

La causalité et le risque de développement (Rapport français)

par

Véronique WESTER-OUISSE
Maître de conférences à la Faculté de droit de Brest,
Membre de l'IODE (UMR CNRS 6262) - Université de Rennes 1

Avant même l'intégration de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, le droit français n'était pas démuné. La responsabilité des producteurs du fait de leurs produits a pu être engagée sur le fondement de la responsabilité du fait des choses, en jouant sur la notion de garde. Alors que le producteur avait mis la chose en circulation et donc, *a priori*, n'en n'était plus gardien, sa responsabilité du fait des choses a pu être engagée car la jurisprudence a adoptée la distinction entre garde de la structure et garde du comportement¹ : lorsque la chose est dangereuse ou dotées d'un dynamisme propre, la personne qui a introduit le danger ou le dynamisme dans la chose reste gardienne de la structure. Celui qui est en possession de la chose n'a que la garde du comportement : de l'utilisation de la chose. Par exemple, le fabricant d'une bouteille de boisson gazeuse, reste gardien de la structure, il est possible d'engager sa responsabilité en cas d'explosion de la bouteille.

Ces fondements devenus classiques sont toujours d'actualité pour les produits mis en circulation avant 1985, date de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux. L'épouse d'un fumeur depuis 1963 et décédé en 1988 a ainsi agi sur le fondement de la responsabilité du fait des choses et la garde de la structure contre la Seita². Pour les dommages liés à des produits mis en circulation entre 1985 et 1998, année d'intégration de la directive, la Cour de cassation applique certes les textes du Code civil, mais « interprété à la lumière de la directive européenne »³. Les débats intenses sur les différents aspects de cette loi ont dès lors eu des retombées très enrichissantes pour le droit commun de la responsabilité. C'est le cas de la causalité, question commune à l'ensemble du droit de la responsabilité : les solutions jurisprudentielles dégagées en matière de produits défectueux n'ont pas de caractère spécifique. Il faut pourtant souligner à quel point cette question de la causalité a connu, en cette matière, des développements d'une intensité rare (I). Le producteur peut tenter de s'exonérer grâce à ce que l'on nomme communément le « risque de développement » : il peut démontrer que l'état des connaissances scientifiques, lors de la mise en circulation, ne lui permettait pas de déceler le défaut. Cette possibilité d'exonération a fait l'objet d'importants débats en France, suscitant l'hostilité des associations de consommateur, et retardant l'intégration de la directive européenne ; les juges ne se montrent guère favorables (II).

¹ Distinction proposée par Bertold GOLDMAN dans sa thèse, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, 1947 : il faut désigner pour une même chose deux gardiens : l'un répond des dommages dus à la structure (vice interne), l'autre est tenu des dommages imputables au comportement (utilisation). La Cour de cassation l'utilise pour la première fois dans l'arrêt *Oxygène liquide*, Cass. civ., 5 janvier 1956, *Dalloz*, 1957, 261, note RODIERE, *JCP* 1956, II, note SAVATIER, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, n° 195, 196.

² Cass. 2^e civ., 20 novembre 2003, n° 01-17977, *Bull.* 355. *RTDCiv.* 2004, p. 103, obs. P. JOURDAIN, *Dalloz*, 2003, 2902, note L. GRYNBAUM.

³ Très nombreux arrêts ; citons par exemple Cass. 1^{re} civ., 23 septembre 2003, *Bull.* 188, (voir *infra*).

I. - Causalité et produits défectueux

Il convient de s'interroger sur la causalité pour déterminer l'obligation à la dette puisque la victime doit apporter un certain nombre d'éléments destinés à démontrer le lien de causalité entre son préjudice et le caractère défectueux du produit (A). La question se pose de nouveau au stade de la contribution à la dette puisque, en cas de pluralité de producteurs, celui qui a indemnisé la victime sur le fondement d'une responsabilité *in solidum* pourra se retourner contre des producteurs tiers, co-auteurs du dommage (B).

A. - Causalité et obligation à la dette

1. - Pas d'exigence d'une preuve scientifique certaine. Lorsqu'un demandeur sollicite indemnisation à raison d'un préjudice causé par un produit défectueux, il « doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage », selon l'article 1386-9 du Code civil. La certitude du lien de causalité est délicate à établir : comment démontrer de façon certaine que la maladie ou l'état du demandeur est dû au produit, et seulement au produit ? Le contentieux le plus important concerne les produits de santé : vaccins, médicament, produits sanguins. Face à cette difficulté, la Cour de cassation a précisé qu'il n'est pas nécessaire de rapporter « une preuve scientifique certaine du rôle causal ». La preuve du lien de causalité est suffisante lorsqu'elle prend la forme de « simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes »⁴. Ce principe, affirmé à l'occasion d'une affaire de responsabilité du fait des produits, fut ensuite réaffirmé dans une affaire de droit de l'environnement⁵. Le risque de la preuve est ainsi allégé au profit de la victime, la certitude n'est plus exigée⁶.

2. - Causalité et absence de preuve scientifique d'un risque. Pour autant, la preuve du lien de causalité demeure extrêmement difficile lorsque le risque lié à un produit n'est pas scientifiquement reconnu. Ainsi, il a été impossible aux personnes ayant développé une sclérose en plaque de prouver de manière suffisamment convaincante le lien entre cette maladie et une précédente vaccination contre l'hépatite B. La Cour de cassation n'a pas refusé de manière absolue un éventuel lien de cause à effet, mais en général, la victime n'a pu obtenir gain de cause. Les faits sont toujours les mêmes : les personnes se font vacciner contre l'hépatite B et, deux semaines à six mois plus tard, elles développent une sclérose en plaque. Se pose alors la question de la relation entre le vaccin et la maladie et les réponses ont évolué.

a. Dans quatre arrêts rendus le 22 mai 2008, la Cour de cassation laisse la porte ouverte à cette possibilité d'apporter une preuve suffisante de la causalité. Face à des Cours d'appel qui exigent une cause certaine, scientifique, la Cour de cassation considère, comme évoqué précédemment que des présomptions graves, précises et concordantes suffisent⁷, et que cette causalité mérite d'être recherchée compte tenu du fait que le dictionnaire Vidal

⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, 08-12781, *Bull. I*, n° 141. Voir aussi not. Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, n° 05-20317, *Bull. I*, 148 : une cour d'appel ayant rejeté une demande d'indemnisation faute de preuve scientifique de la relation causale, la cour de cassation casse l'arrêt affirmant qu'il suffit de présomptions graves, précises et concordantes.

⁵ Cass. 3^e civ., 18 mai 2011, 10-17645, *Bull. II*, n° ?

⁶ P. BRUN, Causalité juridique et causalité scientifique, *R.L.D.C.*, 2007, n° 40, p. 15. L. GRYNBAUM, La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? *Dalloz*, 2008, 1928.

⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, n° 05-20317, *Bull. I*, 148 ; n° 06-10967, *Bull. I*, 149.

mentionnait ce risque comme l'un des effets indésirables⁸. Le quatrième arrêt ne rejette la demande que parce qu'elle était fondée sur le non respect du principe de précaution et une obligation de sécurité de résultat du producteur du vaccin qui dispenserait la victime de tout risque de preuve⁹.

b. Dans une décision du 9 juillet 2009¹⁰, la causalité est admise, selon un raisonnement mis au point dès 2001¹¹, dans lequel la proximité temporelle entre cette prise et l'apparition du préjudice :

- La Cour de cassation précise que si les études scientifiques ne permettent pas d'établir un risque de sclérose en plaque suite à une vaccination contre l'hépatite B, ces études ne l'excluent pas pour autant.
- Les juges relèvent une proximité temporelle entre la vaccination et l'apparition des symptômes : moins de deux mois.
- Ils relèvent également une absence d'autre cause possible car aucun membre de la famille n'avait souffert de cette maladie.

c. Pourtant, dans un arrêt du 25 novembre 2010¹² revient sur cette position favorable aux victime en affirmant que « *en l'absence de consensus scientifique en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination et les affections démyélinisantes, le fait que Mme X... ne présentait aucun antécédent personnel ou familial et le fait que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes* ».

3. - Causalité et existence d'un risque scientifiquement admis.- La Cour de cassation s'est prononcée sur divers cas de médicament dont il était reconnu scientifiquement qu'ils présentaient un risque de provoquer telle ou telle pathologie¹³. Dans ce type d'hypothèse, la preuve du lien de causalité certaine de type scientifique est, ici encore, impossible : la maladie déclenchée par le demandeur peut avoir d'autres causes que le produit, quand bien même celui-ci serait-il statistiquement reconnu comme déclenchant ce type d'affection. Ici encore, la Cour de cassation admet une causalité incertaine, réduite à un faisceau de présomptions graves précises et concordantes, fondée sur :

- le caractère dangereux reconnu scientifiquement,
- l'exposition de la victime au produit,
- l'absence d'autre cause possible du dommage, qui n'élimine pas le doute mais favorise l'acceptation du rôle causal,
- l'ignorance du danger par la victime.

⁸ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n° 06-14952.

⁹ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n° 06-18848.

¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2009, n° 08-11073, *Bull.* 176.

¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 2001, n° 00-10883 et 00-10299, *Bull.* 243, *RTDCiv.* 2001, p. 889, obs. P. JOURDAIN ; P. PIERRE, Les présomptions relatives à la causalité, *R.L.D.C.*, 2007, suppl. n° 40, p. 39, spéc. p. 41. P. BRUN, préc., spéc. p. 20.

¹² Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2010, 09-16556, *Bull.* 245. Voir aussi Cass. 1^{ère} civ., 26 janvier 2012, n° 10-28195.

¹³ Sur la question de la causalité et la responsabilité du fait des médicaments : J.-S. BORGHETTI, La responsabilité du fait des produits, *L.G.D.J.*, 2004, n° 364 et s. Voir également P. BRUN, préc., spéc. p. 19.

a. Des médicaments contre la goutte sont reconnus comme provoquant le syndrome de Lyell, une maladie de peau très grave ressemblant à une brûlure généralisée. Pour admettre le lien de causalité, la Cour de cassation¹⁴ relève que :

- M. X avait bien absorbé les médicaments litigieux qui lui avaient été prescrits,
- le lien entre l'absorption du médicament en cause et l'apparition du syndrome de Lyell était scientifiquement reconnu,
- qu'il n'était établi l'existence, ni d'une erreur de prescription, ni d'une prédisposition du patient à ce syndrome, ni d'une association avec d'autres médicaments.
- Un autre critère s'ajoute ici aux précédent, consistant en une la proximité temporelle entre l'exposition au produit et l'apparition du dommage. M. X avait développé ce syndrome dans un délai de 7 à 21 jours après l'administration du Colchimax ce qui correspondait au délai habituellement constaté entre l'administration du produit et la survenance de l'effet toxique. Le trouble avait cessé avec l'arrêt de la prise du médicament.

b. L'Isoméride (médicament de la même famille et fabriqué par le même laboratoire que le Médiator qui est l'objet de poursuites actuellement) provoque des maladies cardiovasculaires et des insuffisances respiratoires. Une personne reçu ce traitement pour traiter une surcharge pondérale suite à une grossesse, elle du subir une transplantation bi-pulmonaire et une chirurgie cardiaque.

La Cour de cassation¹⁵ relève que :

- Mme Y a bien pris le médicament,
- selon les études épidémiologiques et de pharmaco-vigilance la dexfenfluramine constituait un facteur favorisant ces affections même si elle n'en était pas la cause exclusive. C'est pour cette raison que l'autorisation de mise sur le marché fut suspendue en 1997.
- Mme Y... avait un état de santé satisfaisant avant la prise du médicament en 1993. Il y avait une prédisposition de la patiente comme pour tout malade présentant une affection très rare, mais la prise du médicament est le seul motif pouvant expliquer l'apparition de la maladie : c'est la cause adéquate.

c. De 1940 à 1980, le Distilbène fut souvent distribué aux femmes enceintes pour éviter un accouchement prématuré. Les enfants dont la mère a pris le traitement risquent ensuite de pâtir de malformations génitales et les filles de développer des cancers gynécologiques de formes rares. De nombreuses victimes ont demandé réparation. La Cour de cassation admet ces indemnisations lorsqu'elle relève que :

- la victime démontre qu'elle a été exposée au Distilbène¹⁶ (les mères doivent donc retrouver la trace des prescriptions),
- les études scientifiques démontrent que ce médicament est bien à l'origine de ce type d'affection. Mais ces études à elles seules, ne suffisent pas à démontrer le lien de causalité lorsqu'une personne en est victime¹⁷.

¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2005, *Bull.* 173.

¹⁵

¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, n° 08-10081, *Bull.* 186. Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, n° 10-15759.

¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, n° 08-16305, *Bull.* 187.

- Il n'existe pas d'autres causes évidentes de la maladie.

Dans toutes ces affaires, il est impossible d'affirmer avec une totale certitude que les affections développées par les patients sont liées à la prise du médicament. La Cour de cassation se réfère donc à une cause qualifiée d'adéquate (dans un des arrêts)¹⁸ : on peut s'attendre à ce que ce médicament provoque de tels effets. Les juges statuent davantage en terme de probabilité que de certitude, c'est une cause probabiliste, selon le terme proposée par le Pr. G'sell¹⁹. Cet auteur souligne que le droit anglo-saxon tient un raisonnement tout à fait semblable, en faisant la distinction entre causalité générale et causalité spécifique²⁰. Selon le lien de causalité générale, il est possible de dire que tel produit, telle substance produit tel effet indésirable, est toxique, etc. Selon le lien de causalité spécifique, le dommage de la victime en question a bel et bien été causé par le produit en cause. La causalité spécifique étant impossible à démontrer, les juges se contentent d'un lien de causalité générale. La Cour suprême des EU se fonde sur le fait que la victime qui a consommé le produit n'a pas eu d'autre cause d'apparition de la maladie. Le produit doit être, statistiquement, le facteur le plus probable de la maladie (*preponderance of the evidence* : plus de chance d'être vrai que d'être fausse).

Il faut noter également que *l'ignorance de la victime* joue un rôle essentiel pour accueillir sa demande en responsabilité. Une personne qui consomme délibérément un produit dangereux en étant parfaitement informée des risques encourus devient seule responsable de son préjudice. Il en est ainsi des consommateurs de tabac : quand bien même il serait très jeune lorsque leur consommation a débuté, il est de la responsabilité des parents, puis de leur propre responsabilité de tenir compte des dangers de cette consommation qui fait l'objet de vastes campagnes d'information depuis les années soixante-dix²¹. Dans ce cas pourtant, les trois critères de la causalité précédemment évoqués sont remplis : études scientifiques, exposition au produit, absence d'autres causes. Mais la connaissance des dangers par la victime opère rupture de causalité.

4. - Causalité et présomptions. Le législateur est intervenu en 2002²² pour limiter la charge de la preuve de la victime en matière d'hépatite B contractée après une transfusion sanguine : « *En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur* ». Ce texte, *a priori*, pose un système de présomption assez semblable à celui retenu par la jurisprudence évoquée précédemment. Les juges l'ont interprété comme

¹⁸ En principe, la causalité adéquate est présentée comme de nature à restreindre les possibilités d'indemnisation : la victime n'obtient réparation que s'il était vraisemblable que le fait générateur cause son préjudice. Ici, la causalité adéquate est utilisée pour palier une incertitude, donc pour faciliter l'indemnisation de la victime.

¹⁹ F. G'SELL-MACREZ propose de renommer la théorie de la causalité adéquate « théorie de lien causal probabiliste » : Recherche sur la notion de causalité, thèse à paraître à la *L.G.D.J.*, 2012.

²⁰ F. G'SELL-MACREZ, « La preuve du lien de causalité : comparaisons franco-américaines à propos des arrêts Distilbène », *Petites Affiches*, n° 216, 29 octobre 2010, p. 6.

²¹ Cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 2007, n° 06-15873, *Bull.* 350.

²² Article 102, Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

posant une « présomption simple d'imputabilité » au bénéfice des victimes²³. Dès lors que, suite à une contamination, la personne a contracté une hépatite C, il est présumé jusqu'à preuve du contraire à la charge du défendeur que la contamination est causée par la transfusion.

Par ailleurs, la jurisprudence a posé un principe de présomption irréfragable au profit des salariés mis en contact avec les produits issus de l'industrie de l'amiante, auquel ils auraient été mis en contact sur leurs lieux de travail : « *en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise* »²⁴. Ceci permettra d'ailleurs d'indemniser des salariés mis au contact de produits et de substances dont ils n'ignoraient pas le caractère nocif.

B. - Contribution à la dette en cas pluralité de responsables

La question du lien de causalité s'est posée de nouveau dans la jurisprudence au stade de l'examen de la contribution à la dette, lorsque plusieurs fabricants avaient mis sur le marché les mêmes produits, sans que l'on puisse savoir duquel venait précisément le produit consommé par la victime. Il en est ainsi des affaires concernant le Distilbène : en France, deux laboratoires distribuaient le médicament. Tant d'années après, il est difficile, voire impossible de savoir d'où venait le médicament consommé par la victime.

La Cour de cassation a considéré, en 2010 qu'il convenait de condamner conjointement les deux laboratoires à indemniser les victimes, et c'est en fondant le raisonnement sur la causalité et l'exonération que la solution est exprimée. Selon la Cour de cassation, il appartient à chaque laboratoire de démontrer que son médicament n'est pas à l'origine des dommages. Il y a donc renversement de la charge de la preuve et, nécessairement, condamnation d'un des laboratoires alors qu'il n'est pour rien dans la maladie de la patiente en question²⁵. Mais comme le relève le Pr. Jourdain, ne pas indemniser la victime aurait été plus injuste encore²⁶.

Une question se pose alors, qui devrait trouver une réponse auprès de la Cour d'appel de Paris à laquelle l'affaire est actuellement renvoyée : comment répartir le montant des dommages et intérêts entre les fabricants ? Concernant les affaires de Distilbène l'un des fabricants avait 80 % de parts de marché, l'autre 20 %. En tenir compte pourrait être une solution de répartition. Elle est suggérée par le Pr. G'ssell par référence au droit comparé et au droit anglo-saxon (*market share liability*)²⁷.

Le raisonnement est ici fondé sur la causalité alternative : si ce n'est pas l'un c'est l'autre, et les laboratoires sont collectivement responsables d'avoir commis cette faute de mettre sur le marché un médicament dangereux. Pourtant il n'y a aucune faute collective puisqu'il n'y a eu aucune concertation, ce n'est donc pas cette idée de faute collective qui, véritablement explique cette solution de responsabilité collective. Le lien de causalité, lien entre le fait générateur et le dommage, est parfois confondu avec le lien d'imputation, entre le

²³ Cass. 2^e civ., 24 mars 2006, n° 05-17091, *Bull.* 134 ; 17 juin 2010, n° 09-10786, *Bull.* 117.

²⁴ Cass. 2^e civ., 6 avril 2004, n° 02-30688, n° 153.

²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, 08-18837, *Bull.* 22.

²⁶ P. JOURDAIN, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, n° 08-16305, *RTDCiv.* 2010, p. 111.

²⁷ Article précité.

fait générateur et le responsable²⁸. Dans les affaires concernant le Distilbène, la question qui se pose au stade de la contribution à la dette n'est pas tant celle de la causalité entre le fait du produit et le dommage que celle de l'imputation du fait du médicament à un responsable. On est ici proche des hypothèses de garde groupée d'un fusil par les chasseurs, d'un ballon par des enfants...²⁹. Dès lors, la victime démontre bien le lien de causalité (même quelque peu incertain) entre le dommage et le produit. L'imputation fait l'objet d'une présomption simple qui peut-être renversée par l'un des laboratoires, s'il détient la preuve qu'il n'est pour rien dans le dommage de la victime.

Il est probable que les projets de réformes en cours ait inspirés la solution délivrée par la Cour de cassation. L'article 1348 du Projet Catala dispose : « *Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement, sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur* »³⁰. L'article 12 du projet Terré contient presque les mêmes termes : « *Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personne agissant de concert, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé* »³¹.

Lorsque le lien de causalité et les autres conditions de la responsabilité sont remplis, le responsable peut s'exonérer en invoquant, notamment, le risque de développement.

II. - Exonération et risque de développement

Le risque de développement est « le défaut d'un produit que le producteur ne pouvait ni découvrir ni éviter, pour la raison que l'état des connaissances scientifiques et techniques, objectivement accessibles à sa connaissance lors du moment de la mise en circulation du produit, ne le lui permettait pas »³². Le dommage causé par un produit défectueux à son acquéreur recèle un champ très vaste d'hypothèses où le risque de développement serait susceptible de jouer un rôle. Est concernée toute utilisation, voire tout côtoiement, de tout produit novateur, chimique, industriel, technologique, végétal... qui est susceptible de générer des effets et conséquences imprévues.

L'usage de cette notion en droit français relève de logiques paradoxales : le risque de développement peut contribuer à l'exonération du responsable, comme c'est le cas en cas de responsabilité du fait des produits défectueux ou, tout au contraire, à renforcer ses obligations en lui imposant un principe de précaution. Les textes actuels compris dans le Code civil ont

²⁸ F. LEDUC a montré que la jurisprudence française utilise également le terme d'imputation comme synonyme de causalité, « imputation » étant utilisé lorsque la causalité est présumée : Causalité civile et imputation, *R.L.D.C.*, 2007, suppl. n° 40, p. 21, n° 4 à 6. V. WESTER-OUISSE, Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité, GRERCA - Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile, *I.R.J.S. Editions*, 2012, t. 36, p. 390, à paraître. , N. DEJEAN DE LA BATIE, sous Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VI-2, Responsabilité délictuelle, *Litec* 1989, 8^e éd., n° 1 : cet auteur, sans parler d'imputation, distingue quatre éléments conditionnant la responsabilité : le préjudice, le fait défectueux, la causalité, la relation entre le fait défectueux et la personne responsable. G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, *L.G.D.J.*, n° 333-2, distinguent la causalité et le « lien de rattachement » entre l'activité dommageable et la personne. L. GRYNBAUM, La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité (...), préc.

²⁹ Voir déjà P. PIERRE, Les présomptions relatives à la causalité, *R.L.D.C.*, 2007, n° 40, p. 39, spéc., p. 40.

³⁰ Projet CATALA de réforme de droit des contrats, présenté au Garde des sceaux le 22 septembre 2005.

³¹ J.-S. BORGHETTI, De la causalité, Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de F. TERRE, *Daloz*, 2008, p. 143.

³² O. BERG, La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JCP G* 1996, I, 3945.

évolué adoptant tour à tour l'une ou l'autre des tendances (A). La jurisprudence est révélatrice d'une certaine réticence des juridictions à laisser jouer cette possibilité au profit des producteurs (B)

A. - Risque de développement : accroissement ou exonération de responsabilité ?

Au-delà même du droit de la responsabilité du fait des produits défectueux, le droit de l'environnement était le théâtre idoine d'apparition de cette notion de risque de développement, et l'article 5 de la Charte de l'environnement adossée à la Constitution³³ l'évoque effectivement : lorsque la réalisation d'un dommage, « bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Concernant la responsabilité du fait des produits défectueux, le législateur avait, dans un premier temps, raisonné de la même manière. Certes, une possibilité d'exonération fondée sur le risque de développement apparaissait dans l'article 1386-11-4° du Code civil. Mais dans les dix ans suivant la mise en circulation, le risque de développement, loin d'exonérer le producteur, accroissait ses responsabilités : ce risque fondait l'obligation de respecter le principe de précaution. L'article 1386-12 précisait que : « *le producteur ne peut invoquer les causes d'exonération prévues aux 4° et 5° de l'article 1386-11 si, en présence d'un défaut qui s'est révélé dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit, il n'a pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables* ». Le législateur a fait ce choix d'une exonération pour risque de développement « *atténuée* » en raison de nombreuses hésitations : un débat s'était élevé entre les organisations professionnelles et les assureurs, qui souhaitaient voir intégrer cette forme d'exonération dans le droit français, et les associations de consommateurs, qui y étaient très hostiles.

Cette disposition favorable aux victimes, dite « obligation de suivi », a été considérée comme une mauvaise transposition de la directive européenne, selon la Cour de justice des Communautés européennes³⁴. Certes, l'article 153 du traité CE autorise les États membres à adopter des mesures de protection du consommateur plus strictes. Mais concernant cette directive, la Cour a estimé que ce texte ne permettait pas d'adopter pour autant des mesures contraire à la directive : les juges mettent en avant « le risque direct qui pèserait sur l'acquis communautaire », et soulignent que : « *la directive 85/374 poursuit, sur ces points, une harmonisation totale des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres* ». Quoi que l'on pense de cette position, le législateur a dû se résoudre à éliminer cette obligation de suivi protectrice³⁵.

Désormais l'article 1386-11-4° du Code civil classe le risque de développement parmi les causes d'exonération de responsabilité du fait des produits défectueux : « *Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve... que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de*

³³ Charte du 24 juin 2004, adossée à la Constitution par la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/charte-de-l-environnement-de-2004.5078.html>. Voir P. OUDOT, Le risque de développement. Contribution au maintien du droit à réparation Pascal OUDOT. *Editions Universitaires de Dijon*, 2005.

³⁴ C.J.C.E., 25 avril 2002, aff. C-52/00, *Dalloz*, 2002, chron. 2458, obs. CALAIS-AULOY.

³⁵ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, article 29.

décélérer l'existence du défaut ». L'article 1386-11 précise que cette cause d'exonération ne peut être invoquée lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci. Le drame du sang contaminé a incité le législateur à conserver cette limite à l'exonération.

B. - Le domaine réduit de l'exonération pour risque de développement

1. - Risque de développement et produits mis en circulation avant 1998

La Cour de cassation a également refusé de mettre en œuvre l'exonération par risque de développement pour tous les litiges nés d'un produit mis en circulation avant la transposition de la directive. En effet, « le juge national, saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application d'une directive, est tenu d'interpréter son droit interne à la lumière du texte et de la finalité de cette directive », pour autant, tenir compte de la directive n'est obligatoire que si celle-ci est « contraignante pour l'État membre et ne lui laisse pas une faculté d'option pour l'adaptation de son droit national au droit communautaire ». Les juges relèvent que : « l'article 15-1-c de la directive CEE 85-374 du 25 juillet 1985, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, laisse aux États membres la faculté d'introduire ou non dans leur législation interne l'exonération pour risque de développement »³⁶. Dès lors, la Cour de cassation estime pouvoir écarter cette exonération pour risque de développement.

La jurisprudence est absolument constante sur ce point, pour des produits affectant la santé comme les biens matériels. Dès lors, les juges ont écarté l'exonération pour risque de développement en matière de sang contaminé par le virus du SIDA³⁷, transfusé en 1983 ou 1984, époque où le virus était indécélérable. Le risque de développement n'a pas non bénéficié à des fabricants de médicaments³⁸ : l'Isoméride vendu à la fin des années 1980³⁹ ; le Pentasa, vendu entre 1994 et 1997. La solution est identique dans un tout autre domaine : celui des matériaux de constructions, vendus avant la mise en application de la loi du 19 mai 1998⁴⁰.

L'état des connaissances scientifiques est également invoqué par les employeurs comme cause exonératoire, lorsque des salariés demandent réparation pour maladies apparues au contact de l'amiante ou divers produits chimiques au cours de leur carrière : l'employeur affirme qu'il n'avait pas et ne pouvait avoir conscience du danger auquel il exposait les salariés et fonde son argument sur l'article 1386-11-4 du Code civil. Sans grand succès : dans la quasi-totalité des affaires portées à sa connaissance, la Cour de cassation a écarté le risque de développement, considérant qu'il fallait retenir la faute inexcusable de l'employeur qui est tenu d'une obligation de sécurité de résultat à l'égard du salarié, le manquement à cette obligation ayant le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger⁴¹. Si l'employeur peut espérer une exonération, elle ne sera pas fondée sur le risque de développement mais sur l'absence de conscience du danger lié à

³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2009, n° 08-12777 ; 15 mai 2007, n° 05-10234, *Bull.* 185, *RDC* 2007, 1147 note J.-S. BORGHETTI, *LPA* 20 mai 2008, n° 101, 17, note P. HENNION-JACQUET. Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 1996, n° 93-19160, *Bull.* 304 ; n° 93-20411.

³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 1996, les deux affaires précitées.

³⁸ Sur le risque de développement et les médicaments en droit français : J.-S. BORGHETTI, La responsabilité du fait des produits, préc., n° 353 et s.

³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2009, préc.

⁴⁰ Cass. 3^e civ., 28 novembre 2001, n° 00-15058. Sur le risque de développement dans la construction : J.-S. BORGHETTI, préc., n° 408 et s.

⁴¹ Cass. 2^e civ., 6 avril 2004, n° 02-30688, *Bull.* n° 153.

l'amiante auquel étaient exposés ses salariés, retenue très exceptionnellement⁴². Et cette obligation n'est pas liée à la date de mise en circulation du produit : les produits mis en circulation après 1998 seront traités de la même manière dans le cadre des relations salariés-employeurs

2. - Risque de développement et produits mis en circulation après 1998

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'article 1386-12 interdit d'invoquer le risque de développement lorsque le dommage est causé par un produit issu du corps humain : il s'agit là des suites des drames du sang contaminé. La solution établie en 1996 par la Cour de cassation perdure pour les produits mis en circulation après 1998. Les producteurs de médicaments échappent à cette restriction.

Le risque de développement est envisagé de façon très stricte. Le texte définit cette condition d'exonération comme « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ».

- Concernant « l'état des connaissances scientifiques et techniques » :

Ces termes impliquent que le fabricant ne peut s'exonérer en invoquant ses propres connaissances. C'est une appréciation objective *in abstracto* qui doit être effectuée⁴³, il convient de faire référence à des connaissances qui, en l'occurrence, rappellent tout à fait la référence faite en matière médicale aux « données acquises de la science » ou aux « connaissances médicales avérées »⁴⁴. Le producteur ne pourra pas non plus se contenter des connaissances communément admises au sein de sa profession : toute information disponible pourra lui être opposée⁴⁵. La Cour de cassation a ainsi considéré que l'avis technique favorable d'un organisme professionnel ne suffit pas : le fabricant doit « s'assurer au préalable, par des expérimentations approfondies, et en prenant un recul suffisant »⁴⁶. Ceci fut affirmé en matière de compatibilité de matériaux de construction. On sent d'ailleurs poindre une exigence très importante de la Cour de cassation dans cette décision qui semble imposer au producteur de mener des recherches et des expérimentations, en l'occurrence sur l'agencement de deux matériaux de constructions. Le défaut doit être totalement indécélable.

- Concernant le fait qu'on ne puisse « déceler l'existence du défaut » :

L'arrêt évoqué indique que le caractère indécélable sera interprété de manière très exigeante. Le Pr. Sabard a d'ailleurs considéré que le risque de développement était comparable au cas fortuit utilisé en Droit public⁴⁷. À tout le moins, si le risque de développement lui-même ne peut être qualifié de cas de force majeure, puisqu'il n'est pas insurmontable, ce défaut doit présenter un caractère indécélable lui-même irrésistible pour pouvoir jouer un rôle exonératoire.

⁴² Cass. 2^e civ., 20 janvier 2012, n° 10-25041 : pour le conducteur de rames de minerai dans les galeries minières, qui ne procédait à aucuns travaux directs sur l'amiante, mais y était exposé dans la mesure où elle était utilisée comme isolant sur la locomotive, les freins et les engins de chargements. L'employeur n'en ayant pas conscience il n'y a pas de faute inexcusable.

⁴³ Ce qui fut affirmé par la C.J.C.E., 29 mai 1997, *Dalloz*, 1998, 488, note PENNEAU ; *JCP G* 1997, I, 4070, obs. G. VINEY.

⁴⁴ Code de la Santé Publique, article L. 1110-5.

⁴⁵ C.J.C.E., 29 mai 1997, préc.

⁴⁶ Cass. 3^e civ., 28 novembre 2001, préc.

⁴⁷ O. SABARD, La cause étrangère dans le droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle, *L.G.D.J.*, 2008, n° 334.