



Benjamin Pitcho

Avocat à la Cour

Membre du Conseil de l'Ordre

En collaboration avec

Mila Petkova

Avocat à la Cour

Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice
13, place Vendôme
75042 Paris cedex 01
responsabilite2016.dacs@justice.gouv.fr

Paris, le 30 août 2016

Objet : Contribution à la consultation publique sur la réforme de la responsabilité civile

Par courrier électronique

Monsieur le Ministre,

Dans le cadre de l'Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile¹, vous avez bien voulu ouvrir une consultation publique afin de permettre aux particuliers et professionnels de contribuer à la modernisation de notre droit et notamment assurer l'amélioration de l'indemnisation des victimes des dommages corporels.

Notre Cabinet se propose de contribuer à cette consultation pour y apporter deux réflexions qui découlent de notre expérience en droit de la santé et en dommage corporel.

Nous proposons à ce titre de supprimer la nécessité, pour la victime de risques sériels, d'avoir à rapporter la preuve d'une action coordonnée pour pouvoir bénéficier d'une indemnisation de ses dommages corporels.

Le projet de nouvel article 1240 du Code civil, tel qu'issu de l'avant-projet de loi, vise à permettre d'indemniser une victime lorsque le dommage corporel qu'elle a subi provient d'un ou plusieurs membres d'un « groupe ». Il est libellé comme suit :

« Lorsqu'un dommage [corporel] est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé. »

Cet article dispose que la responsabilité personnelle des membres d'un « groupe » peut être engagée par la victime alors même que son action personnelle a pu ne pas être à l'origine de son dommage. Il semble donc alléger la charge de la preuve pour la victime et paraît favorable à l'établissement de ses droits.

¹ Avant-projet de loi, Réforme de la responsabilité civile, http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpj- responsabilite-civile.pdf consulté le 30 août 2016.

Toutefois, si l'objectif de protection des victimes de dommage corporel est clairement mis en avant dans son principe, sa mise en œuvre risque d'être compromise, pour deux raisons tenant en l'exigence de la détermination d'un « *groupe* » de personnes comme nécessité probatoire à l'action **(I)** qui ne figure pas, à ce jour, dans le droit applicable d'une part, et la difficulté d'en rapporter la preuve **(II)** d'autre part.

L'introduction de la notion de « *groupe* » – qui d'après le projet d'article 1240 se caractérise alternativement par l'action de personnes identifiées agissant « *de concert* » ou pour « *des motifs similaires* » – pourrait représenter un obstacle aux droits des personnes. Il est donc proposé de retirer cette condition probatoire afin de ne pas imposer aux victimes de risques sériels une preuve qu'elles ne pourront pas rapporter.

I. L'absence de nécessité du « *groupe* » dans la jurisprudence actuelle

L'apparition et l'augmentation actuelle des risques sériels (affaires dites du *Distilbène*, *Mediator*, *Isoméride* et, plus récemment la *Dépakine*) impliquant la production, la commercialisation, la prescription et la dispensation par plusieurs acteurs sanitaires de produits dont l'absence d'efficacité et la nocivité ont été mises en cause, montre que la rédaction du futur article 1240 constitue un véritable choix de société. Par ce choix, le législateur entend procéder à une appréciation politique équilibrée entre les droits des patients et les intérêts de l'ensemble des acteurs professionnels.

À ce titre, l'action dite de groupe introduite par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et étendue en matière de santé par l'article 184 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre santé, semble - dans son principe - contribuer à la réparation des préjudices individuels subis par des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un producteur ou d'un fournisseur de produits de santé. Il apparaît cependant que son champ d'application restrictif et ses conditions rigoureuses de mise en œuvre risquent de priver cette nouvelle procédure de toute efficacité.

Nous craignons qu'il en soit de même par l'introduction du nouvel article 1240 tel que rédigé actuellement, qui risque de constituer un frein au mouvement de protection des droits dont les victimes peuvent déjà bénéficier.

En effet, en l'état, cet article risque de remettre en cause la solution jurisprudentielle favorable telle qu'issue notamment de l'affaire dite du *Distilbène*.

Dans cette affaire, plusieurs laboratoires avaient participé à une action commune consistant à mettre une hormone de synthèse litigieuse (le Diéthylstilbestrol) sur le marché. Ils auraient ensuite manqué à leurs obligations de surveillance et de contrôle de cette substance dont l'administration a causé de nombreux effets indésirables et préjudiciables.

Dans sa décision, la Cour de cassation² a ainsi considéré que la notion d'action collective ne constituait pas l'un des critères nécessaires pour engager la responsabilité commune des laboratoires. Elle s'est limitée à exiger la preuve de l'exposition toxique de la victime à la molécule et le lien de causalité directe entre la molécule et le dommage subi, sans exiger que celle-ci apporte la preuve d'une action concertée ou commune des laboratoires. Il serait regrettable que le nouvel article 1240 du Code civil introduise une telle nécessité et opère, ce faisant, un retrait par rapport aux droits actuels des victimes.

II. L'exigence inutile du « groupe » dans l'avant-projet de loi

Le projet d'article 1240 du Code civil impose à la victime qu'elle rapporte la preuve du « groupe » afin de pouvoir être indemnisée. Cette preuve pourrait être satisfaite lorsque les auteurs de faits dommageables agissent « *de concert ou pour des motifs similaires* ». Elle s'avère cependant difficile à rapporter et risque de priver de toute efficacité le nouveau dispositif.

L'introduction de la notion de « groupe » par le futur article 1240 du Code civil, et la nécessité pour les victimes d'en rapporter la preuve, risque de faire échec à la jurisprudence favorable de la Cour de cassation en alourdissant la charge de la preuve pour celles-ci. Elles devraient en effet prouver l'existence par exemple d'une action commune des laboratoires, de fautes connexes, ou encore d'une action concertée. Prise en elle-même — donc indépendamment de l'exigence d'une action de concert ou guidée par de motifs similaires — la notion de « groupe » implique un lien entre les auteurs potentiels du dommage. Elle est ainsi utilisée en droit des obligations pour désigner les contrats ayant entre eux des liens personnels ou économiques³.

Or il n'est pas toujours possible de considérer que les acteurs du secteur sanitaire constituent un « groupe » puisque différents intervenants peuvent agir conjointement mais sans intention commune, sans lien économique ou encore agir d'une manière concertée sans qu'il soit souhaitable d'imposer à la victime, qui n'en aura pas les moyens, d'en rapporter la preuve. Dans l'affaire du *Distillène* par exemple, plusieurs laboratoires pharmaceutiques avaient commercialisé des molécules identiques sans que les victimes puissent identifier le laboratoire à l'origine de la molécule personnellement administrée, ceux-ci n'étaient pas membres d'un « groupe » au sens du projet de nouvel article 1240.

De même, les actions civiles ne permettent pas toujours l'établissement de ce type d'éléments qui, comme en matière de concurrence, peuvent émaner de courriels de la direction, d'agendas de membres du personnel, de procès-verbaux de réunions internes et de toute autre élément hors de portée procédurale d'une simple victime dans un contentieux qui n'est pas pénal. Les obstacles procéduraux qui seraient opposés par les auteurs de faits dommageables ne manqueraient pas d'interdire la possibilité d'établissement d'une telle preuve, *a fortiori* s'agissant de plusieurs entités juridiques autonomes. Si la preuve de l'action de concert pèse en certaines matières sur l'auteur de l'action en responsabilité, comme c'est le cas en droit de la concurrence, ceci a néanmoins lieu dans un cadre répressif et dans des procédures où les autorités de la concurrence disposent de moyens d'investigation considérables, sans commune mesure avec ceux dont pourraient disposer

² Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-16.305.

³ Sur cette notion cf. not. B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1975 et pour une illustration jurisprudentielle, Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1994 : *Bull.* 1994, I, n° 72, p. 55.

de simples particuliers, mêmes regroupés par le biais d'une éventuelle action de groupe.

Outre « *l'action concertée* », la notion de « *groupe* » pourrait être prouvée par l'existence d'une action « *pour motifs similaires* » des acteurs concernés.

Cette exigence viendrait à nouveau restreindre la jurisprudence favorable de la Première chambre civile de la Cour de cassation rendue dans l'affaire dite du *Distilbène* en ajoutant une nouvelle exigence probatoire pour les victimes. Alors que la Cour de cassation se contente d'exiger la seule preuve que la molécule a été la cause directe du dommage et que la victime y a été exposée, le nouvel article 1240 exigerait, de plus, la démonstration des motifs similaires.

À nouveau, il est en effet particulièrement difficile pour les victimes de sonder les « *motifs* » des acteurs, quels qu'ils soient. En pratique les victimes risquent de ne pouvoir jamais apporter la preuve que les laboratoires agissent avec des motifs similaires, tant et si bien que tel soit le cas.

Pour l'ensemble de ces raisons, la rédaction prévue de l'article 1240 nous paraît particulièrement restrictive et inopportune pour les victimes. A l'heure des risques sanitaires sériels, cette réforme risque de s'inscrire à contre-courant de la tendance jurisprudentielle et législative d'amélioration de la protection des droits des victimes en matière de produits de santé, et être, de ce fait, rapidement dépassée. Pire, elle pourrait contrarier la faveur affichée du législateur pour les victimes de risques sériels en opérant un retrait dans les droits dont elles se prévalent déjà.

Il est donc suggéré de modifier la rédaction envisagée de l'article 1240 du Code civil pour ne pas exiger des victimes de dommages corporels la démonstration – particulièrement difficile – de l'existence d'un « *groupe* » ou d'une action collective de la part des acteurs sanitaires impliqués.

Il serait en outre opportun, à l'occasion de cette modification, de prendre parti sur la question de la contribution à la dette puisque le présent texte semble ne concerner que la question de l'obligation à la dette. Il semblerait en effet plus équitable pour les auteurs de ces dommages, que ceux-ci en supportent la charge définitive non en raison du nombre de co-auteurs potentiels du dommage (répartition par parts viriles), mais en raison de leurs parts de marché respectives⁴.

Tels sont les éléments que nous pouvons vous apporter au regard de la pratique de notre Cabinet et de notre expertise théorique en droit de la responsabilité.

Nous nous tenons naturellement à votre disposition pour permettre l'amélioration des droits des victimes de dommages corporels dans le respect des intérêts des acteurs professionnels du secteur sanitaire, conformément aux objectifs de cette réforme et vous prions de croire, Monsieur le Ministre, à l'expression de nos salutations respectueuses.

La présente contribution a été établie par :

Benjamin Pitcho (Avocat)
Mila Petkova (Avocat)
Benjamin Moron-Puech (Docteur en droit)

⁴ *Addé* sur ce point l'analyse détaillée d'un rapport qui vous a été adressé : Groupe Grotius-Pothier, *Report on the french* avant-projet de réforme de la responsabilité civile, p. 36-52.