourni. En effet, l'application de la loi du 19 mai 1988 ne suppose nullement l'existence d'un contrat, le seul critère retenu étant la sécurité et non ce qui a été contractuellement prévu. Le défaut de conformité implique une comparaison entre ce qui a été promis et ce qui a été fourni dans le cadre d'une analyse subjective cependant que le défaut de sécurité implique l'exigence d'une conformité objective avec l'attente légitime de sécurité. En somme, le défaut de sécurité apparaît beaucoup plus large que le défaut de conformité même s'il peut ponctuellement recouper certaines hypothèses de défaut de conformité lorsqu'elles engendrent un danger anormal.

3. - Défaut de sécurité et manquement à l'obligation de sécurité des fabricants et vendeurs

La jurisprudence avait anticipé la création d'une responsabilité du fait des produits défectueux en consacrant, notamment par un célèbre arrêt du 11 juin 1991⁸ dit *Affaire du Mobil home*, une obligation de sécurité (distincte de la garantie des vices cachés) à la charge du vendeur. Cette obligation imposait de « ne livrer que des produits exempts de tout vice ou défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens ». La jurisprudence antérieure avait sans doute le tort d'associer nécessairement le manquement à l'obligation de sécurité à l'existence d'un défaut de fabrication. En particulier, s'agissant des dommages causés par l'implosion d'un téléviseur, la Cour de cassation avait cassé une décision ayant retenu la responsabilité du fabricant, alors qu'il n'était pas établi qu'au jour de la livraison, l'appareil ait présenté un vice de fabrication. Suivant un raisonnement conforme à la logique de la garantie des vices cachés, les juges admettaient que le vendeur professionnel fût « seulement tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens »⁹. Pénétrée par la directive communautaire du 25 juillet 1985, la jurisprudence va progressivement amorcer une évolution.

Applications à la lumière de la directive du 25 juillet 1985. Dans une affaire fameuse dite *Affaire du cerceau brisé*¹⁰, le juge a admis que le non respect de cette obligation entraîne la responsabilité du vendeur professionnel tant à l'égard des tiers que de son acquéreur. L'indifférence de la qualité de la victime, contractant ou tiers, traduit à l'évidence l'influence de la directive communautaire sur le juge. Des décisions subséquentes ont du reste été rendues à la lumière de la directive peu avant l'entrée en vigueur de la loi¹¹. Adoptant la

⁷ Sur la distinction, voir J. CALAIS-AULOY, « Ne mélangeons plus conformité et sécurité », *Dalloz*, 1993, chr., p. 130. Voir aussi, C.A., Paris, 14 septembre 2001, *SARL Les impressions Steve c/SA Epson France*, Resp. civ. et assur., 2002, comm. n° 29, obs. L. GRYNBAUM.

⁸ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991, n° 89-12.748, *Bull. civ. I*, n° 201, RTD civ. 1992, p. 114, obs. P. JOURDAIN, CCC 1991, 219, note L. LEVENEUR, *Dalloz*, 1993, somm., p. 241, obs. O. TOURNAFOND. Voir aussi : Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989, n° 87-16.011, *Dalloz*, 1989, jur., p. 381, note Ph. MALAURIE. Voir aussi en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 1996, *Affaire dite des « lunettes de moto »*, n° 94-21.113, *Bull. civ. I*, n° 354, *Dalloz*, 1997, somm., p. 348, obs. Ph. BRUN.

⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989, n° 87-16.011, arrêt préc.

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 1995, *JCP G*, 1995, I, 3853, obs. G. VINEY, *Dalloz*, 1995, p. 350, note P. JOURDAIN.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, n° 96-12.078, *Bull. civ. I*, n° 95, *Dalloz*, 1999, jur., p. 36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN, *JCP G* 1998, II, 10049, rapp. P. SARGOS : médicament présenté dans une enveloppe non digestible ayant causé un grave abcès intestinal chez un patient ; Cass. 1^{re} civ., 28 avril 1998, *JCP G* 1998, II, 10088, rapp. P. SARGOS : responsabilité d'un centre de transfusion sanguine à la suite de la fourniture de plasma infecté du virus du Sida. La décision est rendue sous le visa suivant : « Vu les articles 1147 et 1384, alinéa premier du Code civil, interprétés à la lumière de la directive C.E.E. n° 85-374 du 24 juillet 1985 ».

formule de la directive, la Cour de cassation décide que « le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à causer un danger pour les personnes ou les biens, c'est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Si certains commentateurs de la loi de 1998 ont prédit la fin de cette jurisprudence d'anticipation de la directive du fait de la transposition¹², d'autres auteurs ont plus récemment affirmé que cette jurisprudence pourrait rester applicable compte tenu de l'intérêt que définition extensive revêt pour les victimes sous réserve de la position du juge communautaire à propos du contenu de l'option de l'article 13 de la directive¹³.

B. - La définition légale du défaut

L'un des apports de la loi consiste à avoir exigé un défaut de sécurité (1) n'impliquant pas une défectuosité intrinsèque comme condition d'application de la responsabilité du fait des produits défectueux. L'extension de la notion qui en résulte se trouve, en outre, renforcée par le rapprochement du défaut de sécurité avec le défaut d'information (2).

1. - L'exigence d'un défaut de sécurité

Sécurité. Selon l'article 1386-4 alinéa 1^{er}, du Code civil, le produit défectueux est celui qui « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». La détermination du défaut implique donc l'élaboration d'un « standard de l'attente légitime de sécurité »¹⁴. Par application de cette disposition, la Cour de cassation affirme que le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tous défauts de nature à causer un danger pour les personnes ou pour les biens. Le défaut ainsi circonscrit est celui qui compromet la sécurité et non pas celui qui porte atteinte à l'utilité du bien. Dans de nombreuses hypothèses, le défaut peut se révéler rétrospectivement à partir du constat du dommage lorsque le produit s'est brisé, abîmé ou dégradé. Tel est le cas dans l'affaire dite des lunettes de moto¹⁵ où des lunettes supposées incassables se sont brisées sous le choc d'un oiseau les ayant heurtées.

Le défaut de sécurité peut plus largement se déduire du non-respect des règles de l'art et des techniques ou encore de l'absence des autorisations administratives requises. Toutefois, le respect des règles de l'art ou des normes existantes lors de la mise en circulation ne suffit pas à purger le produit de tout défaut, pas davantage que le fait d'avoir obtenu l'autorisation administrative de mise sur le marché¹⁶. Le respect de ces normes constitue l'obligation minimale du producteur, mais ne le dispense pas de prendre des mesures destinées à assurer la sécurité des utilisateurs¹⁷.

2. - L'assimilation du défaut de sécurité au défaut d'information

Rigoureusement, le défaut de sécurité et le défaut d'information ne sont pas fongibles si l'on considère que ne pas avertir des dangers d'un produit ne revient pas au même que mettre en circulation un produit anormalement dangereux. Pourtant, l'une des innovations

¹² Voir G. VINEY, chron., *Dalloz*, 1998, p. 291, n° 25, Ch. LARROUMET, chron., *Dalloz*, 1998, p. 311, n° 24, L. LEVENEUR, préc. Comp. P. JOURDAIN, commentaire, *JCP E* 1998, p. 1204, n° 47.

¹³ Ph. BRUN, *Lamy Responsabilité civile, op. cit.*, n° 450-39.

¹⁴ En ce sens, Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op.cit.*, n° 739.

¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 1996, n° 94-21.113, préc.

¹⁶ Article 1386-10 du Code civil.

¹⁷ Déjà en ce sens, à propos du respect des normes administratives, voir Cass. 1^{re} civ., 27 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n° 33.

de la loi a consisté à inclure dans la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, la « présentation du produit », « l'usage » qui en est fait et le moment de la mise en circulation. C'est là une manière d'opérer un rapprochement entre le fait de ne pas informer et celui de faire courir un danger du fait d'un produit¹⁸. L'article 1386-4, alinéa 2, du Code civil, dispose ainsi que « dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation ».

Sur le fondement de cette disposition, la Cour de cassation décide désormais de manière constante que le défaut de sécurité peut résulter de l'insuffisance d'information et de mise en garde contre les dangers potentiels du produit, sans qu'il soit nécessaire qu'il soit affecté d'un défaut intrinsèque¹⁹.

Le défaut au sens de la loi peut donc résulter de la « présentation » du produit, cette terminologie englobant les modalités d'emballage, les conditions d'utilisation et les contre-indications, signalées dans les notices d'utilisation et sur l'emballage, les systèmes de sécurité mis en place, etc. Ainsi, dans le cas particulier des effets secondaires pouvant être provoqués par des médicaments, le défaut ou l'insuffisance d'information sur ces éventuels effets secondaires peuvent être constitutifs d'un défaut de sécurité du produit²⁰. À titre d'exemple, la Cour de cassation a admis que la défectuosité du vaccin contre l'hépatite B peut être déduite de l'absence de mention dans la notice l'accompagnant, du risque de développer une sclérose en plaques²¹. Plus généralement, s'agissant des produits de santé, c'est le bilan entre les avantages et les risques qui est la directive d'appréciation du juge, car on ne peut pas

¹⁸ Le rapprochement des deux notions avait déjà été opéré en jurisprudence, voir Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 1986, n° 84-11.443, *JCP G* 1987, II, 20721, note G. VIALA et A. VIANDIER, *RTD civ.* 1986, p. 777, note J. HUET. Comp. Paris, 23 septembre 2004, *Dalloz*, 2005, p. 1012, note A. GORNY.

¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2006, n° 05-11.604, *Bull. civ. I*, n° 467, *RDC* 2007, p. 312, note J.-S. BORGHETTI, *RTD civ.* 2007, p. 139, obs. P. JOURDAIN, *Dalloz*, 2006, Inf. rap., p. 2950, CCC 2007, n° 60, note G. RAYMOND, *ibid.*, n° 64, note L. LEVENEUR : l'insuffisance d'informations, dans les conditions générales de vente d'un produit (béton), sur l'ensemble des mesures de protection à prendre lors de son utilisation pour éviter les brûlures permet de retenir le caractère défectueux de ce produit. Comp. Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, n° 02-166.48, *RTD civ.* 2006, p. 325, obs. P. JOURDAIN, *RTDC* 2006, p. 841, note J.-S. BORGHETTI (s'agissant du médicament coupe-faim Isoméride dont les risques d'hypertension artérielle pulmonaire n'ont pas été signalés lors de la prescription) et Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, n° 03-20.178, *ibidem*, (à propos de l'hormone de croissance), et *Resp. civ. assur.*, 2006, comm. 91, obs. C. RADE. Comp. Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, n° 03-20.534, à propos du vaccin contre l'hépatite B, *ibidem*). Une solution identique a été retenue s'agissant d'un médicament vétérinaire inadapté à un traitement préventif d'oiseaux exotiques et dont l'indication thérapeutique destinée aux oiseaux d'élevage n'avait pas été mentionnée sur le conditionnement du produit ; cette absence d'indication est une faute du producteur : Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 2005, n° 02-18.815, *Dalloz*, 2006, p. 565 : Si l'arrêt fut rendu sous le visa de l'article 1382 du Code civil, la solution aurait été la même en application de l'article 1386-4, al.2).

²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2005, n° 02-11.947 et n° 02-12.065, préc. *Adde* : C.A., Paris, 23 septembre 2004, préc. : les effets secondaires pouvant être provoqués par des médicaments, le défaut ou l'insuffisance d'information sur ces éventuels effets secondaires peuvent être constitutifs d'un défaut de sécurité du produit. Rapp. : Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 2007, n° 06-14.174, *Resp. civ. et assur.*, 2008, comm. 30, note Ch. RADE, *Contrat, conc. consom.* 2008, comm. 64, note L. LEVENEUR, *JCP G* 2008, I, 125, n° 9, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2008, p. 306, note J.-S. BORGHETTI : le produit cosmétique (produit anti-rides) dont les effets secondaires (nodules inflammatoires) ne sont pas signalés dans la notice remise à la patiente, bien que signalés dans la littérature médicale, n'offre pas la sécurité attendue.

²¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2009, n° 08-11.073, *Bull. civ. I*, n° 176, *Dalloz*, 2009, *AJ*, p. 1968, obs. I. GALLMEISTER, *ibidem*, 2010, Pan., p. 49, obs. Ph. BRUN, *RTD civ.* 2009, p. 735, obs. P. JOURDAIN, *RDC* 2010, p. 79, obs. J.-S. BORGHETTI, *JCP* 2009, n° 41, p. 13, note P. SARGOS, *ibidem*, 2010, n° 456, § 10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *Gaz. Pal.*, 2009, p. 2595, avis LEGOUX, *Dr. fam.*, 2009, n° 135, note J. JULIEN, *RLDC* 2009/64, n° 3571, obs. J.-Ph. BUGNICOURT, CCC, 2009, n° 262, obs. LEVENEUR ; *RLDC* 2010/69, n° 3736, note C. DERYCKE et Ch.-H. CARON : Dictionnaire médical et notice ultérieure mentionnant la sclérose en plaques comme effet possible d'un vaccin, la notice de présentation ne contenant pas cette information.

s'attendre à ce qu'un médicament ne présente jamais, et pour personne, un effet secondaire indésirable. Si l'autorisation de mise sur le marché n'est délivrée qu'après qu'ait été établi ce bilan, elle est délivrée sous réserve des droits des tiers. Or, le certificat de libre vente délivré par l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (AFSSPS) n'est pas un obstacle à la reconnaissance et la constatation d'un défaut du produit²². En dehors de l'hypothèse des médicaments et de leurs effets secondaires, il a été décidé que l'insuffisance d'informations dans les conditions générales de vente d'un produit, sur l'ensemble des mesures de protection à prendre lors de son utilisation pour éviter les brûlures permet de retenir le caractère défectueux de ce produit²³.

II. - La reconnaissance du défaut par le juge français

La reconnaissance du défaut est livrée à une appréciation fine du juge (A) qui ne sera en mesure de l'admettre qu'à la condition que la victime ait satisfait aux exigences probatoires (B).

A. - L'appréciation du défaut par le juge

Le caractère défectueux du produit relève à l'évidence de l'appréciation des juges guidés par les dispositions de l'article 1386-4 du Code civil. Dans la mesure où la loi ne vise que « la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre », le juge est tenu de procéder à une appréciation *in abstracto*²⁴. Il est alors inutile de rechercher ce qu'attendait le cocontractant du vendeur ou l'utilisateur du produit. Seul importe ce qui pouvait l'être raisonnablement, de façon objective²⁵, seul compte l'attente légitime envisagée comme l'attente commune d'un utilisateur moyen²⁶.

L'article 1386-4 précise, dans ses alinéas 2 et 3, qu'il convient, pour apprécier le défaut de sécurité du produit, de tenir compte « de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation »²⁷. Le texte ajoute qu'« un produit ne peut être considéré comme défectueux du seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été postérieurement mis en circulation »²⁸.

S'agissant du premier point, l'obligation faite au producteur d'assurer la sécurité de ses produits est doublement limitée.

D'une part, il doit être tenu compte de l'usage « qui peut être raisonnablement attendu » du produit. Positivement, cela implique une approche modulée de l'attente légitime de sécurité selon la nature du produit. C'est dire que « l'attente légitime est proportionnelle à l'innocuité naturelle du produit et inversement proportionnelle à son danger potentiel »²⁹. Il est alors évident que cette attente sera d'autant plus légitime que l'utilisation faite du produit considéré aura été irréprochable. Réciproquement, les efforts réalisés par le producteur pour

²² Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2009, n° 08-12.632, 08-14.197, 08-20.706, *RDC* 2009, p. 619, note J.-S. BORGHETTI, à propos d'un produit cosmétique (Dermalive, produit de comblement des rides provoquant des granulomes).

²³ Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2006, n° 05-11.604, arrêt préc.

²⁴ Sur cette question, voir spéc. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Dalloz*, Action, 2010/2011, n° 8421.

²⁵ L. LEVENEUR, article préc.

²⁶ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit. et loc. cit.* La directive utilise le terme « grand public » dans son considérant 6.

²⁷ Article 1386-4, al.2, du Code civil.

²⁸ Article 1386-4, al.3 du Code civil

²⁹ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 8421.

avertir le grand public doivent être pris en compte pour mettre à jour les manipulations malencontreuses prévisibles³⁰. Négativement en effet, le producteur n'a pas à garantir la sécurité en toutes circonstances et, par conséquent, n'est pas tenu d'anticiper sur les toutes les éventualités, même les plus extravagantes.

D'autre part, l'appréciation du défaut s'opère en tenant compte du « moment de la mise en circulation » du produit. Il résulte de cette précision que le producteur ne peut se voir reprocher de ne pas avoir pris des mesures de sécurité qui n'existaient pas au moment de la mise en circulation³¹.

S'agissant du le second point, l'article 1386-4, alinéa 3 dispose qu'un produit ne peut pas être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation. Le législateur a sans nul doute pris la peine de souligner cette évidence que l'obsolescence ne tient pas lieu de défaut de sécurité dans le but de ne pas décourager le progrès technique³².

B. - La preuve du défaut

Les difficultés suscitées par la preuve du défaut doivent être appréhendées à la fois tant sous l'angle de la charge de la preuve (1) que de son objet (2).

1. - Charge de la preuve

Conformément à la directive du 25 juillet 1985, l'article 1386-9 du Code civil attribue clairement la charge de la preuve en énonçant que « le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage ». En outre, l'exigence de l'antériorité du défaut à la mise en circulation est implicitement contenue dans l'article 1386-11 2° qui permet au producteur de se soustraire à son obligation de réparation en rapportant la preuve que le défaut n'existait pas au moment de cette mise en circulation³³. Le législateur consacre ainsi une solution très proche de celle retenue en droit commun, qu'il s'agisse de responsabilité délictuelle ou contractuelle³⁴, sauf à réserver l'hypothèse dans laquelle le demandeur préférerait se fonder sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil qui offre l'avantage sur les articles 1386-1 et suivants de renfermer « des présomptions qui dispensent dans certains cas la victime de prouver le fait actif »³⁵.

Il convient de souligner la difficulté de la tâche du juge car la rareté du danger ne suffit pas à purger le produit du défaut tandis que l'anormalité est au cœur du mécanisme. Se mêlent ainsi le doute et la certitude scientifique relativement au danger potentiel du produit, ce qui ramène au premier plan la conviction du juge, invité à porter un jugement de valeur sur la conformité du produit à l'attente légitime de sécurité³⁶. S'ajoute à cela que le débat se déplace sans cesse de l'existence du défaut de sécurité au lien de causalité³⁷, de sorte que le juge doit se prononcer concomitamment sur ces deux points interdépendants pour décider d'admettre l'application de la responsabilité du fait des produits défectueux. À cet égard, si le

³⁰ Ph. BRUN, *Lamy Responsabilité*, *op. cit.*, n° 450-41 et les réf. citées.

³¹ Voir L. LEVENEUR, article préc.

³² En ce sens, voir L. LEVENEUR, article préc., p. 28, spéc., p. 30, n° 8. *Adde* : Ph. BRUN, *Lamy Responsabilité*, *op. cit.*, n° 450-41.

³³ En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, t. II, *L.G.D.J.*, 3^e éd., 2011, n° 786-5.

³⁴ Sur le détail de cette question, voir spéc. Ph. BRUN, *Lamy Responsabilité*, *op. cit.*, n° 450-43.

³⁵ Ph. BRUN, *Lamy Responsabilité*, *op.cit. et loc. cit.*

³⁶ En ce sens, Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 741.

³⁷ Sur le détail de cette question, voir l'éclairante analyse de M. le Professeur BRUN, *Lamy Responsabilité*, *op. cit.*, n° 450-43.

fardeau de la preuve pèse sur le demandeur, à charge pour le juge de forger sa conviction sur l'existence d'un danger anormal dans des conditions habituelles d'utilisation, la jurisprudence a pu admettre la preuve par du lien de causalité entre le dommage et le défaut par le jeu des présomptions de fait de l'article 1353 du Code civil, en particulier dans un arrêt remarqué du 22 mai 2008 rendu à propos de vaccinations anti-hépatite B³⁸. Il faut toutefois souligner que la jurisprudence subséquente paraît particulièrement instable et l'admission de la preuve par présomptions s'avère en réalité très théorique³⁹, ce qui suscite la critique de la doctrine.

Dans le contentieux particulier du Distilbène⁴⁰ (du nom de la molécule administrée aux mères de femmes contaminées *in utero* et présentant des malformations ou maladies de l'utérus à l'âge adulte), la Cour de cassation a cependant admis une règle originale, en décidant que lorsque la molécule du DES a été la cause directe de la pathologie tumorale, autrement dit lorsque la victime a établi avoir été exposée *in utero* à la molécule litigieuse, il appartient à chacun des laboratoires de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage. Cette évolution ouvre de nouvelles perspectives aux victimes prises au piège d'une impasse probatoire. L'écoulement du temps rend, en effet, impossible la preuve directe de l'absorption par leur mère du médicament litigieux et toute mise en relation avec la pathologie alléguée. C'est ainsi une sorte de présomption de causalité qui est instituée en faveur des victimes du Distilbène⁴¹ dont le bénéfice a été étendu ensuite au contentieux des infections nosocomiales⁴².

2. - Objet de la preuve

Le produit défectueux est celui qui crée un danger pour les personnes ou pour les biens. Or dans la mesure où l'obligation de réparation implique que le danger potentiel se concrétise dans un dommage, on pourrait être tenté de considérer que la seule preuve du

³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n° 06-10.967, Arrêt Gacem, Ph. BRUN et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, Vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : ombres et lumières sur une jurisprudence instable, *RLDC* 2009/52, n° 3102 ; *Gaz. Pal.*, 2009, jur., p. 56, note Cl. LEQUILLERIER, *Dalloz*, 2008, p. 2894, note P. JOURDAIN, *Gaz. Pal.*, 2008, jur., p. 48, note S. HOCQUET-BERG, *JCP G* 2008, I, n° 186, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *JCP G* 2008, II, n° 10031, note L. GRYNBAUM, *Resp. civ. et assur.*, 2008, étude 8, note Ch. RADE, *RTD civ.* 2008, p. 492, obs. P. JOURDAIN, *JCP E* 2008, n° 38, p. 27, note B. DAILLE-DUCLOS, *Dalloz*, 2008, p. 1544, obs. I. GALLMEISTER, *RDSS* 2008, p. 578, note J. PEIGNE, *LPA* 2008, n° 169, p. 6, note C. SINTEZ.

³⁹ Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2010, n° 09-16.556, *Bull. civ. I*, n° 245, *RLDC* 2011/78, n° 4085, obs., G. LE NESTOUR DRELON, *Dalloz*, 2011, p. 316, note Ph. BRUN, *Dalloz*, 2010, Pitié pour les victimes, p. 2825, édito. par F. ROME, *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. 24, obs. Ch. RADE, *RTD civ.* 2011, pp. 134 et s., obs. P. JOURDAIN, *RDSS* 2011, p. 164, obs. J. PEIGNE, *Dalloz*, 2010, p. 2909, obs. I. GALLMEISTER, *Dalloz*, 2011, p. 2565, obs. A. LAUDE, *ibid.*, p. 2891, obs. Ph. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et I. GELBARD-LE DAUPHIN, *JCP* 2010, n° 1201, obs. P. MISTRETTA, *JCP* 2011, n° 79, note J.-S. BORGHETTI. Sur cette question, voir A. VIGNON-BARRAULT, *Lamy Responsabilité*, Etude 270, Le lien de causalité, Condition de la responsabilité, Actualisation à paraître en mai 2012.

⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, deux arrêts, n° 08-16.305, *Bull. civ. I*, n° 187 et n° 08-10.081, *Bull. civ. I*, n° 186, *RLDC* 2009/65, n° 3605, obs. J.-Ph. BUGNICOURT, *Dalloz*, 2010, p. 51, obs. Ph. BRUN, *RTD civ.* 2010, p. 111, obs. P. JOURDAIN, *Resp. civ. et assur.*, 2009, étude 15, par Ch. RADE, *RDSS* 2009, pp. 1161-1165, *JCP G* 2009, n° 44, 381, note S. HOCQUET-BERG, *JCP G* 2010, n° 16, 19 avril 2010, 456, n° 7, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2010, p. 90, obs. J.-S. BORGHETTI, *Gaz. Pal.*, 25 et 26 novembre 2009, p. 14, note de J.-A. ROBERT et A. REGNIAULT, *LPA* 2010, n° 227, p. 12, note A. VIGNON-BARRAULT.

⁴¹ Pour une confirmation, voir Cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, n° 08-18.837, *Bull. civ. I*, n° 22, *RLDC* 2010/69, n° 3741, obs. J.-Ph. BUGNICOURT, *Dalloz*, 2011, p. 35., note Ph. BRUN, *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. 80 par Ch. RADE, *Gaz. Pal.*, 10 mars 2010, p. 18, note M. MEKKI, *LPA* 2010, n° 227, p. 12, note A. VIGNON-BARRAULT : lien entre le Diethylstilbestrol et la stérilité.

⁴² Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2010, n° 09-67.011, *Bull. civ. I*, n° 137, *RDC* 2010, p. 1247, obs. G. VINEY, *JCP G* 2010, n° 36, 870, note O. GOUT, *JCP G* 2010, n° 41, 1015, obs. C. BLOCH, *Dalloz*, 2010, p. 1625, obs. I. GALLMEISTER, *Dalloz*, 2010, p. 2098, obs. C. CRETON.

dommage imputable au produit suffit à déclencher la responsabilité du fait des produits défectueux, sans qu'il soit nécessaire de prouver son défaut. Cette analyse ne saurait toutefois prospérer car de nombreux produits sont intrinsèquement dangereux sans pour autant porter atteinte à la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. C'est pourquoi la Cour de cassation ne tient pas pour synonymes le produit dangereux et le produit défectueux⁴³. L'application du régime de responsabilité du fait des produits défectueux suppose que le demandeur établisse la cause exacte du dommage en excluant toute autre cause telle que la vulnérabilité de la victime au produit. Toutefois, il a été jugé qu'il importe peu que les causes exactes du sinistre, en l'occurrence l'explosion de la vitre d'un insert de cheminée, ne soient pas établies, dès lors que le demandeur établit que le produit n'offre pas une sécurité normale, le producteur ayant la charge de la preuve d'une cause exonératoire ou de la faute de l'utilisateur⁴⁴. De la même manière, le seul fait que le produit ait été le révélateur de désordres existants ne suffit pas à reconnaître son caractère défectueux. Ainsi, un désherbant, dont les rapports d'expertise concluent à l'absence de toxicité, lequel n'a fait que révéler des désordres dus à d'autres facteurs, n'est pas défectueux au sens du texte⁴⁵.

⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2005, n° 02-11.947, 02-12.065, préc. : censure d'une cour d'appel qui, pour condamner un laboratoire pharmaceutique poursuivi par un patient, avait relevé que certains principes actifs du médicament en cause sont dangereux même si la manifestation du danger est rare.

⁴⁴ T.G.I., Aix-en-Provence, 2 octobre 2001, *Dalloz*, 2001, Inf. rap., p. 3092.

⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 2009, n° 08-15.171, *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 61, note G. RAYMOND, *RDC* 2010, p. 619, note J.-S. BORGHETTI.