Éléments pour une analyse économique de la responsabilité du fait des produits *

par Philippe Charpentier

1. Le coût de la responsabilité du fait des produits

D'un strict point de vue économique, la responsabilité du fait des produits représente un coût, sous quelque régime que ce soit. Ce coût est influencé par divers facteurs, il en influence lui-même certains.

Etudier la responsabilité du fait des produits sous son aspect économique revient alors à étudier les éléments de ce coût. Les différences juridiques notables qui existent entre les régimes de responsabilité de chaque pays européen d'une part, et d'autre part les différences juridiques existant entre les projets de réforme, prennent alors leur place comme facteurs pouvant influencer ce coût.

Aussi le schéma suivant est-il destiné à servir à la compréhension globale du problème en en montrant les interactions.

Nous définissons le coût comme l'ensemble des charges pesant sur toute entreprise industrielle pour pallier le risque que font courir ses produits aux consommateurs ou à l'environnement. Ce coût est fonction des quatre composantes suivantes :

Le nombre des demandes d'indemnisation

Le coût augmente lorsque le nombre des demandes augmente. Mais ce nombre est fonction lui-même d'un certain nombre d'éléments :

- l'environnement social : le « consumérisme » en est l'exemple le plus frappant ;
- la durée de la prescription : une prescription courte rend irrecevable un certain nombre de demandes formulées trop tardivement ;
- la politique générale de l'entreprise : dans l'ensemble des demandes d'indemnisation, beaucoup sont relatives à des dommages de faible importance, et peuvent donc être réglées par le service commercial de l'entreprise ;
- la prévention : il est évident que d'efficaces mesures de prévention rendent moins fréquents les accidents qui sont à l'origine des demandes. Toutefois, le coût de ces mesures, qui se répercute sur le prix de vente, entre en ligne de compte. Les Etats-Unis fournissent un exemple de l'influence que peuvent avoir certaines législations nationales sur le niveau des dépenses de prévention des accidents du travail.

Les législations nationales américaines établissent des limites maxima à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail, limites particulièrement basses pour le niveau

* Research financed by an « Ernst Meyer » scholarship of the Geneva Association.

de vie américain. Aussi, les industriels n'ont-ils aucune incitation économique à établir des postes de travail sans danger en améliorant périodiquement les systèmes de sécurité, puisque le coût en serait plus élevé. « Workmen's compensation laws are a license for poor workplace practices. »¹ Le nombre des demandes d'indemnisation est donc directement fonction de ces éléments qui influent sur le niveau des dépenses de prévention.

Le montant des demandes d'indemnisation

Le montant des demandes, multiplié par leur nombre, va déterminer le coût. Encore faut-il distinguer pour notre étude le montant unitaire moyen de chaque demande et la distribution statistique des demandes, afin de définir, par exemple, le pourcentage de demandes d'un montant élevé par rapport à celui des demandes d'un faible montant. Ce montant est lui-même conditionné par trois éléments :

- la limite maximum d'indemnisation

Dans certains domaines particuliers, le risque nucléaire par exemple, l'Etat peut fixer une limite maximum d'indemnisation, après consultation des intéressés.

Plus généralement, les futures directives de la Commission des Communautés Européennes, ou Convention du Conseil de l'Europe, proposent des limitations globales de responsabilité, « pour tous les dommages causés par des articles similaires présentant un défaut identique ».

- l'environnement social

La perception que le public a du dommage conditionne l'étendue de ses demandes. De même, l'interprétation que les tribunaux font des législations existantes a une influence importante sur les indemnités versées.

- la prévention

Une prévention efficace, au niveau national d'une part, à celui des entreprises d'autre part, a pour conséquence naturelle une baisse de nombre des accidents, mais aussi de leur gravité, qui conditionne le montant demandé.

Le type de sinistres

Les sinistres sont de différentes sortes, conditionnés par l'environnement technologique qui, au fur et à mesure de son évolution, va les faire varier, amplifier les conséquences de certains, ou encore en créer de nouveaux types, comme les risques de développement, particulièrement importants dans l'étude de la responsabilité du fait des produits.

La définition des dommages

Certains peuvent être considérés comme non réparables. Ainsi, l'Avant-projet de la Commission de Bruxelles stipule que : « Est exclue la compensation de la souffrance et des autres dommages moraux. »

La définition des dommages varie également en fonction de :

- l'environnement social : la tendance à une meilleure protection sociale semble être maintenant irréversible. Elle va de pair avec l'élargissement de la notion de dommage ;

¹ « Inflation in Product Liability », *Business Week*, 31.5.1976.

- l'Etat : c'est l'Etat qui, par l'introduction de nouvelles lois, va en fait institutionnaliser des changements sociaux réalisés quelquefois depuis longtemps.

La répartition du coût

Il est maintenant nécessaire de définir qui va supporter ce coût, c'est-à-dire comment il va se répartir.

a) L'industrie

- Le bon sens veut que celui qui est à l'origine du dommage le répare, soit le fabricant lorsqu'un produit industriel est à l'origine d'un accident. Cette indemnisation par le fabricant intervient soit à la suite d'une décision judiciaire lorsque les dommages sont importants, soit par simple acceptation de l'entreprise, lorsque celle-ci par exemple désire soigner son image de marque.
- Pourtant, si le producteur est toujours l'unique responsable du paiement des indemnités dues, il a à sa disposition un autre moyen de faire face à ses charges, moyen plus généralement utilisé : l'assurance, qui représente un transfert de la charge financière à une institution spécialisée. Toutefois, une restriction s'impose. Encore faut-il que le risque soit assurable d'une part, et que son importance ne rende pas sa couverture impossible. Ainsi, la couverture des risques nucléaires est assumée en partie seulement par l'assurance.
- Le coût peut être également supporté d'une autre manière : les dépenses de prévention peuvent être considérées comme le moyen d'éviter les sinistres, donc comme le coût des « non-demandes » d'indemnisation. Le contrôle des risques encourus mérite donc une attention soutenue : pris dans un sens large, il doit comprendre les tâches d'identification des risques, de leur réduction, de prévention des accidents, et même du contrôle des dommages, quoique ce dernier élément semble difficile à mettre en pratique dans le cas de la responsabilité-produits. En effet, par définition, le produit n'est plus en la possession du fabricant lors de la survenance de l'accident. Aussi l'industriel doit-il agir par une prise de conscience globale des dangers que peuvent représenter ses produits, et par là même, agir en pleine connaissance de cause sur ce que représentent :
 - les tranches de risques pris à sa charge, d'une part ;
 - les tranches de risques assurés, d'autre part.

Le même problème se pose aux assureurs, car ils ont un rôle à jouer dans la prévention, rôle qui semble moins bien assumé dans cette branche que dans celle de l'assurance-incendie par exemple. Du fait de la complexité croissante des méthodes de production et de la diversité des connaissances dans les différents domaines de l'industrie, l'assurance semble avoir des difficultés à tenir un autre rôle que celui « d'enregistrer les sinistres, il faudrait presque dire compter les coups ».

- b) L'Etat peut également considérer que la couverture de certains risques est un impératif national. Ainsi, la partie non couverte du risque nucléaire est-elle prise en charge par l'Etat. De même, le National Health Service anglais prend en charge le coût des services médicaux encourus par suite d'accident sans pour autant en demander le remboursement aux responsables. L'Etat agit également, par la voie législative,

sur la limite maximum d'indemnisation, déjà commentée, et sur la durée de la prescription, également mentionnée précédemment.

- c) Enfin le public, qui peut avoir à supporter le coût des dommages lorsqu'aucune règle législative ne lui permet d'en obtenir la réparation de quelque source que ce soit. Le public a donc également une influence sur le degré de prévention, car il est peu concevable qu'un produit provoquant de nombreux accidents reste longtemps un succès commercial ou une bonne publicité pour son fabricant.

La charge que représente tout régime de responsabilité est donc un phénomène complexe, dont les dirigeants d'entreprise tout autant que les assureurs commencent à se préoccuper au fur et à mesure des tentatives d'harmonisation européenne, qu'elles proviennent de Strasbourg ou de Bruxelles.

2. Les dommages

La Commission des Communautés Européennes définit ainsi la responsabilité du fait des produits :

Le fabricant d'une chose est responsable du dommage causé par un défaut de celle-ci.

Il faut donc qu'il existe un défaut, et que ce défaut provoque un dommage. Par exemple, le fabricant d'un couteau n'est pas responsable des dommages consécutifs à des coupures, puisqu'un couteau est fait, par définition, pour couper. Ce n'est donc pas un défaut.

Un fabricant de vêtements — nous excluons les vêtements spéciaux de notre exemple — a donc peu à redouter de devoir indemniser les victimes d'accidents par suite de défaut. Quel trou dans un pullover, quelle robe mal coupée pourraient provoquer des dommages autres qu'esthétiques ? La responsabilité de cet industriel vis-à-vis des dommages causés face à ses produits n'est donc pas difficile à assumer.

Par contre, un fabricant de spécialités pharmaceutiques a tout à redouter d'une erreur toujours possible dans la conception ou la fabrication d'un médicament, les grandes séries d'un même produit pouvant aggraver à l'infini la liste des dommages. Les besoins de cet industriel seront donc fondamentalement différents, puisqu'il a à faire face à un risque tellement important qu'il peut mettre en danger la vie d'un grand nombre de personnes. Les exemples de telles catastrophes sont heureusement rares. Pourtant, tout le monde a encore en mémoire l'affaire de la Thalidomide, ou celle du Talc Morhange. Tous les secteurs industriels ne sont donc pas touchés de la même manière par ce problème.

Entre les deux extrêmes des exemples précités, il existe en effet une variété infinie de niveaux de responsabilité que l'on peut définir en fonction de l'ampleur des dommages encourus.

Prenons l'exemple des jouets. Un jouet, d'après la définition susmentionnée, peut être à l'origine de dommages réparables « s'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Or, l'OCDE a montré dans une étude faite en 1975, que les jouets pouvaient être à l'origine de nombreux types de dommages :

- jouets aux arêtes coupantes ;
- jouets comportant des éléments démontables ;

- articles assez petits pour être avalés ou introduits dans les orifices naturels ;
- les carabines.

Les types d'accidents étaient les suivants (selon une enquête effectuée au Royaume-Uni :

1. les chutes (53 % des accidents) constitue la catégorie la plus importante ;
2. coupures, contusions, etc. (32 % des accidents) ;
3. inhalation ou ingestion (6 % des accidents), empoisonnements (1 % des accidents).

Les dommages provoqués par des jouets existent donc, même si leur ampleur ne peut être comparée avec les dommages dus à des produits pharmaceutiques.

De même, un fabricant de téléviseurs court toujours le risque de voir un de ses modèles imploser et provoquer des dommages corporels et matériels. Ces dommages peuvent être graves, bien que, à ce jour, aucun cas de dommages importants en série ne s'est présenté, du moins dans cette branche d'activité.

Le niveau de risques auxquels les industriels ont à faire face varie donc fortement d'un secteur industriel à l'autre.

2.1. Dommages et taille de l'entreprise

La quantification des dommages est nécessaire pour l'industriel, mais elle n'est pas suffisante. En effet, un accident, dont la réparation est évaluée à 100.000 FF par exemple, n'aura pas beaucoup d'influence sur la politique d'une grande société multinationale, alors qu'il représente peut-être la faillite pour une société implantée seulement sur un échelon régional.

Le montant de la réparation, ou plus généralement l'importance du risque, doit être mis en rapport avec la taille de l'entreprise. Il est également nécessaire de mettre en évidence qu'une petite société peut avoir à supporter des dommages sans commune mesure avec son importance. Ce n'est pas du tout parce qu'une société est de petite taille qu'elle ne peut avoir à supporter des dommages importants.

Par exemple, le fabricant d'une goupille utilisée dans le train d'atterrissage d'un avion doit supporter le risque, hélas toujours possible, de voir l'avion s'écraser à l'atterrissage par suite d'un défaut de cette minuscule pièce. Pourtant, ce fabricant peut être une très petite entreprise spécialisée dans ce type de production. Il y a alors une telle disproportion entre les dommages possibles et la taille de l'entreprise que couvrir ce risque devient difficile, sinon impossible. Nous reviendrons plus loin sur les solutions adoptées dans ce genre de cas.

Enfin, il faut noter une autre tendance générale dans de nombreux secteurs industriels. De plus en plus, les sociétés commercialisant les produits finis, et donc sur lesquelles pèsent au premier chef la charge de la réparation des dommages, exploitent des créneaux particuliers d'un marché et ne font souvent que peu de transformations, se contentant d'assembler divers matériaux. Ces sociétés sont souvent de très petite taille, et leur responsabilité est alors disproportionnée par rapport à leur surface financière. Il va sans dire que, dans la mesure où l'origine du dommage est à rechercher dans un élément particulier du produit, la société qui a commercialisé le produit peut se retourner contre le fabricant de l'élément. Il n'en demeure pas moins que le fabricant du produit fini doit supporter au départ cette charge, donc l'assumer, ce qui veut dire intégrer ce coût potentiel dans ses prévisions.

2.2. La réparation du dommage

Pour faire face aux conséquences financières que doit supporter tout industriel par suite de défaut de ses produits, diverses possibilités s'offrent.

- Une première consiste en la création de réserves (de plus ou moins grande importance selon les risques couverts), ce qui nécessite un effort financier important et difficile : les lois fiscales de nombreux pays offrent souvent un frein à une telle forme de couverture du risque, car de telles réserves ne sont pas fiscalement déductibles. Elles offrent également un autre inconvénient : immobiliser des sommes importantes qui pourraient être utilisées de manière plus profitable pour l'entreprise, par exemple en investissements. De plus, les concentrations sont à l'heure actuelle un phénomène industriel de plus en plus fréquent. Or, pour un groupe comprenant plusieurs sociétés, la constitution de telles réserves ou provisions pour l'ensemble des risques que courent les sociétés filiales est concevable. Mais, comme le note M. J. C. Cusset, il faudrait qu'existe « la possibilité pour les groupes de sociétés d'effectuer des transferts tenant compte de la capacité globale du groupe, et non des seuls moyens de la filiale considérée »².

Toutefois, il est intéressant de noter que, pour la France par exemple, environ 60 à 70 % des entreprises françaises n'assurent pas leur responsabilité-produits, d'après les estimations d'assureurs français. Comme nous l'avons montré précédemment, certaines sociétés fabriquent des produits qui ne peuvent provoquer des dommages. Elles n'ont bien sûr pas besoin d'assurer leur responsabilité, mais il paraît présomptueux de croire qu'un tel pourcentage des industries d'un pays développé ont des productions totalement fiables. En fait, une évaluation exacte n'est pas possible, car les données manquent. Mais on peut estimer qu'une part importante de ces sociétés assument par elles-mêmes la charge du risque par auto-assurance.

- L'industriel qui ne veut ou ne peut assumer ces risques a la possibilité de transférer cette charge sur l'institution financière spécialisée, l'assurance, contre le paiement d'une prime. C'est la méthode qui semble la plus fréquente parmi les industriels qui ont à faire face à des risques importants. Cette méthode permet à l'industriel d'éviter la constitution de réserves, mais l'oblige à supporter une charge supplémentaire non industrielle, la prime, qui va peser sur ses prix de revient. Cette prime consiste dans la majorité des pays européens en un certain pourcentage du chiffre d'affaires, sauf en Autriche et en Suisse, où l'on tient quelquefois compte du nombre de personnes employées et de leur répartition par catégories. La prime également varie beaucoup en fonction du type de produits réalisés, du secteur dans lequel travaille l'entreprise, des méthodes de prévention employées, etc.
- Dans la pratique, la situation ne se présente jamais comme un choix net entre deux solutions opposées. Une société désire souvent conserver à sa charge une partie du risque qu'elle fait courir du fait de ses produits, estimant qu'elle en possède les moyens financiers, le reste étant transféré à l'assurance. Pour des raisons de politique commerciale par exemple, un industriel peut désirer régler les cas de dommages qui se présentent jusqu'à un certain montant, afin, par exemple, d'éviter à la victime

² J.-C. Cusset : « La Recherche de nouvelles Couvertures par les Entreprises », *L'assurance française*, juillet 1975, pp. 461-482.

des formalités administratives toujours déplaisantes et qui pourraient nuire à l'image de marque de la société.

Il s'agit donc en fait pour l'industriel de savoir quelle partie du risque il peut retenir à sa charge sans nuire à l'équilibre financier de son entreprise, c'est-à-dire définir sa capacité de rétention afin de fixer le seuil de l'assurance.

Or, les franchises actuelles sont en général de niveau très faible, quand elles existent. Sur la courbe de dispersion des risques, elles ne couvriraient que l'extrême gauche.

Courbe de dispersion du risque

Figure 1

Toutefois, suivant les types de produits, donc suivant l'ampleur des dommages qu'ils provoquent, cette courbe peut être déplacée, dans un sens, ou, au contraire, dans l'autre (voir schémas ci-dessous).

Figure 2

Figure 3

La figure 2 représente le type de problèmes auxquels ont à faire des industriels produisant des articles provoquant souvent des dommages peu importants, tandis que la figure 3 représente la situation d'une industrie dont les produits provoquent généralement des dommages importants.

Ainsi, le coût de la franchise, de même que son utilité, varie-t-il fortement suivant les entreprises concernées, ou même suivant les types de produits.

Ainsi, dans la figure 2, une franchise peu élevée permet de solder un grand nombre de cas, mais reviendra assez cher, puisque la fréquence de tels accidents est élevée.

Dans la figure 3, l'utilité d'une telle franchise serait bien différente, puisqu'il faudrait alors admettre qu'elle soit d'un montant élevé. C'est la raison pour laquelle les franchises, dans les polices couvrant la responsabilité du fait des produits, peuvent être demandées par les industriels aussi bien qu'imposées par les assureurs, suivant les cas.

Par exemple, l'expérience montre que, dans le secteur de l'industrie des produits d'entretien, la franchise demandée par plusieurs entreprises se montait à environ 1 000 \$ U.S. par cas. Mais surtout, le total des réparations payées par l'entreprise, c'est-à-dire celles qui n'excédaient pas 1 000 \$ U.S., s'élevait à la moitié des indemnités versées par l'assureur pour les cas dépassant le seuil de la franchise, donc plus importants. La majorité des dommages encourus était donc de petite taille.

Enfin, comme le note M. Cusset, « un risque de probabilité 1 coûte plus cher à assurer qu'à porter soi-même (à cause des charges, le seuil est probablement entre 0,70 et 0,80 et peut-être plus bas) (et) au plan statistique, l'accumulation des données et la récurrence des phénomènes font de certains risques une quasi-certitude »³.

Aussi est-il plus intéressant dans certains cas d'indemniser directement, sans passer par l'assurance, qui fort normalement va inclure dans le montant de la prime ses frais généraux, donc augmenter le coût de la réparation du dommage.

En résumé, il y a rarement choix net entre assurance et rétention du risque. Il y a plus souvent combinaison des deux, qui varie en fonction du nombre de données telles que :

- types de dommages possibles ;
- fréquence des dommages possibles ;
- degré de prévention ;
- politique commerciale de l'entreprise ;
- etc.

2.3. Dommages catastrophiques et capacité maximum du marché de l'assurance

Nous avons remarqué dans le chapitre précédent la concordance de deux tendances. L'aggravation des risques due à la formidable évolution technologique des dernières années, et la tendance générale — qui paraît irréversible — à une meilleure indemnisation des victimes de dommages. La réunion de ces deux tendances a pour conséquence l'augmentation du nombre et du montant des réparations individuelles versées, soit, d'une manière plus générale, l'augmentation du montant global d'indemnisation.

Pourtant, puisque nous avons montré qu'une grande majorité des entreprises supportant des risques importants s'assuraient, une question vient à l'esprit : jusqu'où

³ Ibid.

l'assurance peut-elle aller ? N'y a-t-il pas de limites ? L'assurance répond-elle à toutes les demandes qui lui sont formulées, quel qu'en soit le montant ?

L'avant-projet de directive de la Commission des Communautés, de même que le projet de Convention du Conseil de l'Europe, prévoient une possibilité de limitation absolue du montant de la responsabilité des entreprises. On peut donc en déduire — a contrario — qu'une telle limite est nécessaire, ce qui signifie que l'on peut envisager des dommages plus importants, dans certains secteurs particulièrement touchés.

Article 7 : proposition de Directive :

La responsabilité du fabricant prévue en vertu de la présente directive pour l'ensemble des dommages corporels causés par des articles identiques présentant le même défaut est limitée à un plafond de 25 millions d'unités de compte européennes (UCE).

La responsabilité du fabricant prévue en vertu de la présente directive pour le dommage matériel est limitée par personne à un plafond de :

- 15 000 UCE pour des dommages à la propriété mobilière ;
- 50 000 UCE pour des dommages à la propriété immobilière.

L'industrie permet de donner une réponse là où les textes législatifs ne donnent que des indications. Aussi allons-nous définir les problèmes spécifiques de trois secteurs particuliers qui doivent faire face à des risques particulièrement élevés, l'industrie nucléaire, l'industrie pharmaceutique, enfin la construction aéronautique.

2.3.1. L'industrie nucléaire

Nous sommes conscients du fait que les risques nucléaires ne sont pas exactement des risques de responsabilité-produits, mais des risques couverts dans le cadre de la responsabilité civile des entreprises. Il n'en demeure pas moins que ce secteur montre les limites qui existent, quant au paiement de la prime d'une part, quant aux dommages assurables d'autre part.

Pour faire face aux dangers que fait courir l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, les assureurs de la majorité des pays industriels ont dû se grouper en pools nationaux afin de mettre en commun leurs capacités respectives. Pourtant, devant l'ampleur des dégâts possibles, les exploitants de centrales nucléaires ont obtenu la limitation de leur responsabilité à certains montants fixés par conventions internationales.

Ainsi, la Convention de Paris, signée par seize pays européens, stipule :

Art. 7 b) « Le montant maximum de la responsabilité de l'exploitant pour les dommages causés par un accident nucléaire est fixé à 15 000 000 d'unités de compte de l'Accord Monétaire Européen, telles qu'elles sont définies à la date de la présente Convention. Toutefois, un autre montant plus ou moins élevé peut être fixé par la législation d'une partie contractante, compte tenu de la possibilité pour l'exploitant d'obtenir l'assurance ou une autre garantie financière requise à l'article 10, sans toutefois que le montant ainsi fixé puisse être inférieur à 5 000 000 d'unités de compte ».

Ce texte, s'il limite la responsabilité de l'exploitant, n'empêche d'ailleurs pas les indemnisations supplémentaires d'autres sources. Ainsi, la loi française a prévu que l'Etat interviendrait à concurrence de FF 600 000 000, en cas de sinistre particulière-

ment important. De nombreux autres pays agissent ainsi, comprenant l'impossibilité pour l'exploitant de s'assurer entièrement par lui-même.

2.3.2. L'industrie pharmaceutique

L'ampleur des dommages que peuvent provoquer des spécialités pharmaceutiques mérite d'être montrée par des exemples précis, que nous extrayons d'un Bulletin de la Compagnie Suisse de Réassurance ⁴.

France

Responsabilité civile du fabricant de produits pharmaceutiques

« Le Stalinon, produit pour les maladies de la peau, lancé sur le marché par une petite firme française en 1953, a provoqué la mort ou l'invalidité grave de plusieurs centaines de personnes. Il a fallu un certain nombre d'années avant que l'on mesure pleinement les effets nocifs de ce médicament. Les lésés ont constitué par la suite une communauté d'intérêts qui a obtenu la condamnation pénale du fabricant responsable, et qui a défendu, sur le plan du droit civil, les intérêts des lésés. La dépense ainsi occasionnée à l'assurance internationale a dépassé les 10 millions de francs. Ce cas a non seulement dépassé la capacité financière du producteur mais a aussi lourdement engagé l'assureur et ses réassureurs dont l'un a fait faillite. »

Allemagne

Responsabilité civile du fabricant de produits pharmaceutiques

« En 1954, la firme allemande Grünenthal GmbH parvint à réaliser la fabrication synthétique de la thalidomide et le produit fut diffusé en 1957 sur le marché allemand sous le nom de Contergan. Il connut rapidement un grand débit en raison de son efficacité comme tranquillisant et soporifique. Il fut également vendu sous environ 50 marques différentes dans pratiquement tous les pays occidentaux, à l'exception des Etats-Unis. Lorsqu'en 1961, on établit un rapport entre le nombre croissant de malformations chez les nouveau-nés et l'usage du produit, l'entreprise pharmaceutique retira celui-ci du marché. Selon les estimations, plus de 4 000 enfants vivaient en Allemagne atteints de malformations causées par l'absorption de Contergan en cours de grossesse. »

Ce dernier cas n'est pas encore entièrement réglé. Pourtant, la Société qui a fabriqué le produit en cause a déjà payé 110 millions de DM aux familles des victimes. Au Royaume-Uni, le coût de cette tragédie a été évalué à 20 millions de livres.

Ces deux exemples montrent à quel point le problème est crucial pour ce secteur industriel. De l'ensemble des interviews réalisées, nous pouvons déduire quelques indications sur les couvertures demandées par ces industries. Des montants de 100 millions de FF sont négociables, mais il semble que, dans un cas seulement, une grande société européenne n'ait pu se procurer la couverture désirée, qui cependant était supérieure à ce montant limite, couverture jugée trop importante par les assureurs.

Les fabricants de produits anticonceptionnels semblent rencontrer des difficultés particulières pour s'assurer. Ainsi, une société multinationale, désirant assurer les

⁴ *Compagnie Suisse de Réassurances* : Bulletin du Service des sinistres : RC produits 1^{re} partie, pp. 14-15, Zurich, 1970.

risques découlant de ce genre de produits pour leur vente aux Etats-Unis, a dû conclure une police séparée, avec des montants de couverture particuliers et un taux de prime beaucoup plus élevé.

Un essai d'harmonisation générale des couvertures des industries pharmaceutiques est fourni par l'Allemagne, dont le gouvernement cherche à instaurer une nouvelle loi concernant la responsabilité-produits de ce type d'industries, et obligeant celles-ci à trouver des couvertures de 200 millions de DM. Cette proposition de loi pose de graves problèmes aux industriels: «The Federal German Association of Pharmaceutical Industry has said that it will appeal to the country's constitutional court if a new national Pharmaceutical Act is promulgated in the form of the existing bill. A major objection to the foreseen legislation is that "pharmaceutical manufacturers" — a term which includes pharmacies preparing their own medicines — would have to insure themselves for 200 million DM per incident against harm caused by pharmaceuticals.

The industry, which had wanted to set up a DM 40 million-cover insurance body of its own, funded by a per-mille levy on members' turnovers, claims the Bill would cost manufacturers an extra DM 40 million a year in premiums, or double if the damages were not restricted to those not covered by sickness insurance schemes. This would result in twice this extra sum being passed on in higher prices to sick funds and the consumer, the Association contends, in view of the fixed margins of wholesalers and retailers »⁵.

En résumé, il semble donc qu'une couverture de 100 millions de francs français constitue une limite au-dessous de laquelle celle-ci peut être obtenue dans des conditions normales, alors que des problèmes se sont déjà posés pour l'obtention de couvertures plus importantes.

Aussi peut-on penser que l'on s'approche d'un seuil, qui nécessitera peut-être dans l'avenir des solutions nouvelles si l'on désire le dépasser, ou même, plus simplement, si le développement technologique se poursuit, impliquant par là même des risques accrus. Ainsi, certains fabricants de produits pharmaceutiques imaginent déjà la possibilité pour l'Etat de supporter une partie de leur responsabilité, au-delà du seuil assurable, ou, par exemple, au-delà de la limite actuellement négociée à Strasbourg et à Bruxelles. Il est peut-être possible de trouver un accord entre les propositions des industriels et celles des gouvernements. Cette solution rejoindrait celle adoptée pour les exploitants de centrales nucléaires.

2.3.3. L'industrie aéronautique

Par industries aéronautiques, nous entendons les constructeurs de matériel aéronautique. La responsabilité du fait des produits de ce secteur industriel ne doit pas être confondue avec la responsabilité civile du transport aérien, c'est-à-dire, en général, les compagnies aériennes.

Ce secteur industriel est très touché par toute tentative d'accentuer les régimes existants de responsabilité du fait des produits. En effet, le « défaut » d'un avion peut causer la mort de 400 passagers, puisque telle est la capacité des derniers-nés des avions civils, et la perte de l'appareil. Toutefois, comme l'avant-projet de directive de Bruxelles le stipule :

⁵ *Financial Times* : « World Insurance Report », n° 27, 2.4.1976, p. 6.

« Art. 9 ... est exclue la compensation de la diminution de valeur, du dommage ou de la destruction de la chose défectueuse elle-même. Les droits contractuels relatifs à ces événements ne sont pas affectés par cette directive. »

Ainsi, nous nous occuperons donc seulement des dommages que peut causer l'avion, aux personnes et aux biens, à l'exclusion du dommage à l'avion lui-même, sans oublier qu'une réparation sous le régime juridique normal est toujours possible.

La notion de défaut est elle-même extrêmement difficile à cerner. Un avion est généralement le fruit de la collaboration de multiples sociétés, de la plus petite à la plus grande. « By way of illustration. I can say that if the forger of a metal used in the manufacture of a turbine blade uses less than reasonable care in his preparation of the metal and if the turbine blade fails as a result of that negligence and if, then as a result of that failure the aircraft suffers an accident in which personnel injury or death is caused to the passengers, then, ultimately, if the negligence of the forger can be proved, he may be responsible for every penny of damages which may ultimately be payable, not just to passengers and their dependants but also, subject to the contractual position, to the carrier for the loss of his hull » ⁶.

L'Association Européenne des Constructeurs de Matériel Aérospatial (AECMA) a formulé certaines remarques auprès du Comité d'Experts qui a préparé le Projet de Convention sur la Responsabilité-produits du Conseil de l'Europe. Cette association estime qu'il est possible d'obtenir « une couverture maximum de 40 millions de livres sterling, pouvant, dans certains cas, être portée à 60 ou même 70 millions de livres » ⁷. Ces montants, qu'un seul sinistre peut atteindre, sont donc bien plus importants que les sinistres auxquels ont à faire face les industriels habituellement, et donc posent encore plus de problèmes. « Si, dans un court laps de temps, il se produisait un accident ou une série de deux ou plusieurs accidents dus, par exemple, à une pièce défectueuse, sans qu'aucune faute ou un blâme quelconque puissent être imputés à un constructeur, cela tarirait de toute évidence le marché des assurances. Aussi vif que soit le désir des principaux assureurs de rester sur le marché pour rattraper leurs pertes par la suite, il est probable qu'ils se trouveraient, par la suite, entre les mains de leurs propres réassureurs, ces derniers étant avant tout désireux de répartir leurs risques plutôt que de demeurer sur un marché présentant des risques aussi catastrophiques ⁸. »

Aussi la difficulté que certains industriels de l'aéronautique peuvent rencontrer pour trouver les couvertures peut provenir de deux raisons différentes :

- une augmentation des montants dont les industriels ont besoin pour faire face à l'augmentation des indemnités versées ;
- une augmentation des risques entraînant une raréfaction du nombre d'assureurs acceptant de couvrir ces risques.

⁶ *Marin, P.* : « A General View of Aviation Products Liability », Aviation Products and Grounding Liability Symposium, Royal Aeronautical Society, Londres 1972.

⁷ *AECMA* : « Commentaires présentés au Comité d'Experts sur la Responsabilité des Producteurs », janvier 1975.

⁸ *Ibid.*

Dans les deux cas, la conséquence ultime peut être la même : une hausse du taux de prime telle que, même si la couverture peut être trouvée, la charge supplémentaire pèsera de manière considérable sur le prix de revient.

Aussi, les constructeurs européens de matériel aéronautique ont-ils d'abord éprouvé le besoin de s'unir afin de faire face à ces risques. Aussi ont-ils mis sur pied, en collaboration avec leurs assureurs, des polices globales, couvrant la responsabilité du maître d'œuvre et des sous-traitants qui ont participé à la conception et à la fabrication de l'avion. Ces polices globales permettent ainsi aux petites sociétés travaillant à un projet ambitieux d'assurer leur responsabilité. Ces polices tendent à se généraliser.

Toutefois, ce système ne semble pas suffisant pour résoudre les problèmes qui leur sont posés. En résumé, elles doivent faire face :

- à l'augmentation du trafic aérien mondial, donc à un plus grand risque d'accidents ;
- à la capacité croissante des avions modernes, et donc au risque de voir des sinistres de plus grande ampleur ;
- à l'augmentation des indemnités accordées aux victimes ou à leurs ayants-droit.

Cette augmentation est significative. Les indemnisations suivantes ont été accordées ces dernières années⁹ :

- 2 000 000 \$ pour la mort d'une personne ;
- 3 200 000 \$ à une personne devenue paraplégique ;
- 3 900 000 \$ à un homme de science très grièvement brûlé ;
- 1 800 000 \$ à la suite de la mort d'un garçon de 16 ans.

Aussi, les couvertures rendues nécessaires par l'ensemble de ces facteurs, et dont nous avons chiffré les montants ci-dessus, obligent-elles les industries aéronautique à chercher d'autres solutions. L'une d'elles a été retenue par l'AECMA et proposée aux gouvernements européens. Il s'agit d'aligner la couverture de l'industrie aéronautique sur celle de l'industrie nucléaire. Nous en tirons les points principaux :

1. les industriels responsables sont garantis par une assurance normale jusqu'au niveau qu'il est possible d'obtenir commercialement à un prix supportable ;
2. indemnisation des gouvernements au-delà de l'assurance normale ;
3. création d'un fonds gouvernemental pour l'indemnisation supplémentaire définie au point 2, fonds alimenté par un prélèvement sur le prix du billet.

Ainsi, le coût du système de responsabilité du fait des produits passerait en partie des entreprises aéronautiques au public utilisateur des transports aériens, ou encore à la population entière. L'AECMA demande simplement le transfert du coût. Ce plan projeté a le mérite de mettre en évidence un phénomène souvent moins évident : le public paie presque toujours le coût des systèmes de responsabilité-produits selon deux possibilités :

- hausse du prix du produit fini ;
- prélèvement sur le prix de vente du billet.

⁹ *Dean, D. L.* : « Strict Liability in the USA », *Aviation Products and Grounding Liability Symposium*, Royal Aeronautical Society, Londres, 1972.

Ces deux méthodes reviennent sensiblement au même puisque le prix de vente de l'avion influe d'une certaine manière sur le prix du billet. Dans les deux cas, le coût du régime de responsabilité-produits est donc reporté sur les usagers.

Pourtant, l'élément important semble être le problème de la capacité. En effet, le plan projeté par l'AECMA n'a de sens que parce que les constructeurs aéronautiques se trouvent placés devant des difficultés pour assurer leur responsabilité. Faut-il croire alors que l'offre d'assurance ne rencontre plus la demande sur ce marché particulier ? Il est bien difficile de répondre, car il n'existe pas de règle générale et les constructeurs ont plus ou moins de mal à s'assurer suivant leur situation, le danger que représentent leurs produits, et les méthodes de prévention appliquées.

En revanche, il semble que le monde de l'assurance ne perçoive pas avec la même acuité cette difficulté. Certains assureurs estiment que ce marché est encore loin d'être saturé et que plusieurs catastrophes rapprochées n'entameraient pas profondément les possibilités des assureurs. Pour certains, il n'y a d'ailleurs pas de risques industriels inassurables, hormis les risques nucléaires car leur ampleur possible est encore pour une bonne part inconnue.

Faut-il conclure de ces quelques remarques que les constructeurs estiment supporter une part trop importante du risque ? Ou faut-il en déduire que le monde de l'assurance et de la réassurance craint de voir un nouveau marché, ou plutôt un marché en développement, lui échapper si, d'une manière ou d'une autre, des fonds gouvernementaux étaient réunis pour assurer les risques catastrophiques ?

2.3.4. L'industrie des machines-outils

L'industrie des machines-outils aux Etats-Unis fournit l'exemple de la charge représentée par la responsabilité du fait des produits.

Une petite société du Minnesota a vu sa prime d'assurance R.C.-produits passer de 154 \$ à 40 000 \$ en l'espace de deux ans, alors que son chiffre d'affaires est d'environ 400 000 \$¹⁰.

Exemple révélateur : Une société de Woodburg (Connecticut), la « Safeguard Manufacturing Co », « lose its products liability coverage for the fifth time in April of last year, despite paying over 10 % of gross sales in premiums. Safeguard was paying 50 000 \$ with a 5 000 \$ deductible, for 300 000 \$ of coverage when it was cancelled. The best offer of coverage it could then get was for a 70 000 \$ substantial ! A month later, uninsured, Safeguard was named as a defendant in a 4 million \$ lawsuit »¹¹.

Plus généralement, des estimations montrent que les primes R.C.-produits pour les fabricants de machines-outils ont augmenté de plus de 700 % depuis 1968, dix fois plus que le taux d'inflation¹².

Les exemples précités montrent qu'il ne s'agit plus, à proprement parler, de dommages catastrophiques. C'est la prime qui, en fait, constitue un dommage pour l'entre-

¹⁰ « American fear Crisis on Product Liability », *Policy Holder Insurance Journal* 9 juillet 1976, p. 1240.

¹¹ M. O'Connell : « An Alternative to the Products Liability Mess », *The National Underwriter*, 23 avril 1976, p. 21.

¹² « Inflation in Product Liability », *Business Week*, 31 mai 1976, p. 60.

prise puisque celle-ci se voit amputée au minimum de 10 % du chiffre d'affaires pour payer la prime d'assurance R.C.-produits.

Aussi assiste-t-on à des fermetures d'usines, ou à des cas de non-assurance tout aussi catastrophiques. Tout un secteur industriel est touché.

2.4. Couverture et niveau de prime

Analyser les couvertures demandées par les industries pour leur responsabilité-produit ne revient pas à analyser seulement les couvertures maxima demandées.

Il existe bien des secteurs industriels qui, heureusement, ne supportent pas de tels risques. Comme nous le rappelions précédemment, le fait que 60 à 70 % des entreprises d'un pays industrialisé comme la France ne soient pas assurées pour leur responsabilité-produit est significatif.

Toutefois, entre les entreprises qui ne courent aucun risque et celles dont les risques peuvent mettre leur existence en danger, nombreuses sont les entreprises qui s'assurent sans que leurs besoins soient très importants.

Ces entreprises peuvent être réparties comme suit, en fonction de leur chiffre d'affaires :

— de 5 millions de FF :	38,7 %
de 5 à 10 millions :	17,5 %
de 10 à 20 millions :	16,5 %
+ de 20 millions :	27,3 %
	<hr/> 100 %

L'ordre des couvertures varie beaucoup suivant le type de produits fabriqués. Il varie suivant les entreprises et les secteurs, de 1 à 20 millions de francs français, sauf pour les secteurs particuliers que nous avons cités précédemment. Quant aux primes, elles sont généralement fonction des antécédents de l'entreprise, de son type de production ou encore de la diffusion de ses produits. Les primes sont calculées en pourcentage du chiffre d'affaires, à l'exception de quelques pays, dont la Suisse et l'Autriche, où le nombre de personnes employées est pris en considération. Les primes sont également fonction de la dimension de l'entreprise. En effet, les interviews réalisées montraient que les sociétés les plus importantes supportaient des taux de primes plus bas que les sociétés de dimension plus réduite. Cela tient au fait que les premières ont les productions les plus diversifiées. Comme les sociétés souscrivent des polices couvrant l'ensemble de leur production, le produit supposé « dangereux » sera noyé par d'autres plus fiables, d'où un taux de prime plus faible que si la société n'avait assuré que le seul produit dangereux.

Voici quelques exemples, dont les chiffres ont été préalablement convertis en francs français.

— Branche alimentaire

Cas n° 1 :

Primes : 0,1 % du chiffre d'affaires.

Couverture : 10 millions de FF.

Autres cas :

- les primes peuvent varier de 0,1 ‰ à 2 ‰ du chiffre d'affaires ;
- dans le domaine de la biscuiterie, les primes varient entre 0,12 et 0,8 ‰ ;
- dans le secteur des conserveries, les primes varient dans un rapport de 1 à 3 ‰ suivant les entreprises.

On peut donc en conclure qu'il n'y a pas de règle générale, et noter le niveau de la prime, face aux risques toujours présents d'intoxication alimentaire.

— *Alimentation pour le bétail*

Couverture : 1 million de FF.

Primes : 0,1 ‰ du chiffre d'affaires.

— *Société travaillant dans le secteur des cosmétiques*

Couverture :

- 10 millions de FF en 1^{re} ligne ;
- 10 millions de FF en 2^e ligne ;
- la couverture globale sera prochainement portée à 40 millions de FF.

Primes : 0,1 ‰ du chiffre d'affaires

(ce taux est considéré comme très bas dans ce secteur, car l'entreprise n'a jamais eu à déplorer un sinistre).

— *Produits d'entretien*

Primes : 0,1 ‰ du chiffre d'affaires.

Franchise de 3 000 FF.

Dommages encourus en 1974 :

- 16 450 payés par l'entreprise du fait de la franchise ;
- 31 650 payés par l'assurance.

Les sinistres sont en général de très petite taille et la responsabilité-produits est considérée par l'entreprise comme un élément important de sa politique commerciale.

— *Sous-traitant du secteur de la métallurgie*

- Application du système des polices globales.
- Couvertures élevées prises par le maître d'œuvre.
- Primes assorties à la surface financière du sous-traitant lui permettant de faire face à sa responsabilité, même sans surface financière importante, puisque la prime est calculée en fonction de l'apport du sous-traitant au projet.

— *Industrie du verre*

Peu de problèmes notés en raison de l'expérience ancienne dont bénéficie ce secteur, dans certains domaines très traditionnels, comme, par exemple, celui du verre creux.

Toutefois, des industriels de ce secteur se sont montrés très inquiets des développements possibles des législations concernant la responsabilité-produits, allant jusqu'à parler d'incapacité de produire !

— *Industrie aéronautique*

Couverture : 400 millions de FF.

Primes :

10 % du chiffre d'affaires pour le maître d'œuvre ;

5 % de la participation des sous-traitants

(polices globales mentionnées sous « sous-traitants du secteur de la métallurgie »).

— *Industries pharmaceutiques et chimiques*

Couverture : voir l'analyse particulière de ce problème précédemment étudiée.

Primes : toujours inférieures à 1 %. Il est difficile d'être plus précis dans ce secteur particulier.

Mais, suivant les pays, suivant les régimes de responsabilité, suivant les produits assurés, il semble que les primes varient de 1 à 7 %.

— *Industries électroniques — appareils ménagers*

Il y a quelques années, l'association des producteurs d'appareils électro-ménagers demanda, au cours d'une publicité télévisée, à toutes les victimes d'accident, de se faire connaître.

1206 plaintes furent reçues en trois jours ;

1199 furent retirées par les plaignants après examen ;

6 donnèrent lieu à indemnisation ;

1 fut portée devant les tribunaux.

Cet exemple montre la fiabilité à laquelle sont arrivés ces appareils. Il montre également que ce secteur a encore peu à faire face à des demandes d'indemnisation.

3. Aggravation du régime de responsabilité et politique de l'entreprise

La directive de Bruxelles et la Convention de Strasbourg ont pour objet l'introduction d'un nouveau régime de responsabilité. Ce régime, superposé aux régimes nationaux en vigueur, risque donc d'aggraver les charges qui pèsent sur les entreprises s'il ne coïncide pas exactement avec les régimes existants. L'objet de ces quelques paragraphes consistera à analyser quelques-unes des conséquences pour l'entreprise de l'instauration d'un régime de responsabilité supplémentaire, donc pesant sur les coûts, et par conséquent conditionnant son existence.

A) Les risques de développement

L'origine du problème est à rechercher dans le paragraphe 2 de l'article 1 de la directive CEE qui stipule que le fabricant est responsable même si la chose ne pouvait être considérée comme défectueuse en vertu de l'état de la technique lorsqu'il l'a mise en circulation.

De nombreuses analyses juridiques ont déjà été faites sur ce sujet. Nous n'y reviendrons pas. Contentons-nous de reprendre la définition de ces risques qui semblent cristalliser les remarques des commentateurs.

Un fabricant est responsable des dommages causés par suite de défauts de son produit, même s'il ne pouvait en avoir connaissance et compte tenu de l'état d'avan-

cement des connaissances scientifiques et techniques lors de la mise en circulation du produit.

Parmi d'autres, l'industrie pharmaceutique semble particulièrement touchée par ce type de risques du fait de la nature même des produits qu'elle met sur le marché. Pour elle, les risques de développement sont en fait des risques calculés, puisque mettre un nouveau médicament sur le marché représente toujours un risque.

En effet, il faut bien à un moment ou à un autre essayer les médicaments sur la personne humaine. Cette expérimentation présente toujours un risque, même si, auparavant, les médicaments sont longuement testés sur les animaux.

De plus, les tests sur l'homme portent toujours sur un nombre restreint de personnes. Pourtant, les autorités de contrôle en autorisent ensuite la vente, considérant encore qu'il s'agit d'un risque calculé. Par exemple, des tests portant sur 5 000 personnes sont souvent considérés comme suffisants, alors que des effets nocifs peuvent apparaître seulement une fois sur 20 000 cas. Il n'en demeure pas moins que l'emploi de ce médicament peut être très bénéfique.

De plus, les interactions entre les produits sont peu connues ; les conséquences à long terme de l'emploi des médicaments sont elles aussi mal cernées. Un test, quel qu'il soit, ne permettra jamais de le préciser. Enfin un individu peut avoir des réactions imprévisibles à un produit même quand son utilité a été longuement prouvée.

Ainsi, un vaccin n'est jamais totalement fiable. Il existe toujours un certain pourcentage (en général infime) de cas où il déclenche l'affection qu'il a pour but d'éviter. Est-ce à dire que la production d'un tel vaccin doit être arrêtée ? Assurément non, car les bienfaits sont sans commune mesure avec les méfaits.

L'inclusion des risques de développement dans la directive CEE possède donc une dimension humaine non négligeable. Les industriels, suivis en cela par des organisations patronales telles que l'Union des Industries de la Communauté Européenne (UNICE) ou la Chambre de Commerce Internationale (CCI), soulignent l'importance de ce problème dans leurs observations et commentaires. La Chambre de Commerce Internationale a formulé ainsi ses réserves au projet :

« La CCI comprend que la responsabilité objective telle qu'elle est prévue par le projet de Directive couvre également les risques dits de développement. L'expérience montre que les dommages encourus lors de la production et de la commercialisation de nouveaux produits peuvent être très importants, notamment dans le cas des industries pharmaceutiques et alimentaires. La règle proposée aurait donc pour effet d'accroître considérablement les risques pour ces industries. Les assureurs sont d'accord sur le fait que des réserves considérables pour la couverture des risques potentiel devraient être constituées par les compagnies d'assurances, et les primes augmentées en conséquence.

Cette situation entraînerait les conséquences suivantes pour les milieux d'affaires des pays de la Communauté Européenne :

- a) Les frais de production et de distribution augmenteraient, entraînant une hausse des prix de vente, notamment pour les produits pharmaceutiques et alimentaires.
- b) Comme ils devraient supporter intégralement la charge de tous les dommages causés par leurs produits quels qu'aient été leurs efforts pour prévenir ces dommages et comme ils seraient exposés à des risques pour lesquels ils ne pourraient obtenir

une assurance adéquate contre le seul paiement de primes élevées, les producteurs seraient peu enclins à s'engager dans la production et la commercialisation de nouveaux produits. Ainsi, l'application de la Directive risquerait-elle de freiner le progrès dans les domaines de la santé publique et du niveau de vie.

- c) Les producteurs fabriquant des marchandises dans et pour des Etats qui ne sont pas membres de la Communauté et qui n'imposent pas la responsabilité objective en matière de risques de développement, auraient des frais de production et de distribution moins élevés, et ne seraient pas incités, du fait de ces mêmes risques, à limiter le lancement de nouveaux produits. Ils seraient donc avantagés sur le plan de la concurrence par rapport aux producteurs des pays de la Communauté.

La CCI suggère donc que les risques de développement soient supportés par l'assurance nationale et l'assurance-travail. Le producteur ne devrait pas être tenu pour responsable s'il peut prouver que le défaut du produit ne pouvait être prévu ou évité au moment où le produit a été mis en circulation, eu égard aux progrès scientifiques et techniques les plus récents. »¹³

En résumé, tout industriel est soumis à un risque qu'il ne peut éviter par définition, puisque l'état de la science et de la technique lui permet de considérer son produit comme fiable au moment de sa mise en circulation.

- a) La première solution serait de refuser de fabriquer tout produit susceptible de présenter ce risque dans l'avenir, et donc de refuser de se lancer dans la fabrication de produits qui n'ont pas encore été testés sur une grande échelle d'une part, et durant un laps de temps suffisant d'autre part. A la limite, une telle législation peut tuer toute capacité d'initiative, et donc tout progrès technique. L'inclusion des risques de développement dans la directive de la CEE représente alors un inconvénient majeur pour le consommateur qui se voit privé de produits nouveaux que le producteur n'ose mettre en circulation. Les producteurs voient alors leur capacité d'innovation restreinte à une fabrication plus efficace de produits existants, tandis que les consommateurs sont condamnés à se contenter des produits déjà sur le marché. Les fabricants de spécialités pharmaceutiques, par exemple, insistent sur le fait que l'humanité a besoin de nouveaux médicaments, alors que tout produit nouveau représente toujours un danger potentiel.
- b) Une deuxième solution consiste à poursuivre la recherche et le développement de produits nouveaux, tout en couvrant le risque de développement par l'assurance, qui est la seule manière envisageable, puisque, par définition, le produit est réputé sans défaut lors de sa mise en circulation, et donc qu'aucune mesure de prévention ne peut permettre d'écarter ce risque. Or, assurer un risque nouveau signifie payer des primes supplémentaires qui pourraient être considérables. Les méthodes modernes de production et de distribution peuvent décupler l'ampleur des sinistres se produisant simultanément dans plusieurs pays. En 1974, le Comité Européen des Assurances (CEA) a fait observer que les primes destinées à couvrir ces risques pourraient être considérables et que l'inclusion de ces risques dans le régime de responsabilité

¹³ Commentaires de la CCI sur le premier avant-projet sur le Rapprochement des Législations des Etats-membres en matière de Responsabilité du fait des Produits, Paris 1975.

pourrait gêner la mise en circulation de nouveaux produits, enfin qu'elle atteindrait beaucoup plus durement la petite entreprise que la grande.

Analyse du risque et son évaluation

Une telle unanimité pour l'exclusion des risques de développement semble signifier que ces risques n'ont jusqu'à maintenant jamais été indemnisés. En effet, il n'est pas de première importance pour l'économiste de savoir si oui ou non ces risques sont inclus ou exclus du régime de responsabilité que supportent les entreprises. Ceci est une question juridique. La question économique est de savoir si les risques de développement ont amené des indemnisations ou non, et, dans l'affirmative, sur qui a pesé cette charge financière.

Les exemples permettant d'éclairer cette question sont rares.

Nous en donnerons deux :

1. Cas de la Thalidomide ou Contergan

Les opinions divergent et il est difficile de savoir si un risque de développement est à l'origine de ce terrible accident. Quoi qu'il en soit, les victimes sont indemnisées (du moins partiellement, car le cas n'est pas totalement réglé) : 110 millions de DM ont déjà été versés. Cet exemple ne permet donc pas, en tout état de cause, d'affirmer que les risques de développement sont exclus de la responsabilité des entreprises, puisqu'il y a eu indemnisation.

2. Cas d'un produit anticonceptionnel en Norvège

En 1964, une jeune femme de 32 ans, Madame Hudecz, décède alors qu'elle utilisait une pilule contraceptive, l'Anovlar. Sans entrer dans des considérations juridiques hors de propos sur le cas lui-même, il est intéressant de noter quelques éléments du dernier arrêt de la Cour norvégienne, datant de 1972. Le Tribunal a considéré l'accident comme une conséquence du risque de développement inhérent à tout produit. Le producteur ne fut pas rendu responsable, car le dommage ne pouvait être prévu lorsque l'accident survint, et surtout, lorsque la pilule fut mise en circulation.

La Cour notait : « Strict liability for development damage could have financial consequences for the producer and possibly for his liability insurance company with proportion of a catastrophe. It is impossible to calculate the risk in advance ; in other words, there is no elements of risk which on the basis on a statistical assessment of likelihood necessarily leads to particular specified accidents from time to time ! »

Ce cas est à notre connaissance le seul où l'indemnisation fut refusée du fait d'un risque de développement.

Le risque de développement possède donc une réalité économique que l'on ne peut nier. Toutefois, le nombre de cas n'est pas suffisant pour en déduire des règles générales. Nous pouvons seulement faire quelques remarques :

- a) les risques de développement ont rarement été mis en cause dans la survenance d'un sinistre ;
- b) un seul cas nous est parvenu où une entreprise a vu sa responsabilité écartée pour cause de risque de développement.

On peut tout de même déduire une alternative de ces remarques :

— soit les risques de développement sont très rares ;

— soit les risques de développement ont provoqué un nombre plus important de sinistres. Mais alors, il faut supposer que l'indemnisation des dommages a eu lieu selon les régimes de responsabilité nationaux existants, puisque, dans un seul cas (celui de la pilule Anovlar), l'indemnisation a été refusée.

Des recherches supplémentaires seraient nécessaires pour savoir si l'indemnisation d'un sinistre de responsabilité-produits n'a pas été refusée pour des causes autres, mais qui pourraient être assimilées aux risques de développement.

Les risques de développement ont donc rarement fait l'objet de décisions de justice. Peut-on vraiment penser que subitement, par l'introduction d'une nouvelle législation, le nombre de sinistres ayant pour cause les risques de développement va augmenter ? Une législation n'a d'influence que sur la réparation, pas sur le sinistre lui-même. Nous resterons donc beaucoup plus réservés sur ce problème que les responsables de la CCI ou que certains représentants de l'industrie. Nous sommes soutenus dans notre opinion par l'importance qu'attachent les auteurs de la directive de Bruxelles à ce problème. Leur but n'est évidemment pas de mettre des obstacles à la bonne marche des entreprises concernées. Ils considèrent que « le risque de développement est en lui-même une construction abstraite » dont l'importance a été surévaluée.

Un assureur, qui a plusieurs fois émis des avis importants sur cette question, a déclaré : « Les assureurs n'ont jusqu'à maintenant pas exclu spécifiquement les risques de développement en tant que tels. Les assureurs acceptent déjà de couvrir les risques découlant de médicaments nouveaux. De même, ils acceptent de couvrir la responsabilité des constructeurs aéronautiques où différencier les risques de développement est tout aussi difficile. » Il terminait sur ce point : « Il est beaucoup plus facile de couvrir les risques de développement que les risques purement commerciaux. »

Il convient également de mettre en parallèle l'inclusion des risques de développement avec les conséquences des dispositions de deux articles de la Directive de Bruxelles :

A l'article 7, la responsabilité du fabricant pour l'ensemble des dommages causés par des articles similaires présentant un défaut identique est limitée à un plafond de 25 millions d'UCE.

Pour les dommages matériels, la responsabilité du fabricant est limitée par personne à un plafond de :

- 15 000 UCE pour les dommages aux meubles ;
- 50 000 UCE pour les dommages aux immeubles.

A l'article 9, la responsabilité du fabricant en vertu de l'article 1 s'éteint à l'expiration de dix années à compter de l'année au cours de laquelle la chose défectueuse a été mise en circulation par le fabricant.

L'esprit de ces articles, limite de responsabilité dans le temps et dans le montant, se retrouve dans la Convention de Strasbourg. Plusieurs organisations patronales demandaient que la responsabilité soit limitée à un délai de cinq ans et à un montant de 30 millions de DM. Elles sont maintenant placées devant ce système généralisé de responsabilité objective. Aussi peut-on penser qu'il leur importait grandement de réduire la charge financière de ce nouveau régime par l'exclusion des risques de développement. Leur inclusion acquise, il était alors logique de chercher à limiter la portée de cette mesure par des limitations dans le temps et dans le montant.

B) Les prix de revient

D'un strict point de vue économique, la responsabilité du fait des produits représente un coût, quel que soit le régime de responsabilité. Ce coût varie suivant le type de régime en vigueur. Une question se pose alors. Le prix de revient des produits fabriqués subit-il une augmentation notable lors de l'introduction d'un régime de responsabilité objective ?

Les réponses à une telle question sont diverses.

Les assureurs

Les assureurs mettent en évidence que la superposition d'un régime de responsabilité objective au régime existant, même s'ils se recoupent en grande partie, implique nécessairement une augmentation des taux de primes, donc un poids sur le prix de revient, qui devrait tout de même rester dans des limites supportables, largement en dessous de 1 % du chiffre d'affaires. Toutefois, les situations sont différentes suivant les pays, car fonction de l'environnement national. « Ainsi, les primes de responsabilité-produits sont élevées en Grande-Bretagne, où le mouvement des consommateurs est très important. En revanche, en Espagne, où le consommateur accepte de prendre des risques lorsqu'il achète un produit, le nombre de plaintes est très faible, et donc les primes très basses. » D'autres assureurs chiffrent l'augmentation du nombre de plaintes à 10 ou 15 % par an, après l'introduction du nouveau régime, du fait de la plus grande rapidité dans l'instruction des plaintes.

D'autres assureurs encore estiment qu'il faut interpréter les textes de Bruxelles et de Strasbourg comme des encouragements à la prévention. « On assistait assez souvent, depuis quelques années, à la création de sociétés-écrans, qui supportaient la totalité de la charge de la prime R.C.-produits, et qui étaient souvent peu condamnées par les tribunaux du fait de leur dimension. »

Enfin, les assureurs considèrent qu'il y a bouleversement réel entre le système de la faute et celui de la présomption de faute avec renversement de la charge de la preuve. En revanche, passer de la présomption de la faute à un système de responsabilité objective consiste seulement à « dire tout haut ce que l'on chuchotait auparavant ».

L'industrie

- a) L'interprétation que feront les tribunaux de ce nouveau régime de responsabilité rend les industriels de certains pays très inquiets. En effet, les décisions judiciaires prises actuellement sont bien éloignées des premières décisions judiciaires rendues avec les mêmes textes législatifs. L'interprétation des tribunaux joue donc un rôle important. Du système généralisé de responsabilité pour faute on est déjà arrivé dans certains pays au système de la présomption de faute avec renversement de la charge de la preuve. Aussi craignent-ils de voir les magistrats utiliser la nouvelle base juridique plus large pour faire encore un pas en avant, par exemple, en n'obligeant plus la victime à faire la preuve du défaut. Ce serait alors en arriver à l'obligation de résultat que nombre d'industriels jugent catastrophique, et notamment dans les pays où la législation est déjà la plus avancée, la France par exemple. Le dommage seul ouvrirait droit à indemnisation, alors que de nombreux dommages peuvent survenir sans que le produit fabriqué présente un défaut.

Or, dans notre société moderne, l'industriel fabriquant un produit de base ne connaît pas forcément toutes les utilisations de son produit, et ne pourrait donc pas se prémunir contre ce risque qui représenterait, selon certains industriels, une incapacité de produire dans quelques secteurs particuliers.

Ces mêmes industriels remarquent que le système américain s'il est actuellement encore plus draconien, peut très rapidement, du fait du droit anglo-saxon, être inversé — beaucoup plus facilement que les systèmes continentaux —, si des distorsions trop graves affectent la capacité de produire des entreprises américaines. Un industriel notait avec humour : « La responsabilité objective, qui est aux Etats-Unis un péché de jeunesse, devient en Europe un péché contre l'esprit. »

La majorité des experts interrogés estime toutefois que l'Europe est encore loin de l'obligation de résultat.

- b) Nous avons déjà analysé le risque de développement considéré par certains industriels comme le plus grand danger pesant sur la capacité de recherche et d'innovation des entreprises. Nous n'y reviendrons pas.
- c) La hausse des dépenses de prévention est également mise en évidence par l'industrie. En effet, la meilleure manière d'éviter de futurs accidents est d'améliorer la qualité des produits fabriqués. Or, la mise en place d'un système global de contrôle des risques est très coûteuse, et ce coût doit être répercuté d'une manière ou d'une autre sur le produit.
- d) Les dépenses faites pour l'amélioration de la sécurité des produits et pour la couverture des risques supplémentaires méritent d'être mises en rapport avec les dépenses faites pour lutter contre la pollution industrielle.

*Un exemple : La société Union Carbide a cherché à assainir les rejets d'une de ses usines située aux Etats-Unis. « The world's smokiest factory », était-elle appelée par les spécialistes de l'environnement. Après une reconsidération totale du processus de production, cette usine a pu réduire de 97 % ses émissions polluantes : « In all, the controls cost Carbide nearly 35 million \$, and occupy as much land as the production facilities. Just to operate and maintain the controls adds another 3 million \$ a year. As a result, Carbide's costs have gone up about 15 %... ... If we had to do it today, it would cost 50 million \$. »*¹⁴

Ce cas révèle parfaitement l'ampleur des coûts de la lutte anti-pollution. Le cas exposé ci-dessus est certainement une exception, mais il donne une idée de l'importance du problème. Par combien faudrait-il multiplier ces 35 millions de \$ pour obtenir les dépenses nécessaires pour toutes les usines de la société ?

Notre but n'est pas de comparer des choses incomparables, mais il importe de comprendre que l'environnement oblige à des dépenses d'un autre ordre que les dépenses d'indemnisation dans le cadre de la responsabilité-produits, même si le régime de responsabilité change radicalement. Car le taux de prime de l'assurance peut alors varier, mais dans des limites restreintes que l'on peut raisonnablement situer à moins de 1 % du chiffre d'affaires.

¹⁴ « Union Carbide's big cleanup job », *Business Week*, 9 novembre 1974, p. 184.

Aussi est-il nécessaire de remettre à sa juste place le coût de la responsabilité-produits qui actuellement semble peser faiblement sur les prix de revient et ne paraît pas être appelée à augmenter dans de fortes proportions.

C) Harmonisation de la concurrence

L'harmonisation des conditions de concurrence entre les Etats-membres fut à l'origine de la directive de Bruxelles, parallèlement au souci d'améliorer la protection des consommateurs. Quel est alors l'impact de l'introduction d'un régime de responsabilité objective commun à tous les membres sur les conditions de la concurrence ?

La situation existante se définit par une très grande diversité. Il y a peu de points communs entre les régimes d'Italie et d'Irlande d'une part, et ceux de France ou de Belgique d'autre part. Aussi est-il utile d'établir un système commun dans la mesure où le but recherché est de placer sur un pied d'égalité les entreprises des différents pays-membres. Il semble d'ailleurs que certains dirigeants de milieux patronaux — dans les pays où la législation est la plus progressiste — aient été favorables à l'établissement d'une directive dans le domaine de la RC produits, et cela dès le début des pourparlers. Ils considéraient que les entreprises à « législation avancée » supportaient des charges supplémentaires qui les plaçaient donc en position d'infériorité.

- a) Le monde actuel est caractérisé par l'interdépendance des économies. Une société qui désire exporter doit donc par conséquent se plier aux différentes législations nationales. Or, la fabrication d'un produit varie rarement en fonction des pays où le produit est destiné à être vendu. Il est vrai que les automobiles européennes exportées aux Etats-Unis doivent satisfaire à des normes particulières. Ce n'est que rarement le cas à l'intérieur de l'Europe. Aussi, beaucoup d'industriels ont-ils déjà réalisé cette harmonisation en pratique en basant leur production sur les standards les plus restrictifs en vigueur. Un dirigeant d'une grande société européenne exposait la solution adoptée de la manière suivante :

« A l'égard des textes (projets de Strasbourg et Bruxelles) précités, dans n'importe quelle enceinte (voir les prises de position du CEFIC, de l'UNICE ou de la CCI) avec nos confrères de l'industrie en général, nous nous opposons au principe de la responsabilité sans faute ; — nous limitons l'application de la Convention aux dommages matériels ; — nous excluons les relations contractuelles de ladite Convention ; — nous excluons le risque dit de développement.

Cela étant, notre entreprise en Europe occidentale est néanmoins tenue d'observer actuellement les lois nationales existantes... Ces lois ne sont pas harmonisées. Aussi, par la volonté concertée de notre direction générale (critère éthique et politique commerciale choisie), nous suivons les législations les plus restrictives en la matière selon lesquelles la personne qui subit un dommage est seulement tenue de prouver que le dommage a été causé du fait du caractère défectueux du produit (responsabilité stricte du producteur). Par là même, nous tenons compte de cette charge dans le calcul de nos prix et nous la répartissons dans la mesure du possible entre tous les produits que nous commercialisons.

... Notre société réagit d'abord juridiquement pour que les projets de normes en rédaction grèvent le moins possible le prix des produits qui sont soumis aux consommateurs. Commercialement en revanche, elle choisit la norme la plus stricte, ce qui l'oblige à répercuter ce choix sur les prix offerts. »

- b) D'autres distorsions de concurrence semblent plus importantes pour les industriels, autant que pour le monde de l'assurance. Ainsi, un important courtier européen note que la responsabilité-produits n'est qu'une facette du problème beaucoup plus large qu'est la liberté des assurances en Europe. Certaines législations nationales ne donnent pas la possibilité aux sociétés multinationales d'avoir une couverture globale. Par exemple, selon ce courtier, « les assureurs français sont exclus de beaucoup de marchés du fait du protectionisme de leur législation. Il existe également des différences énormes sur les taxes perçues sur les contrats d'assurance. De telles différences, si elles venaient à être harmonisées, auraient plus d'impact sur les conditions de concurrence que les ajustements des taux de prime de responsabilité-produits ». Il ne faut pourtant pas nier l'intérêt de cette directive qui a l'avantage d'éliminer une des distorsions existant entre les pays européens. C'est donc une question de niveau.
- c) Enfin, la directive semble avoir une influence différente suivant la taille des entreprises. Si elle entraîne la nécessité de couvertures et de primes plus élevées, il est à craindre que les sociétés de petite taille aient encore plus de difficultés à se procurer des couvertures suffisantes. La généralisation des polices globales est alors à envisager, qui permet à de petites entreprises de participer à des projets ambitieux, mais qui va de pair avec une dépendance accrue des petites sociétés vis-à-vis des grandes.

Dans le même sens, de nombreux industriels interrogés ont noté que seules les entreprises d'une certaine taille avaient la possibilité de mettre en place les méthodes de prévention les plus modernes, du fait de leur coût énorme. L'introduction d'un régime de responsabilité objective a ainsi pour conséquence indirecte de privilégier les grandes entreprises au détriment des entreprises de moindre dimension.

D) Quelques conséquences

Constamment, nous avons mis en rapport les liens entre le monde de l'assurance et celui de l'industrie. Notre propos n'est pas de répéter les remarques que nous avons faites précédemment mais plutôt de préciser quelques éléments particuliers à l'assurance.

- a) L'introduction d'un régime de responsabilité objective va amener une plus grande proportion d'entreprises industrielles à s'assurer. Le volume des primes devant augmenter en conséquence, la directive vue sous cet angle est considérée comme positive.

Le plus grand nombre d'assurés amènera une dispersion plus large des risques, et constituera un élément modérateur dans la fixation des nouvelles primes. En effet, les entreprises assurées, jusqu'à maintenant, étaient celles qui supportaient les risques les plus importants, puisqu'elles avaient éprouvé le besoin de s'assurer. En conséquence, une augmentation du nombre des demandes d'indemnisation amènera à l'assurance des entreprises à risques moyens ou bas, qui seront également un élément modérateur supplémentaire dans la fixation des taux de prime.

- b) Toutefois, l'importance des changements à prévoir semble diversement appréciée suivant les assureurs et suivant les pays. Mais tous réaffirment la possibilité pour l'assurance de faire face à ce nouveau marché sauf, peut-être, pour certains cas particuliers. La capacité du marché de l'assurance en serait d'autant augmentée, puisque celle-ci est fonction du volume global des primes encaissées, ce qui permet d'envisager une augmentation probable des couvertures proposées.

L'augmentation rapide du nombre de demandes d'indemnisation satisfaites, l'augmentation parallèle du montant des indemnités allouées, font toutefois peser quelques craintes sur le marché de l'assurance. Dans le domaine des hauts risques, les assureurs semblent craindre de ne pouvoir faire face à ces charges tout en proposant des taux de primes supportables par l'industrie ; l'augmentation des risques est un phénomène général qui se retrouve dans d'autres domaines. Ce phénomène cause une augmentation des charges qui pèsent sur l'entreprise. Aussi peut-on craindre que la somme de ces augmentations devienne pour l'industrie une charge financière dont le poids serait intolérable.

Des projets de solution, dans certains secteurs à hauts risques, notamment dans les domaines aéronautiques et pharmaceutiques, montrent qu'une partie toujours plus grande de l'industrie semble se tourner vers l'Etat pour résoudre ses difficultés. La création de fonds nationaux pour la couverture des risques catastrophiques est souvent mentionnée. Mais l'assurance est alors exclue d'un marché potentiel en plein développement, et même si une participation est admise, elle n'en garde plus le contrôle.

L'assurance ne peut assurer n'importe quel risque, à n'importe quel prix, c'est évident. Mais des solutions sont à rechercher dans la mesure où il existe une demande potentielle à laquelle l'offre ne semble répondre qu'imparfaitement.