

La mise en circulation (Rapport français)

par

Anne GUEGAN

Qualifiée de « notion clé »¹ du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux élaboré par la directive de 1985, transposée en droit français par la loi du 19 mai 1998, la mise en circulation est effectivement au cœur d'enjeux importants.

Trois fonctions majeures lui sont attribuées. Premièrement, elle conditionne le champ d'application dans le temps du régime spécial, puisque c'est la date de mise en circulation des produits qui détermine si la réparation des dommages qu'ils causent doit lui obéir (article 17 de la directive et article 21 de la loi du 19 mai 1998). Deuxièmement, la notion de mise en circulation joue un rôle tout aussi important sur le terrain des causes d'exonération, ce qui en fait une condition de fond de la responsabilité du producteur. Ce dernier peut opposer qu'il n'avait pas mis le produit en circulation (article 1386-11, 1°), ou bien que le défaut n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement (article 1386-11, 2°). C'est encore la date de mise en circulation qui permet d'apprécier l'existence d'un risque de développement (article 1386-11, 4°). Troisièmement, la mise en circulation fixe le point de départ du délai d'extinction de l'action en réparation qui se fonde sur le régime spécial (article 1386-16 du Code civil). La notion de mise en circulation apparaît incontournable.

Il est dès lors curieux de constater que le législateur communautaire n'a pas jugé utile de la définir, contrairement à celle de produit (article 2 de la directive), de producteur (article 3 de la directive) ou bien encore de défaut (article 5 de la directive).

Prenant un tout autre parti, et actant qu'un certain nombre de dispositions sont subordonnées à la mise en circulation du produit, le législateur français s'est risqué à préciser, non sans mal, la notion. L'article 1386-5 du Code civil énonce ainsi, d'une part qu'« un produit est mis en circulation lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement », et d'autre part qu'« un produit ne fait l'objet que d'une seule mise en circulation ». Depuis, la Cour de justice est venue ajouter son point de vue, sans que ce dernier remette *a priori* en cause la définition retenue par la loi française de transposition.

Pour tenter de faire au mieux état de la mise en circulation en droit français, et ce dans un objectif futur de comparaison avec les droits de nos collègues étrangers, il nous a semblé utile de dégager les contours de la notion de mise en circulation, en ayant au préalable souligné les possibles enjeux au regard des fonctions qui lui ont été assignées par le régime spécial. La démarche se justifie de deux manières. D'une part, si ces fonctions apparaissent stabilisées par les textes, la notion peut encore évoluer, par le biais d'une interprétation par le juge national ou le juge communautaire. D'autre part, c'est par la connaissance de ces fonctions qu'on peut mieux comprendre les pressions exercées sur la notion de mise en circulation. Voyons donc d'abord les fonctions de la mise en circulation (I) et ensuite la notion de mise en circulation (II).

¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, Ph. BRUN, Ph. LE TOURNEAU, cités *infra* ; J-Ph. CONFINO, *La mise en circulation dans la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Gaz. Pal., 2001, doct. 583.

I. - Les fonctions de la mise en circulation

Les fonctions de la mise en circulation telles qu'elles ont été désignées par la loi du 19 mai 1998 n'ont pas lieu d'être différentes de celles que la directive de 1985 lui avait assignées. Là où l'originalité est possible, c'est lorsque ces fonctions sont confrontées à l'effet potentiellement perturbateur du droit communautaire sur le droit français. Tentons d'apporter cet éclairage en reprenant chacune de ces fonctions de la mise en circulation.

A. - La mise en circulation, critère d'application du régime spécial dans le temps

Que la mise en circulation ait été posée comme un critère d'application du régime spécial dans le temps lui donne une importance particulière en droit français, car sur bien des points, le régime français de droit commun apparaît plus favorable que le régime communautaire². S'agissant des responsables susceptibles de répondre des dommages causés par les produits défectueux, le droit français permettait d'agir contre n'importe quel intervenant de la chaîne de production et de commercialisation, la victime bénéficiant, par ailleurs, de la possibilité de les faire condamner *in solidum*. S'agissant des causes d'exonération, le risque de développement n'était pas admis par le droit commun. S'agissant de la prescription, les délais de droit commun étaient plus longs (10 ans en matière délictuelle ; 30 ans en matière contractuelle), et il n'existait pas de délai butoir.

Il peut ainsi être intéressant de jouer sur la notion de mise en circulation, pour en retenir une date qui permettra de se placer hors du champ d'application temporel du régime spécial des articles 1386-1 et s. du Code civil.

Ce champ d'application temporel est déterminé de deux manières.

D'une part, le régime spécial n'est applicable qu'aux produits mis en circulation après l'entrée en vigueur de la loi du 19 mai 1998 qui a transposé la directive de 1985, soit le 21 mai 1998³. Aussi, pour tous les produits mis en circulation avant le 21 mai 1998, le droit commun est applicable. Et avec lui, ses dispositions plus favorables.

D'autre part, il faut tenir compte du retard avec lequel le législateur français est intervenu pour transposer la directive. Il n'avait que jusqu'au 30 juillet 1988 pour le faire (article 19 de la directive). Dans l'intervalle de temps, soit pendant près de 10 ans, le juge français fut tenu d'interpréter son droit interne à la lumière de la directive. Ce qui signifie que pour les dommages causés par des produits défectueux mis en circulation depuis le 30 juillet 1988, les actions en réparation se trouvent soumises, d'une manière ou d'une autre, au régime voulu par le législateur communautaire.

Cependant, aux termes de deux arrêts de la Cour de cassation, il apparaît que le juge national n'est pas allé jusqu'à renier l'ensemble des solutions de droit commun plus favorables à la victime que le droit spécial⁴. Distinguant les dispositions contraignantes de la directive de celles qui ne le sont pas, l'interprétation, par la Cour de cassation, du droit national à la lumière de la directive non transposée, n'a fait obstacle qu'à l'action dirigée contre le fournisseur dans une hypothèse où le producteur était identifié⁵. Elle n'a, en revanche, pas conduit à admettre le risque de développement⁶. Une incertitude demeure quant

² Not. M. BACACHE, La loi n° 98-389 du 19 mai 1998, 10 ans après, *Resp. civ. et ass.*, juin 2008, étude 7.

³ Article 21 de la loi du 19 mai 1998.

⁴ Civ. 1, 15 mai 2007, Bull. 185 et 186, *RTDCiv.* 2007, p. 580, obs. P. JOURDAIN, *RDC* 2007, p. 1147, obs. J-S. BORGHETTI, *Resp. civ. et ass.*, 2007, comm. 219, obs. C. RADE. Voir aussi M. BACACHE, *op. cit.*, n° 10 et s.

⁵ Civ. 1, 15 mai 2007, Bull. 185

⁶ Civ. 1, 15 mai 2007, Bull. 186.

à la question de la mise à l'écart des délais de prescription de droit commun. Mais, si la prescription est assurément une disposition contraignante, il est loin d'être certain que l'obligation d'interprétation qui pèse sur le juge national puisse aller jusqu'à modifier les règles fixant le délai de prescription, car celles-ci étant clairement définies, elles n'ont nul besoin d'être interprétées⁷.

B. - La mise en circulation, condition de la responsabilité

C'est principalement à travers l'énoncé des causes d'exonération possible du producteur que la mise en circulation du produit apparaît comme une condition de fond de sa responsabilité du fait des produits défectueux. Aux termes de l'article 1386-11, 1°, le producteur est exonéré de la responsabilité de plein droit qui pèse sur lui s'il parvient à prouver qu'il n'avait pas mis le produit en circulation.

Le professeur Ph. Brun présente ainsi la mise en circulation comme « le fait générateur » de la responsabilité du producteur en le justifiant ainsi : « ce n'est pas tant en effet le fait d'avoir fabriqué conçu ou extrait le produit qui justifie l'obligation de réparation, que le fait d'en avoir abandonné la maîtrise, pour son profit, en mettant le produit à la disposition des utilisateurs »⁸.

Là encore, il peut être intéressant de jouer sur la notion de mise en circulation pour en retenir une date qui permettra au producteur de bénéficier de cette cause d'exonération ou à l'inverse au demandeur de ne pouvoir se la voir opposer. *A priori*, le premier tendra à la faire reconnaître au plus tard alors que le second tentera de la faire établir au plus tôt.

Que penser des autres mentions de la mise en circulation pour définir les causes d'exonération suivantes ?

L'article 1386-11 prévoit ainsi que le producteur peut s'exonérer en prouvant « que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ». Là encore, on bascule facilement sur le terrain des conditions d'engagement de la responsabilité du producteur puisque cela revient à exiger que le défaut du produit est antérieur à la mise en circulation. Mais, contrairement à la cause d'exonération précédente, le producteur aura sans doute ici intérêt à ce que la notion de mise en circulation permette de fixer une date au plus tôt alors que le demandeur aura intérêt à ce qu'elle permette de la fixer au plus tard.

Il en est de même lorsque la mise en circulation définit le risque de développement susceptible d'exonérer le producteur qui parvient à prouver « que 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 » (article 1386-11, 4°).

Pour conclure relativement à cette fonction de la mise en circulation, nous pouvons retenir qu'une même partie peut avoir intérêt à ce que la date de mise en circulation soit fixée tantôt au plus tôt et tantôt au plus tard.

C. - La mise en circulation, point de départ du délai d'extinction de l'action

La notion de mise en circulation apparaît encore déterminante en constituant le point de départ du délai d'extinction de l'action en réparation des dommages causés par les produits

⁷ Voir les commentaires précités.

⁸ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec 2^e éd., 2009, n° 742.

défectueux. Aux termes de l'article 1386-16 du Code civil, « sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions du présent titre, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage, à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice ».

Si le principe même d'un délai d'extinction de l'action n'est pas en soi illégitime⁹, il s'agit incontestablement d'une « restriction temporelle tout à fait considérable à la responsabilité de plein droit des producteurs, qui vient s'ajouter à la prescription de l'action »¹⁰. L'on comprend aisément que, pour des questions d'assurance et plus largement de sécurité juridique et de prévisibilité économique, l'existence d'un délai butoir puisse être conçu comme l'une des justes contreparties à l'instauration d'un régime de responsabilité de plein droit¹¹. Mais l'hypothèse particulière où le produit défectueux en cause est un médicament suffit à convaincre qu'une telle durée n'est pas raisonnable¹².

Or, ce délai couperet est d'autant plus rigoureux que son point de départ est fixé au jour de la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage. Cela ne laisse pas de marge de manœuvre pour espérer le reporter, alors qu'un tel report compenserait sa durée. Ce rôle, particulièrement important, de la mise en circulation au regard du délai d'extinction explique que la notion ait été récemment l'objet de pressions exercées en vue de reporter le point de départ du délai de 10 ans¹³.

Les différentes fonctions de la mise en circulation ayant été expliquées, il convient maintenant de s'intéresser à sa notion.

II. - La notion de mise en circulation

Du point de vue de la notion de mise en circulation, le droit français présente une réelle originalité par rapport à la directive communautaire. Contrairement à cette dernière, il l'a définie à l'article 1386-5 du Code civil qui dispose : « un produit est mis en circulation lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement (alinéa 1^{er}). Un produit ne fait l'objet que d'une seule mise en circulation (alinéa 2) ».

L'on s'accorde par ailleurs à souligner que c'est la première fois que le droit français a eu à s'intéresser à la notion de mise en circulation, et que c'est à partir du moment où il a fallu

⁹ Le législateur communautaire l'avait justifié, dans l'un des considérants de la directive, comme la juste prise en compte du fait que « les produits s'usent avec le temps, que des normes de sécurité plus strictes sont élaborées et que les connaissances scientifiques et techniques progressent; qu'il serait, dès lors, inéquitable de rendre le producteur responsable des défauts de son produit sans une limitation de durée; que sa responsabilité doit donc s'éteindre après une période de durée raisonnable, sans préjudice toutefois des actions pendantes ».

Voir aussi les points 40 à 42 de l'arrêt C.J.U.E., du 2 décembre 2009, not. point 42 : « Ainsi que l'expose Mme l'avocat général aux points 49 et 50 de ses conclusions, la volonté du législateur communautaire de contenir dans des limites temporelles particulières le régime de responsabilité sans faute institué par la directive 85/374 entend également tenir compte du fait que ledit régime comporte, pour le producteur, une charge supérieure à celle d'un régime traditionnel de responsabilité, et ce, afin de ne pas entraver le développement technologique et de préserver le caractère assurable des risques liés à cette responsabilité spécifique (...) ».

¹⁰ Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 756.

¹¹ Encore qu'en l'espèce, on partage avec d'autres le sentiment qu'il s'agit d'« un marché de dupe pour les victimes potentielles » (J-S. BORGHETTI, *Dalloz*, 2010, p. 625).

¹² Que l'on cite seulement le cas du DES, où les questions de prescription étaient particulièrement sensibles puisque ce sont les femmes exposées *in utero* à la molécule qui, une fois adulte, développent les symptômes. Not., Civ. 2, 4 février 2009, n° 07-20499 pour une illustration des délais en cause. Sur la question des délais, voir not., notre contribution au Colloque de Metz sur les responsabilités du fait des médicaments dangereux, Perspectives nationales et transfrontalières, sous la dir. de S. HOCQUET-BERG, « Des délais pour agir en réparation », *Rev. Gén. de Droit médical*, n° spécial 2012.

¹³ Voir *infra*, n°

transposer la directive de 1985 qu'il est apparu nécessaire d'en faire un concept juridique. Le droit français était plus familier de la notion de mise sur le marché, qu'on retrouvait dans la jurisprudence relative aux produits défectueux dès les années 1960, ainsi qu'en droit pharmaceutique (AMM) et en droit de la consommation lorsqu'il s'agit de définir la sécurité des produits¹⁴.

La nouveauté de ce concept explique sans doute en partie les difficultés que la recherche de sa définition a suscitées tout au long des travaux parlementaires. Il fut en effet l'un des trois points majeurs de désaccord, avec le risque de développement et l'inclusion des éléments du corps humain dans le domaine du régime spécial de responsabilité¹⁵. Pour être tout à fait précis, le point d'achoppement de la discussion relative à une définition de la mise en circulation a été de savoir si la mise en circulation devait être unique ou pouvait être multiple. Aussi, il faut distinguer, les deux composantes de la définition française de mise en circulation : l'acte de dessaisissement volontaire et son caractère unique.

A. - Un acte de dessaisissement volontaire

La mise en circulation se définit d'abord comme un acte de dessaisissement volontaire de la part du producteur (1386-5, alinéa 1 du Code civil). Il s'agit ainsi d'une « notion de fait excluant toute référence à un contrat et à des notions telles que la livraison ou la garde du produit »¹⁶.

On s'accorde ainsi à reconnaître que constituera un acte de dessaisissement volontaire le fait de remettre le produit à un dépositaire, à un transporteur ou à un mandataire, et plus généralement à tout intermédiaire du circuit de distribution, le critère n'étant pas celui du transfert de la propriété mais le transfert de la détention¹⁷.

On s'accorde tout autant à reconnaître qu'un vol, un détournement ou une réquisition ne font obstacle à toute idée de dessaisissement volontaire, et ainsi à la mise en circulation¹⁸.

Le juge communautaire a également permis de mieux cerner la notion de mise en circulation à l'occasion de deux affaires.

CJCE 10 mai 2001, *Veedfald*¹⁹

Dans cette affaire, la question se posait de savoir si la notion de mise en circulation impliquait que le produit ait été mis dans le commerce. Il s'agissait en l'espèce, d'un liquide de rinçage qui avait été fabriqué par la pharmacie d'un hôpital danois, utilisé par un autre hôpital appartenant au même organisme en vue d'une transplantation rénale. Plus précisément, il était demandé si l'interprétation de la cause d'exonération consistant à prouver l'absence de mise en circulation du produit par le producteur devait conduire à rejeter la notion de mise en circulation lorsque le fabricant du produit le fabrique et l'utilise dans le cadre d'une prestation de service concrète, de nature médicale, consistant à préparer un organe humain en vue de sa transplantation et que le dommage causé à celui-ci est consécutif à cette préparation ». La réponse du juge communautaire fut négative. Il retint en effet que dans un tel cas, il y a lieu de considérer que le produit a été mis en circulation. Il le fit en ces

¹⁴ J-Ph. CONFINO, *op. cit.* n° 14 et s. Voir aussi G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 3^e éd., 2006, n° 775.

¹⁵ Voir not., les conclusions de la commission mixte paritaire, Rapport n° 497 (1997-1998) de M.-P. FAUCHON, 28 avril 1998.

¹⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* n° 775.

¹⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* n° 775, Ph. BRUN, *op. cit.* n° 743 ; M. BACACHE, *op. cit.* n° 678 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz professionnel*, 2010/2011, n° 8371 et s.

¹⁸ Voir les mêmes auteurs, *op. cit.*

¹⁹ Aff. *Henning Veedfald c/Arhus Amtskommune*, aff. C-203/99, *Dalloz*, 2001, p. 3065, note P. KAISER.

termes : « l'article 7, sous a), de la directive doit être interprété en ce sens qu'un produit défectueux est mis en circulation lorsqu'il est utilisé à l'occasion d'une prestation de service concrète, de nature médicale, consistant à préparer un organe humain en vue de sa transplantation et que le dommage causé à celui-ci est consécutif à cette préparation ».

Faut-il en conclure une remise en cause de la définition française de la mise en circulation ? La réponse très circonstanciée de la Cour de justice permet difficilement de le dire. À tout le moins apprend-on que « le fait qu'un produit utilisé dans le cadre d'une prestation de service ait été fabriqué par un tiers, par le prestataire de service lui-même ou par une entité qui lui est liée ne saurait, en soi, avoir d'incidence sur le fait qu'il a été mis en circulation » (point 17).

C'est davantage dans la motivation de l'arrêt qu'on peut trouver une confirmation de la définition française. La Cour de justice approuve en effet la position des gouvernements autrichien, français et du Royaume-Uni ainsi que celle de la Commission, pour lesquels la cause d'exonération vise les cas où une autre personne que le producteur a fait sortir le produit du processus de fabrication. Elle approuve en outre l'idée que sont exclues du champ d'application de la directive les utilisations du produit « contre la volonté du producteur, par exemple lorsque le processus de fabrication n'est pas encore achevé, ainsi que les utilisations à des fins privées ou dans des situations similaires » (point 16). Ce sont des hypothèses de dessaisissement involontaire : la définition française semble ainsi validée.

C.J.C.E., *O'Byrne c/Sanofi Pasteur*, 9 février 2006²⁰

Dans cette affaire, c'est le rôle particulièrement important de la mise en circulation au regard du délai d'extinction qui explique que la notion ait été l'objet de pressions exercées en vue de reporter le point de départ du délai de 10 ans. Le juge communautaire dut ainsi envisager la notion de mise en circulation dans le cadre particulier des groupes de société et des réseaux de distribution.

En l'espèce, l'enfant O'Byrne avait agi devant le juge anglais, contre la société Aventis Pasteur, pour la réparation de dommages qu'il attribuait à un vaccin. En l'espèce, le vaccin avait été fabriqué par une société française, la Société Aventis Pasteur SA, envoyé à sa filiale anglaise le 18 septembre 1992, avant d'être vendu fin septembre début octobre au ministère de la santé du Royaume-Uni, puis livré à l'hôpital, puis cédé au cabinet médical où la victime fut vaccinée le 3 novembre 1992. Malgré une action engagée dans les temps contre la filiale anglaise qui s'est défendue tardivement de ne pas être le producteur, la victime n'agissait en réparation contre la société française que le 7 octobre 2002, soit 10 ans et un mois après qu'elle se soit dessaisie du produit. L'action pouvait notamment être sauvée en faisant reporter la date de mise en circulation du produit au jour où la société anglaise s'en était dessaisie. L'une des idées était de soutenir que la remise du produit à une filiale à 100 % du producteur ne réalise pas la mise en circulation, car cette filiale est intégrée au processus de fabrication. Et ce faisant l'on pourrait considérer que la mise en circulation peut être reportée au jour où c'est la filiale qui s'en dessaisie. C'est ainsi que la question préjudicielle fut posée :

« Lorsqu'un produit est fourni conformément à un contrat de vente par un fabricant français à sa filiale anglaise à 100%, puis par la société anglaise à une autre entité, l'article 11 de la directive (...) doit-il être interprété en ce sens que le produit est mis en circulation :

²⁰ Aff. *Declean O'Byrne c/Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA*, C-127/04, *JCP* 2006, II, 10083, note J.-C. ZARKA, *Dalloz*, 2006, pan. 1937, obs. Ph. BRUN ; P. JOURDAIN, *RTDCiv.* 2006, p. 331, p. 265 obs. P. REMY-CORLAY, *JCP* 2006, I, 166, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

- a. lorsqu'il quitte la société française, ou
- b. lorsqu'il parvient à la société anglaise, ou
- c. lorsqu'il quitte la société anglaise, ou
- d. lorsqu'il parvient à l'entité recevant le produit de la société anglaise ? ».

Résumant la question, la Cour de justice des communautés européennes se demande, dans son arrêt du 9 février 2006, si « dans le cas où un produit est transféré par une société productrice à une filiale de distribution et vendu par celle-ci à un tiers, l'article 11 de la directive doit être interprété en ce sens que la mise en circulation du produit intervient au moment du transfert du produit de la société productrice à la filiale ou lorsque ce produit est transféré par cette dernière audit tiers » (point 20).

La réponse n'est pas aussi claire : « l'article 11 de la directive doit être interprété en ce sens qu'un produit est mis en circulation lorsqu'il est sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et qu'il est entré dans un processus de commercialisation dans lequel il se trouve en l'état offert au public aux fins d'être utilisé ou consommé » (point 27 ou 32). Et la Cour de poursuivre que « demeure en principe sans importance à cet égard le fait que le produit est vendu directement du producteur à l'utilisateur ou au consommateur ou que cette vente est effectuée dans le cadre d'un processus de distribution comportant un ou plusieurs opérateurs, tel que [le fournisseur] » (point 28).

Dans sa motivation, la Cour de justice semble toutefois prête à envisager que les liens étroits existants entre le producteur et une autre entité puissent conduire à ce que la notion de producteur englobe cette entité et que le transfert du produit de l'une à l'autre n'emporte pas mise en circulation. Autrement dit, si l'entité distributrice n'est que l'émanation de l'entité productrice, la mise en circulation du produit pourrait être déterminée par rapport à l'acte de dessaisissement du produit par l'entité distributrice et non par l'entité productrice. Ainsi, l'on pourrait reporter la date de mise en circulation et par là-même l'extinction de l'action en réparation.

En revanche, la réponse de la Cour de justice ne permet pas de savoir selon quels critères ce report de la mise en circulation est possible. Certes, elle juge que « lorsque l'un des maillons de la chaîne de distribution est étroitement lié au producteur, par exemple dans le cas d'une société filiale à 100 % de ce dernier, il y a lieu de déterminer si ce rattachement a pour conséquence que cette entité est en réalité impliquée dans le processus de fabrication du produit concerné » (point 29). Elle juge encore que « l'appréciation d'une telle relation étroite doit être portée indépendamment du point de savoir s'il s'agit ou non de personnes juridiques distinctes. Est pertinente, en revanche, la question de savoir s'il s'agit d'entreprises exerçant des activités de production différentes ou, au contraire, d'entreprises dont l'une, la société filiale, agit simplement comme distributeur ou comme dépositaire du produit fabriqué par la société mère » (point 30).

Certes, elle ajoute encore que « le fait que les produits sont facturés à une société filiale et que cette dernière acquitte le prix à l'instar de tout acheteur n'est pas déterminant. (...) de même de la question de savoir quelle entité doit être considérée comme titulaire du droit de propriété sur les produits » (point 31).

Mais pour le reste, le juge communautaire renvoie aux juridictions nationales le soin de déterminer, au vu des circonstances de chaque espèce et de la situation factuelle de l'affaire qui leur est soumise, si les liens entre le producteur et une autre entité sont à ce point étroits que la notion de producteur englobe également cette autre entité et que le transfert du produit

de l'une à l'autre de ces entités ne puisse pas être considéré comme équivalant à une mise en circulation du produit²¹.

Au-delà de cette réponse qui n'est donc pas pleinement satisfaisante²², il faut relever que la CJCE admet expressément dans sa motivation, que la notion de mise en circulation n'est pas nécessairement uniforme. Sans, bien sûr, qu'on puisse imaginer que la notion soit le siège de contradictions, le juge communautaire en fait dépendre le sens des enjeux de la disposition dans laquelle elle apparaît. Il distingue ainsi la notion de mise en circulation dans le contexte de l'article 7 de la directive qui permet au producteur de s'exonérer de sa responsabilité en raison d'une absence de mise en circulation, de celle qui permet dans l'article 11 de la directive de limiter dans le temps l'exercice des droits conférés à la victime²³.

S'agissant de l'article 7, la Cour rappelle qu'il ne peut s'agir que d'une interprétation stricte, puisque la disposition « vise à sauvegarder les intérêts des victimes d'un dommage causé par un produit défectueux » (point 25). De cette interprétation, il résulte les positions prises par le juge communautaire sur la notion de mise en circulation, dans son arrêt *Veefald* du 10 mai 2001²⁴ (voir *supra*).

S'agissant en revanche de l'article 11 de la directive, la Cour commence par en rechercher l'objet pour en déduire la nature de l'interprétation et donc le sens qu'il y a lieu de retenir pour la mise en circulation : « L'article 11 de la directive, qui a pour objet de limiter dans le temps l'exercice des droits conférés à la victime par la directive, revêt, en revanche, un caractère neutre. En effet, (...), la finalité de cette disposition est de satisfaire aux besoins de sécurité juridique dans l'intérêt des parties en cause. La détermination des limites temporelles dans lesquelles doit s'inscrire l'action de la victime doit donc répondre à des critères objectifs » (point 26). Et ce n'est qu'« à la lumière de ces considérations » que la Cour de justice précise ce qu'il faut entendre par la notion de mise en circulation (voir *supra*).

Dans un arrêt du 2 décembre 2009, rendu dans la même affaire²⁵, la Cour de justice de l'Union européenne apporte peut-être quelques précisions.

Relevant que la société anglaise était une filiale à 100 % de la société française fabricant, elle suggère que le juge national peut se demander « si la mise en circulation du produit a été déterminée en fait par la société mère qui l'a fabriqué »²⁶. Et si tel est bien le cas, alors il pourrait considérer que, « dans la procédure judiciaire engagée dans le délai [de 10 ans], à l'encontre de la filiale (...), la société mère producteur (...) puisse être substituée à cette filiale ». Autrement dit, il n'est pas impossible d'admettre d'un point de vue procédural que la mère puisse être substituée à sa fille assignée dans le délai de 10 ans. Ce qui reviendrait aussi à admettre que l'action en justice engagée contre la filiale dans le délai de 10 ans pourra interrompre la prescription à l'égard de la mère, qui pourra se trouver substituer à sa fille dans la procédure judiciaire.

On comprend qu'une substitution est possible si elle peut être justifiée par des critères objectifs liés à la structure du groupe de sociétés, au degré d'intégration des unes par rapports aux autres, de celle qui en fait contrôle la mise en circulation du produit. Si l'on ne peut que

²¹ Point 30 de la décision.

²² Voir en ce sens P. JOURDAIN, *RTDCiv.* 2006, p. 331, obs. sous C.J.C.E., 9 février 2006, *Declean O'Byrne c/Sanofi Pasteur*. Voir aussi Ph. BRUN, *Dalloz*, 2006, p. 1929.

²³ Voir aussi P. JOURDAIN, *op. cit.* Contra. M. BACACHE, *Traité de droit civil sous la dir. de C. Larroumet, T. 5, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^e éd. 2011, p. 771.

²⁴ C.J.C.E., 10 mai 2001, *Veefald*, C-203/99, *Rec.* p. I-3569, point 15 et 16.

²⁵ C.J.U.E., 2 décembre 2009, *Aventis Pasteur SA c/OB*, C-358/08, *Dalloz*, 2010, p. 624, note J.-S. BORGHETTI, *RTDCiv.* 2010, p. 340, obs. P. JOURDAIN. Voir aussi, S. CARVAL, Le juge anglais ne peut pas sauver l'action exercée à tort contre le distributeur d'un vaccin défectueux, *Dalloz*, 2010, p. 1753.

²⁶ Point 52 de la décision.

regretter que la Cour de justice ne nous renseigne pas davantage sur ces critères qui, en l'état, semblent bien étroits et incertains, il faut souligner que la Cour de justice met une nouvelle fois en avant le rôle que peut jouer le critère du contrôle effectif du producteur sur les produits fabriqués afin de déterminer le véritable auteur de la mise en circulation et ainsi la date de celle-ci. Ce second arrêt confirme ainsi que la prise en compte du contrôle que la mère garde sur ses produits alors qu'ils ont été transmis à sa filiale distributeur, peut conduire au report de la date prise en compte pour la mise en circulation au jour où la fille les transmet à un tiers.

Il n'est pas certain que cette notion de mise en circulation évite aux victimes de contourner l'obstacle que peut représenter « l'opacité des réseaux de distribution »²⁷. Ainsi que le relève le professeur P. Jourdain, la Cour de justice n'a pas été aussi loin que voulait l'emmener son avocat général en proposant de retenir que la véritable perte de contrôle du produit se fait au moment où le producteur le transfère à une personne qui n'a pas de lien avec le groupe, condamnant ainsi systématiquement l'idée que la mise en circulation est incompatible avec le transfert du produit au sein d'un groupe de sociétés²⁸. Il reste que la Cour de justice permet d'espérer, à travers la notion de mise en circulation, qu'il sera possible de « rapprocher autant que faire se peut la date de mise en circulation du moment où le produit est effectivement offert au public, et donc le plus susceptible de manifester ses effets dommageables »²⁹.

A aucun moment en revanche, il n'est fait allusion dans ces affaires à la seconde composante de la définition française de la mise en circulation, à savoir son caractère unique.

B. - L'unicité de la mise en circulation

Les parlementaires français se sont beaucoup divisés sur la question de savoir si l'on doit concevoir la mise en circulation comme un événement unique ou si l'on peut envisager plusieurs mises en circulation. L'Assemblée nationale était pour sa part en faveur de la première position. Le Sénat était, quant à lui, attaché à une conception pluraliste de la mise en circulation. Non seulement, l'unicité s'accordait mal avec la mise en cause possible d'autres professionnels que le producteur. N'y avait-il pas lieu en effet de penser qu'il y a autant de mises en circulation du produit que de responsables potentiels ? Mais surtout, il mettait en garde contre les effets négatifs qu'une conception unique aurait pour les victimes, en termes de prescription, car ces dernières pourraient être confrontées à une mise en circulation bien trop antérieure au moment où elles sont susceptibles d'être exposées au défaut. Autrement dit, la mise en circulation unique pourrait conduire à une extinction trop précoce de l'action en réparation. L'opposition des deux assemblées fut telle qu'elle fut l'une des causes de la réunion d'une commission mixte paritaire, dont les conclusions en faveur du caractère unique de la mise en circulation furent finalement adoptées.

Lors de la dernière séance de discussion³⁰, les positions furent ainsi résumées par le sénateur P. Fauchon :

« La question n'a pas qu'un intérêt abstrait, car c'est le point de départ des prescriptions, et donc le point de départ de la durée des responsabilités. Il nous avait semblé - j'ai la faiblesse de croire que c'était le bon sens - que, pour la victime

²⁷ Selon l'expression empruntée à J.-S. BORGHETTI, *Dalloz*, 2010, p. 624.

²⁸ *RTDCiv.* 2010, p. 333.

²⁹ J.-S. BORGHETTI, *Dalloz*, 2010, *op. cit.*, n° 13.

³⁰ Séance du 5 mai 1998.

éventuelle d'un accident dû à un produit, le point de départ de la durée de la responsabilité ne pouvait être que le jour où elle l'avait acquis. D'autres faisaient valoir que ce point de départ devait être le jour où le produit quitte l'usine du producteur, sans se poser la question de savoir si, depuis le départ de l'usine et le moment où le produit arrive au domicile de celui qui va l'utiliser, ou de ses voisins, quelques semaines ou quelques années, aux stades du stock, de la vente en gros ou de la centrale d'achat du magasin distributeur, se sont écoulées. C'était notre point de vue.

La commission mixte paritaire a considéré plus simple de retenir la date de la première et seule mise en circulation ; donc la date de la sortie du produit de l'usine. Je suis obligé de proposer au Sénat, par « sagesse » - il y a bien des façons d'entendre la sagesse, mais entendons-la dans ce sens, si vous le voulez bien - d'adopter cette disposition, car c'est celle-là qui a été retenue par la commission mixte paritaire. Cette solution ne présentera probablement pas beaucoup d'inconvénients car, avec les pratiques actuelles, les dates de production et de vente sont très proches. Dans ces conditions, le délai de prescription de dix ans peut paraître comme étant relativement confortable, à quelques exceptions près ».

La conception unique de la mise en circulation retenue par la loi française fait l'objet d'une appréciation mitigée. On relève volontiers ses vertus de simplicité qui s'accordent bien avec la sécurité juridique tant recherchée. Il est vrai que la durée de la responsabilité est ainsi définie avec davantage de certitude et de prévisibilité puisqu'elle n'a pas à dépendre du rôle du défendeur dans le circuit de distribution ou de commercialisation. Cela dit, la responsabilité des autres professionnels que le producteur n'étant que subsidiaire, elle restera le plus souvent exceptionnelle, ce qui enlève un peu de force à l'hostilité d'une mise en circulation potentiellement pluraliste. Ce qu'on peut regretter, c'est qu'encore une fois, l'unicité de la mise en circulation ajoute aux inconvénients du régime spécial du point de vue de la prescription, puisqu'elle conduit à privilégier un point de départ potentiellement très en amont de la révélation du défaut du produit.

D'autres difficultés probables à envisager du fait de cette conception unique de la mise en circulation ont été soulignées.

Il s'agit d'une part des produits dont la mise en circulation est qualifiée de « permanente », comme pour l'eau, le gaz ou l'électricité. La définition française ne permet pas de déterminer à quel moment il faut considérer qu'ils ont été mis en circulation³¹.

Il s'agit d'autre part des produits fabriqués en série, dont on se demande s'il faut considérer la mise en circulation du premier exemplaire ou de celui-là même qui a causé le dommage. Sauf à mettre en avant l'idée d'un vice de conception plutôt que de fabrication³², il semblerait cependant logique de considérer qu'il faut prendre en compte la mise en circulation du produit ayant causé le dommage puisque le point de départ du délai butoir de 10 ans est précisément défini ainsi (article 1386-16 du Code civil).

Il s'agit enfin de la difficulté de déterminer la mise en circulation pour des produits composites. La question se pose en effet de savoir s'il faut considérer la mise en circulation du produit fini (auquel cas on la fixe au plus tard) ou bien s'il faut envisager la mise en circulation pour chaque composante du produit, ou bien encore, si cela est possible, la mise en circulation de la composante identifiée comme défectueuse. Une réponse fut apportée à l'occasion des travaux parlementaires par la Garde des Sceaux, en faveur de la possibilité que

³¹ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 8375.

³² Not. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 8375 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 743 *in fine*.

chacune des parties composantes soit l'objet d'une mise en circulation correspondant à sa livraison en vue de son incorporation³³. Les avis sont partagés quant à cette solution. D'aucuns la jugent préférable, en ce sens « dans la mesure où chaque élément du produit fini est lui-même un produit qui est susceptible d'engager la responsabilité de son producteur », mais avec une réserve : « à partir de l'incorporation au produit fini, la seule date de mise en circulation à prendre en compte serait celle de son dessaisissement par le producteur du produit fini »³⁴. D'autres soulignent que la question préalable à se poser est celle de savoir si le dommage a été causé par un défaut du produit incorporé ou du produit fini, tout en relevant qu'elle intéresse davantage les rapports entre producteurs responsables solidairement (article 1386-8 du Code civil) que la victime qui aura toujours intérêt à agir contre le producteur du produit fini³⁵.

La notion de mise en circulation a peut-être semblé trop simple au législateur communautaire qui n'a pas jugé utile de la définir. Pourtant, il n'est que de voir à quelles âpres discussions elle a donné lieu en France pour mesurer les difficultés qu'elle peut soulever. Nul doute que la confrontation des solutions retenues par les autres droits que le nôtre pourra enrichir notre manière de l'appréhender.

³³ Déb. AN, *JO* 26 mars 1998, p. 2137, cité par G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 775-2.

³⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 775-2.

³⁵ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 8376.