

Le défaut dans la responsabilité du fait des produits (Rapport anglo-américain)

par

Nuno-Manuel PINTO OLIVEIRA

I.

Ce rapport-ci, il doit être lu avec deux précautions, dont l'absence serait la cause d'un « défaut d'information » : en tant que juriste européen, je ne connais pas en profondeur le droit américain de la responsabilité du fait des produits ; en tant que juriste européen « continental », je ne connais pas en profondeur le droit anglais de la responsabilité du fait des produits. - La directive du 25 juillet 1985 étant d'harmonisation totale, je peux pourtant supposer que le droit de l'Angleterre ressemble les droits de l'Allemagne ou de la France. - Le risque de commettre des erreurs, des erreurs plutôt graves, s'accroît du fait de l'importance de la contribution du droit nord-américain au développement des principes et des règles de la responsabilité du fait des produits.

Les comparatistes les plus distingués, tels que les allemands Zweigert et Kötz, disent que le droit des États-Unis a été „*bahnbrechend*“¹. Or, ce mot-ci, „*bahnbrechend*“, on peut le traduire de deux manières distinctes : d'une manière plus littérale, mais probablement moins fidèle à la pensée de ces deux auteurs-là, on peut l'interpréter comme l'expression d'une rupture, plus ou moins radicale, avec les chemins que la doctrine et la jurisprudence avaient parcourus; d'une manière moins littérale, mais probablement plus fidèle à leur pensée, on peut l'interpréter comme l'expression d'une vraie et propre « *révolution* ».

Le caractère « révolutionnaire » de la doctrine et de la jurisprudence nord-américaines des années 1960 et 1970, est presque toujours admis, qu'il soit accepté ou qu'il soit refusé. Ceux qui disaient que le changement survenu aux années 1960 et 1970 n'a pas été « dramatique »², ne font aujourd'hui que la minorité ; ceux qui disent que le changement a été « *dramatique* » ou « *révolutionnaire* » font la majorité - l'immense majorité. L'affirmation de l'autonomie du (sous-)système de responsabilité civile du fait des produits ne saurait être décrite que comme un changement « dramatique »³ ; l'affirmation, à l'intérieur de ce (sous-)système de responsabilité civile, d'un principe général de responsabilité objective, soit-elle « absolue » soit-elle tout simplement « stricte », ne saurait être décrite que comme un changement « révolutionnaire »⁴. Confronté au devoir de décrire l'architecture d'un droit dont l'importance est absolument extraordinaire, j'ai trouvé du confort à la lecture d'un article de Grant Gilmore⁵. Ce grand juriste américain y admettait qu'il ne connaissait pas tous les

¹ K. ZWIEGERT / H. KÖTZ, *Einführung in der Rechtsvergleichung*, 3^e ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, p. 678.

² Voir par exemple, R.-N. McKEAN - apud Grant Gilmore, "Products Liability: A Commentary", in: *University of Chicago Law Review*, vol. 38 (1970-1971), pp. 103-116 (108-109) : "the magnitude of the shift in liability assignment so far has not been dramatic. The main thing that has happened lately is a further modest increase in the probability that injured persons will be compensated by the producer."

³ Voir par exemple, G. GILMORE, "Products Liability: A Commentary", *op. cit.*, p. 110 : "The coming into use of such a term as "Products Liability" suggests that we are beginning to make such a differentiation - or at least that those who use the term think that we ought to make such a differentiation".

⁴ G.-L. PRIEST, "Strict Products Liability: The Original Intent", in: *Cardozo Law Review*, vol. 10 (1989), pp. 2301-2327 (2302) : "That a revolution occurred in tort law since the mid-1960s is not in doubt".

⁵ G. GILMORE, "Products Liability: A Commentary", *op. cit.*, pp. 103-116.

aspects, y compris les plus difficiles, du droit de la responsabilité du fait des produits. - En l'admettant, Gilmore disait cependant que son but serait celui d'apprécier, d'une façon ingénue, les « mystères » de ce droit-ci : “*My function is evidently to comment, in a childlike fashion (sic!), on these mysteries*”, déclarait Grant Gilmore, tout en ajoutant :

“*more or less, it may be, like the little boy who, rightly or wrongly, cried out in mid-procession that the Emperor had no clothes on*”⁶.

Les développements les plus récents ont rendu le droit américain plus difficile, plus « mystérieux » ; ils l'ont rendu encore plus difficile, ils l'ont rendu encore plus « mystérieux ». La tendance des années 1960 et 1970 à l'affirmation d'un principe général de responsabilité objective du fait des produits a été remplacée par la tendance du dernier décennie du XX^e siècle et des premiers décennie du XXI^e siècle à la distinction des principes et des règles qui devraient s'appliquer aux « défauts de fabrication » (“*manufacturing defects*”), aux « défauts de conception » (“*design defects*”) et aux « défauts d'information » (c'est-à-dire, aux défauts découlant de “*inadequate instructions or warnings*”). Le principe d'une responsabilité objective, « sans faute », s'appliquerait aux « défauts de fabrication ». Les principes d'une responsabilité « sans faute », soit-elle « absolue » ou « stricte », ne s'appliqueraient pourtant pas « défauts de conception » et aux « défauts d'information » - du moins, il ne s'appliquerait aux « défauts de conception » et aux « défauts d'information » sans limitations. La « révolution » des années 1960 et 1970, dont l'expression la plus évidente a été l'article (« section ») 402A du *Restatement (Second) of Torts* a fait sa place à la « contre-révolution ». Si, jusqu'à la fin des années 1990, on pourrait parler d'une « (contre-)révolution silencieuse », d'une « *quiet [counter-]revolution* »⁷, depuis la fin des années 1990 - c'est-à-dire : depuis le - *Restatement (Third) of Torts: Product Liability* -, on ne saurait parler que d'une « contre-révolution » tout court.

II.

Le droit anglo-américain « classique » de la responsabilité du fait des produits distinguait deux hypothèses : - s'il y avait un rapport contractuel « direct » entre le producteur et la victime, le producteur était responsable du dommage causé du défaut du produit⁸ ; - s'il n'y avait pas de rapport contractuel « direct », le producteur n'était pas responsable. Il ne l'était (presque) jamais.

A. - Le dommage s'étant produit dans le cadre d'un rapport contractuel « direct », la victime pouvait se prévaloir des deux types de responsabilité civile

En premier lieu, la victime pouvait se prévaloir de la responsabilité *contractuelle*. La vente d'un produit défectueux engagerait la responsabilité *contractuelle* du producteur / du vendeur du fait de la violation de la garantie (“*warranty*”).

La “*warranty*” - l’“*implied warranty*” - du droit anglo-américain, elle a un double sens : d'une part, il s'agit d'une garantie (“*implied*” : tacite) de la conformité des biens⁹

⁶ G. GILMORE, “Products Liability: A Commentary”, *op. cit.*, p. 103.

⁷ Voir J.-A. HENDERSON, Jr. / T. EISENBERG, “The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change”, in: *UCLA Law Review*, vol. 37 (1990), pp. 479-553

⁸ Voir F. KESSLER, “Products Liability”, in: *The Yale Law Journal*, vol. 76 (1967), pp. 887-938 (887) : “*So long as manufactured goods reached the ultimate consumer with the help of a single sales transaction, the producer's liability for defective goods did not present a special problem*”.

⁹ Voir par exemple, les §§ 2-313 à 2-315 de l’“*Uniform Commercial Code*”.

et, d'autre part, il s'agit d'une garantie (tacite) de la sécurité des biens vendus¹⁰. Le vendeur est responsable envers l'acheteur des "*consequential damages*", découlant de la violation de la garantie contractuelle : - "*Consequential damages resulting from the seller's breach include [...] injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty*"¹¹.

En second lieu, la victime pouvait se prévaloir de la responsabilité *délictuelle*.

La vente d'un produit défectueux engagerait la *responsabilité délictuelle* du producteur / du vendeur du fait de la violation d'un "*duty of care*" vis-à-vis l'acheteur. Il s'agirait donc d'appliquer le « *tort* » de "*negligence*".

B. - Le dommage s'étant produit hors du cadre d'un rapport contractuel « direct », la victime ne pouvait se prévaloir d'aucun des deux types de responsabilité

En premier lieu, la doctrine de l'effet relatif du contrat - "*privity of contract*"¹² - faisait l'obstacle à l'application des principes de la responsabilité contractuelle ; en second lieu, la doctrine de l'effet relatif du contrat faisait l'obstacle à l'application des principes de la responsabilité délictuelle¹³.

L'arrêt anglais *Winterbottom v. Wright* (1842) avait affirmé la "*privity rule*"¹⁴ : La responsabilité contractuelle du producteur / du vendeur vis-à-vis l'acheteur exclut la responsabilité délictuelle du producteur / du vendeur vis-à-vis les tiers¹⁵. Le producteur / vendeur ne serait point tenu de réparer le dommage causé aux proches de l'acheteur; à l'usager des biens, que ne les a pas achetés ; aux proches de l'usager des biens, que ne les a pas achetés; ou aux "*bystanders*", c'est-à-dire : à ceux qui sont hors de la chaîne de production et de consommation. Compte tenu de la "*privity rule*", le droit anglo-américain était plutôt simple : - Il n'y avait point de responsabilité délictuelle du fait des produits défectueux¹⁶.

C. - Les difficultés du système « classique » de responsabilité civile sont évidentes

¹⁰ Voir par exemple, le § 2-715 (2) (b) l'"*Uniform Commercial Code*".

¹¹ Le texte du § 2-715 (2) (b) de l'"*Uniform Commercial Code*" fait la distinction entre deux types de "damages", les "*consequential damages*" et les "*incidental damages*" :

"(1) *Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach.*

(2) *Consequential damages resulting from the seller's breach include (a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and (b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty*".

¹² Sur la doctrine de la "*privity of contract*", vide par exemple P.-S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 5^e ed., Oxford University press, Oxford, 1995, pp. 373 ss.

¹³ Voir F. KESSLER, "Products Liability", *op. cit.*, p. 889 : "*Tort liability arising out of breach of contract was limited (at least in the common law) by notions akin to privity. Indeed, it was, and in many countries still is strongly influenced by the requirement that the injury must be directly brought about by the tortfeasor. To hold otherwise, it was felt, might impose crushing burdens on the manufacturer*".

¹⁴ D.-A. KYSAR, "The Expectations of Consumers", in: *Columbia Law Review*, vol. 103 (2003), pp. 1700-1790 (1709) - Kessler parlait d'un principe de "*direct injury*", ("Products Liability", *op. cit.*, p. 890).

¹⁵ *Winterbottom v. Wright* 152 Eng. Rep. 402 (Exemple : Ch. 1842) ; sur l'arrêt *Winterbottom v. Wright*, voir par exemple J.-G. FLEMING, *The Law of Torts*, 8^e édition, The Law Book Company, Sydney, 1992, pp. 451-452.

¹⁶ D.-A. KYSAR, "The Expectations of Consumers", *op. cit.*, p. 1709.

Le dommage s'étant produit dans le cadre d'un rapport contractuel « direct » entre le producteur et la victime, la responsabilité du producteur pouvait être exclue ou limitée. Les parties pouvaient stipuler des clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter les devoirs et, par conséquent, la responsabilité du vendeur (“*exemption clauses*”)¹⁷ ; les parties n'ayant pas stipulé des clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter les devoirs du vendeur, le droit commun ou le droit législatif pouvait fixer les conditions (par exemple, les délais) pour l'exercice des droits de l'acheteur¹⁸. - Le dommage s'étant produit hors du cadre d'un rapport contractuel « direct » entre le producteur et la victime, la responsabilité civile du producteur serait toujours exclue.

La structure des sociétés dont l'économie n'a pas été transformée du fait de l'industrialisation permettait les rapports d'échange « directs » entre le producteur et le consommateur ; la structure des sociétés dont l'économie a été transformée du fait de l'industrialisation ne le permet pas ; la proximité entre producteur et consommateur étant possible, les rapports contractuels « directs » entre ces deux sujets-ci faisaient probablement la règle ; la proximité entre le producteur et le consommateur étant impossible, les rapports contractuels « directs » ne font qu'une exception - qu'une exception plutôt rare. La position d'un producteur protégé par la “*privity rule*” par rapport aux dommages causés à l'acheteur ou à l'utilisateur serait, par conséquent, celle de l'« immunité »¹⁹.

III.

En ce qui concerne le système « classique » de *responsabilité contractuelle*, la doctrine et la jurisprudence anglo-américaines ont (pro)posé ce principe-ci :

- Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la garantie de sécurité des produits sont contraires à l'ordre public (à la “*public policy*”) ; étant contraires à l'ordre public, elles sont nulles de plein droit (“*void*”).
- La Cour Suprême de New Jersey a déclaré, à l'arrêt *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*²⁰, que : - “*the disclaimer of an implied warranty of merchantability by the dealer, as well as the attempted elimination of all obligations other than replacement of defective parts, are violative of public policy and void*”.
- En ce qui concerne le système « classique » de *responsabilité délictuelle*, la doctrine et la jurisprudence anglo-américaine ont (pro)posé la dérogation de la “*rule of privity*”.
- Le problème posé par le principe de la “*privity of contract*” étant la conséquence d'une “*fallace*”²¹, il fallait corriger cette erreur.
- En droit américain, l'arrêt de la Cour d'appel (“*Court of Appeals*”) de l'État de New-York à l'affaire *MacPherson v. Buick Motor Co.* dérogeait la “*rule of privity*” pour ne pas l'appliquer à la responsabilité civile du fait des produits²².

¹⁷ Sur l'extension des effets des clauses exonératoires à la responsabilité extracontractuelle, voir par exemple P. - S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, op. cit., pp. 376-379.

¹⁸ Voir K. ZWIEGERT / H. KÖTZ, *Einführung in der Rechtsvergleichung*, op. cit., p. 677.

¹⁹ D.-A. KYRAN, “The Expectations of Consumers”, op. cit., p. 1709.

²⁰ 2 N.J. 358, 161 A.2d 69, 75 A.L.R.2d 1 (1963).

²¹ J.-G. FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., p. 482 ; P.-S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, op. cit., p. 374.

²² 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

Le fondement « immédiat » de l'obligation de sécurité serait la loi. Compte tenu de ce « fondement immédiat » ci, l'existence de rapports contractuels « directs » entre le producteur et la victime n'aurait aucune importance à la fin de limiter responsabilité pour les dommages prévisibles découlant de leur violation :

“If the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger. Its nature gives warning of the consequence to be expected. If to the element of danger there is added knowledge that the thing will be used by persons other than the purchaser, and used without new tests, then, irrespective of contract, the manufacturer of this thing of danger is under a duty to make it carefully. That is as far as we need to go for the decision of this case. [...] If he is negligent, where danger is to be foreseen, a liability will follow”.

En droit anglais, le principe posé l'arrêt de la Cour d'appel (“*Court of Appeals*”) de l'État de New York à l'affaire *MacPherson v. Buick Motor Co.* a été développé par l'arrêt de la “*House of Lords*” à l'affaire *Donoghue v. Stevenson* développait le principe de la dérogation de la “*rule of privity*”²³. Le « tort » de “*negligence*” dépendait d'un rapport de « *proximité* » entre l'auteur et la victime.

Les mots avec lesquels Lord Atkin a décrit ce rapport de « *proximité* » ci sont célèbres : - “*There must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances.[...] The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer's question: Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be - persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions that are called in question”.* - Les mots suivants de l'arrêt, avec lesquels Lord Atkin applique l'exigence d'un rapport de « *proximité* » à la responsabilité civile du fait des produits, ils sont peut-être moins célèbres :

“a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care”.

La correction de la “*privity of contract fallacy*”, elle était pourtant insuffisante. Entre les conditions de responsabilité délictuelle, aux termes du « tort » de “*negligence*”, et les conditions de la responsabilité contractuelle, il y avait une différence fondamentale : La responsabilité délictuelle, aux termes du « tort » de “*negligence*”, dépendait de la violation d'un devoir de diligence (d'un “*duty of care*”) ; la responsabilité contractuelle n'en dépendait pas. La responsabilité délictuelle, aux termes du « tort » de “*negligence*”, est une responsabilité subjective, « pour faute ». La responsabilité contractuelle, une responsabilité objective, « sans faute ». - La “*breach of warranty*” n'équivaut nullement à la

²³ *Donoghue v. Stevenson* [1932] UKHL 100 (1932).

violation « fautive » d'un devoir (à la "*breach of duty*"), qu'il s'agisse de la violation d'un devoir de diligence - d'un "*duty of care*" - ou non.

C'est-à-dire : - S'il y avait des rapports contractuels « directs » entre le producteur et la victime, la responsabilité civile du producteur serait objective, « absolue » ou « stricte » ; s'il n'y avait pas de rapports contractuels « directs », la responsabilité du producteur serait subjective. Le producteur répondrait du fait de la violation d'un "*duty to the consumer to take [...] reasonable care*".

En des termes théoriques, le droit anglo-américain résultant des arrêts *MacPherson v. Buick Motor Co.* et *Donoghue v. Stevenson*, accorderait au consommateur le droit à la réparation des dommages subis, à condition de faire la preuve de la violation d'un "*duty to the consumer to take [...] reasonable care*" ; en des termes pratiques, le droit anglo-américain ne lui accorderait le droit à la réparation qu'à des cas extraordinaires. Compte tenu de la complexité technique des processus de production contemporains, le consommateur n'est pas en position de faire la preuve d'une "*breach of duty*" du producteur.

IV.

Le *principe général* de responsabilité subjective, « *pour faute* », étant insuffisant, car le consommateur n'était pas en position de faire la preuve d'une "*breach of duty*", le problème de la responsabilité civile du producteur ne pouvait se résoudre qu'au moyen d'un *principe général* de responsabilité objective.

Les solutions « *contractualistes* » proposaient d'atténuer les différences entre les deux situations décrites au moyen de l'application de la garantie contractuelle de sécurité hors des rapports contractuels « *directs* » entre le producteur et la victime ; les solutions « *extra-contractualistes* » proposaient d'atténuer les différences entre les deux situations au moyen de l'application de deux principes de responsabilité objective, « *sans faute* » : - s'il y avait des rapports contractuels « *directs* » entre le producteur et la victime, la responsabilité objective, « *sans faute* », du producteur était la conséquence de l'*application* des principes et des règles généraux du droit des contrats ; - s'il n'y avait pas de rapports contractuels « *directs* » entre le producteur et la victime, la responsabilité objective devrait être la conséquence du *développement* des principes et des règles spécifiques du droit de la responsabilité civile.

Au cadre des solutions « *contractualistes* », il s'agissait surtout de surmonter l'obstacle posé par la *présence* du principe général - celui de l'effet relatif du contrat, c'est-à-dire : celui de la "*privity of contract*" - ; ce phénomène-ci, il a été décrit *épiquement* comme « *l'assaut à la citadelle* »²⁴ ; au cadre des solutions « *extra-contractualistes* », il s'agissait surtout de surmonter l'obstacle posé par l'*absence* d'un principe général de responsabilité objective, « *sans faute* ». L'idée d'une *responsabilité objective de l'entreprise*, développée par Ehrenzweig²⁵, deviendrait l'idée d'une *responsabilité objective*, « *stricte* », *du producteur*²⁶.

²⁴ W.-L. PROSSER, "The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)", in: *The Yale Law Journal*, vol. 69 (1960), pp. 1099-1146 ; sur l'importance de l'article de PROSSER, voir par exemple G.-L. PRIEST, "Riding the Tide Toward Modern Tort Law: William Prosser's" ; "The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)", in: *The Yale Law Journal*, vol. 100 (1991), pp. 1470-1472.

²⁵ Voir par exemple A. EHRENZWEIG, "Negligence without Fault", in: *California Law Review*, vol. 54 (1966), pp. 1422-1477.

²⁶ Voir par exemple J. FLEMING Jr., "General Products - Should Manufactures Be Liable Without Negligence", in: *Tennessee Law Review*, vol. 24 (1957), pp. 923-927, et F. KESSLER, "Products Liability", *op. cit.*, p. 898 : "The relentless erosion of classical tenets made a further transformation of products liability almost inevitable."

Kessler suggérerait la *convergence* des lignes d'évolution des deux responsabilités. La responsabilité contractuelle adopterait quelques principes de la responsabilité extracontractuelle ; la responsabilité extracontractuelle, quelques principes de la responsabilité contractuelle - par exemple, le principe de la responsabilité objective du fait de la violation de la garantie²⁷.

A. - L'arrêt de la Cour Suprême de New Jersey *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* adoptait la solution « contractualistes » la plus radicale, en affirmant le principe de la *transmission des garanties du fait de la transmission des biens*

La doctrine et la jurisprudence parlent de *warranties running with the goods*²⁸. Le producteur serait tenu de répondre, « sans faute », des dommages causés au consommateur du fait de la violation d'une *obligation contractuelle de sécurité*. La "privity of contract" devrait faire l'objet d'une interprétation restrictive²⁹ : l'idée « ancienne » de la "privity", dont la fonction serait celle de limiter les effets du contrat aux rapports « subjectifs » entre deux personnes, devrait être abandonnée, au profit d'une idée « moderne », dont la fonction serait celle de limiter les effets du contrat aux rapports « objectifs » avec les choses. La "privity" n'étant qu'une "*successive relationship in the same thing*"³⁰, l'expression « *principe de l'effet relatif du contrat* » ("privity of contract") devrait être remplacée par « *principe de l'effet relatif du titre* » ("privity of title")³¹.

B. - Les possibilités d'extension de la responsabilité contractuelle étant épuisées, la doctrine et la jurisprudence nord-américaines ont suggéré le « transfert » d'un principe général de responsabilité objective du producteur du système de responsabilité contractuelle au système de responsabilité extracontractuelle :

1. - En 1944, à l'arrêt de la Cour Suprême de l'État de la Californie décidant l'affaire *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*³², le juge Traynor déclarait que le principe d'une *responsabilité délictuelle subjective* devrait être remplacé par le principe d'une *responsabilité délictuelle objective* du producteur (c'est-à-dire : par le principe d'une "*absolute liability*" ou, du moins, d'une "*strict liability*") :

"*In my opinion* », disait-il, « *it should now be recognized that a manufacturer incurs an absolute liability when an article that he has placed on the market, knowing that it*

Frequently backed by the powerful argument that each enterprise should pay its own way, strict (enterprise) liability has begun to exercise strong appeal. Indeed, to many a court its adoption and the attendant removal of both privity and negligence seemed but a culmination of tendencies within sales and tort law clamoring for open recognition and synthesis".

²⁷ F. KESSLER, "Products Liability", *op. cit.*, pp. 891 et 898 : "*to many a court its adoption and the attendant removal of both privity and negligence seemed but a culmination of tendencies within sales and tort law clamoring for open recognition and synthesis*".

²⁸ F. KESSLER, "Products Liability", *op. cit.*, p. 894 ; K. ZWEIGERT / H. KÖTZ, *Einführung in der Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 878 ; contra., voir pourtant J.-G. FLEMING, *The law of Torts*, *op. cit.*, p. 478 : "*Warranties do not run with the goods, nor is there any "vertical" privity between the manufacturer and the ultimate retail person, let alone with persons outside the chain of commercial distribution ("the bystander")*".

²⁹ F. KESSLER, "Products Liability", *op. cit.*, p. 891 : "*Properly understood, privity is only a means of protecting a party guilty of a breach against losses suffered by remote parties which are unanticipated and therefore not included in the calculation of costs*".

³⁰ F. KESSLER, "Products Liability", *op. cit.*, p. 894.

³¹ J.-G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pp. 480-481.

³² 24 C2d 453 (1944).

is to be used without inspection, proves to have a defect that causes injury to human beings”.

Le but d'une responsabilité « absolue » ou « stricte » serait celui d'éviter le dommage : *“public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market”*. La responsabilité objective du producteur servirait d'une façon plus efficace à la prévention des dommages aux consommateurs ; la responsabilité subjective n'en servirait que d'une façon moins efficace :

“It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business. It is to the public interest to discourage the marketing of products having defects that are a menace to the public. If such products nevertheless find their way into the market it is to the public interest to place the responsibility for whatever injury they may cause upon the manufacturer, who, even if he is not negligent in the manufacture of the product, is responsible for its reaching the market. However intermittently such injuries may occur and however haphazardly they may strike, the risk of their occurrence is a constant risk and a general one. Against such a risk there should be general and constant protection and the manufacturer is best situated to afford such protection”.

2. - En 1963, à l'arrêt de la Cour Suprême de l'État de la Californie décidant l'affaire *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*³³, le juge Traynor disait que le principe général d'une responsabilité délictuelle subjective avait déjà été remplacé par le principe général d'une responsabilité délictuelle objective, sous-jacent à son opinion l'arrêt *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*³⁴. Les solutions « contractualistes » étant un peu « opaques », elles devraient être abandonnées au profit des solutions « extra-contractualistes », plus « transparentes » :

“Although [...] strict liability has usually been based on the theory of an express or implied warranty running from the manufacturer to the plaintiff, the abandonment of the requirement of a contract between them, the recognition that the liability is not assumed by agreement but imposed by law [...], and the refusal to permit the manufacturer to define the scope of its own responsibility for defective products [...] make clear that the liability is not one governed by the law of contract warranties but by the law of strict liability in tort”.

S'inspirant surtout des deux grands arrêts du juge Roger Traynor surmentionnés - *Escola v. Coca Cola Bottling Co.* et *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, - l'article (« section ») 402A, paragraphe (« subsection ») 1^{er}, du *Restatement (Second) of Torts* formulait le principe général de la responsabilité du fait des produits : *“One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to*

³³ 59 Cal. 2d 57 (1963).

³⁴ *“A manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect that causes injury to a human being”.*

his property”. L’alinéa (a) expliquait que ce principe général-ci ne s’appliquait que si le vendeur était un professionnel (“*if [...] the seller is engaged in the business of selling such a product*”) et l’alinéa (b), qu’il ne s’appliquait que si le produit devrait atteindre le consommateur finale sans modification, ou sans modification substantielle (“*if [...] it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold*”).

Le caractère « objectif », « sans faute », de la responsabilité civile du producteur était affirmé, en toute clarté, au paragraphe (« subsection ») 2, alinéa (b) : - “*The rule stated in Subsection (1) applies although [...] the seller has exercised all possible care (sic!) in the preparation and sale of his product*”³⁵⁻³⁶.

V.

Le concept de défaut de l’article (« section ») 402A étant défini au moyen d’une clause générale - “*product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property*” -, il s’appliquait, sans distinction, aux trois types de défauts : - aux défauts de fabrication (“*manufacturing defects*”), pour lesquels il a été conçu ; - aux défauts de conception (“*design defects*”) ; - aux défauts d’information (“*instructions and warning defects*”).

Les auteurs du *Restatement (Second) of Torts* ont probablement pensé que le principe de la responsabilité « objective », « sans faute », du producteur ne s’appliquerait qu’aux « défauts de fabrication »³⁷. Le texte de l’article (« section ») 402A du *Restatement* ne le disait pourtant pas - et, par conséquent, la clause générale du “*product in a defective condition unreasonably dangerous*” pouvait s’appliquer aux défauts de conception et aux défauts d’information.

En ce qui concerne la responsabilité pour les défauts de fabrication, le principe général d’une responsabilité objective du fait des produits “*in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer*” faisait l’objet d’un certain consensus; en ce qui concerne la responsabilité pour les défauts de conception, le principe général d’une responsabilité objective ne le faisait pas.

Les critères d’appréciation des défauts de conception étaient fort controversés.

Il y avait des voix, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, proposant que le défaut de conception soit évalué conformément au critère de la sécurité que la confiance du consommateur pouvait justifier (le “*consumer expectations test*”). *Le produit serait défectueux, lorsqu’il n’offrirait pas à laquelle le consommateur pouvait légitimement s’attendre*. Il y avait des voix, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, proposant que le défaut de conception soit évalué conformément au critère de la sécurité que les coûts des

³⁵ Pour la comparaison des principes du *Restatement (Second) of Torts* et de l’ *Uniform Commercial Code*, voir F. KESSLER, “Products Liability”, *op. cit.*, pp. 905 ss.

³⁶ En Angleterre, le principe général d’une responsabilité objective, « stricte », du fait des produits a été adopté par le “*Consumer Protection Act*” du 1987, transposant la directive du 25 juillet 1985.

³⁷ Voir par exemple G.-L. PRIEST, “Strict Products Liability: The Original Intent”, *op. cit.*, p. 2302 : “*the founders did not fully appreciate the distinctions among manufacturing defects, design defects, and defective warnings that would become the centerpiece of modern law. Section 402A represented only a limited change in the law because the founders intended the Section’s strict liability standard, with minor exceptions, to apply only to what we now call manufacturing defect cases*”.

solutions alternatives justifient (“*risk-utility test*”). - *Le produit ne serait point défectueux si le bien qu’il procure aux individus et à la société surpasse le mal qu’il en provoque*³⁸.

La controverse sur le critère du défaut de conception était le résultat d’un changement dans la « perception » de la valeur d’un principe général de responsabilité objective du fait des produits. La « perception », le “*feeling*”, selon lequel la responsabilité objective, « stricte », du fait des produits était quelque chose d’absolument *positif*, avait été remplacé par “*mixed feelings*”³⁹.

L’expansion (presque) « explosive » des cas de responsabilité « objective » du fait des produits posait des risques pour l’économie et pour la société américaine ; or, l’expansion (presque) « explosive » des cas de responsabilité du fait des produits c’était surtout l’expansion (presque) « explosive » de la responsabilité pour les défauts de conception et d’information. *Les risques de l’expansion (presque) « explosive » des cas de responsabilité objective, « stricte » du fait des produits étaient surtout les risques de l’expansion d’une responsabilité objective pour les défauts de conception et pour les défauts d’information*⁴⁰.

VI.

L’évolution - la « révolution » peut-être - des années 1960 et 1970 aboutit à l’affirmation d’une clause générale de responsabilité du fait des produits. L’article (« section ») 402A du *Restatement (Second) of Torts* en était l’expression accomplie. La contre-évolution - la « contre-révolution », peut-être - des années 1980 et 1990 aboutit à l’abandon d’une clause générale et à la distinction de trois principes particuliers de responsabilité du fait des produits. L’alinéa (a) de l’article (« section ») 2 du *Restatement Third of Torts: Product Liability* pose le principe d’une responsabilité objective, « sans faute », pour les défauts de fabrication : “[a] product [...] contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product”. Les alinéas (b) et (c) posent le principe d’une responsabilité (presque ?) subjective, « pour faute », pour les défauts de conception et pour les défauts d’information.

En ce qui concerne les défauts de conception, l’alinéa (b) dit qu’un produit “*is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design [...] and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe*”. - Le “*consumer expectations test*” y est remplacé par le “*risk-utility test*”. - En ce qui concerne les défauts d’information, l’alinéa (c) dit qu’un produit peut-être défectueux “*because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risk of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provisions of reasonable instructions or warnings*”. - Le critère du défaut serait, par conséquent, le critère du « *raisonnable* ».

³⁸ Voir par exemple J.-G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pp. 498-499 ; D.-A. KY SAR, “The Expectations of Consumers”, *op. cit.*, pp. 1709 ss.

³⁹ En l’admettant, voir par exemple G. CALABRESI, “Product Liability: Curse or Bulwark of Free Enterprise”, in: *Cleveland State Law Review*, vol. 27 (1978), pp. 313-327 (313).

⁴⁰ Voir G.-L. PRIEST, “Strict Products Liability: The Original Intent”, *op. cit.*, p. 2304: “*the vast expansion of modern law occurred as courts attempted to apply strict liability concepts to design and warning defect cases in the years following 1965*”.