Philippe Brun
Agrégé des Facultés de droit
610 rue Anne de Chypre
73000 Jacob-Bellecombette

à Mme Nelly Améaume
Présidente de l'Association REVAHB
6 rue du Général de Gaulle
93360 Neuilly Plaisance

Chambéry le 1er mars 2011.

Objet :
Consultation demandée par
Mme Nelly Améaume, Présidente du REVAHB,
Pour le compte de M.GACEM

Consultation

Cher Maître,

Comme suite à nos échanges de courriels et à notre entretien du 23 mars dernier en votre cabinet à Toulouse, je vous fait part par la présente des éléments d'analyse que Mme Améaume a sollicités de ma part au nom de l'association REVAHB dans le dossier Gacem, et dans la perspective de son examen par la Cour de cassation sur second pourvoi après cassation, contre l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 11 septembre 2009 (RG n° 08/11873), éléments d'analyse dont je vous ai fait part des grandes lignes dans mon courriel du 16 février dernier et lors de notre conversation du 23 février.

Il ne paraît pas nécessaire de revenir dans le détail sur la procédure qui a conduit jusqu'à ce pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 11 septembre 2009, si ce n'est pour souligner que la première cassation est le fait d'un arrêt du 22 mai 2008 rendu par la première Chambre civile (pourv. n° 06-10967) qui, avec d'autres rendus le même jour, également très remarqués, a été considéré comme un des plus importants – assurément « de principe » - rendu par la Cour de cassation dans le contentieux relatif aux effets soupçonnés du vaccin contre l'hépatite B.

PB

Rendu au double visa des articles 1353 et 1147 du Code civil (interprété pour le second à la lumière de la directive CE du 25 juillet 1985), cet arrêt a été unanimement interprété[1] comme rompant avec la jurisprudence qui avait un temps admis que, en l'absence de consensus scientifique sur la possibilité d'association entre le vaccin contre l'hépatite B et les pathologies démyélinisantes de type sclérose en plaques, le juge du fond ne pouvait entrer en voie de condamnation, et tenir pour rapportées les preuves du caractère défectueux du produit et du lien de causalité avec le dommage, fût-ce sur la base des présomptions de fait graves précises et concordantes de l'article 1353 du Code civil[2].

Dans son arrêt précité du 22 mai 2008, la Cour de cassation a notamment énoncé que « si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves précises et concordantes ».

Une telle formule fait écho à celle employée par la même première Chambre civile dans un autre arrêt du même jour[3], également de cassation, reprochant aux juges du fond de s'être déterminés « en référence à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient fournis constituaient ou non des présomptions graves, précises et concordante (…) ».

Autrement dit, avec ces deux décisions, la Haute juridiction condamnait clairement l'idée avancée par quelques auteurs[4] et retenue par certaines juridictions du fond, en particulier la cour de Paris[5], selon laquelle le recours aux présomptions de fait pour établir *in specie* le défaut du produit et le lien de causalité entre le défaut et le dommage ne pouvait s'envisager tant que scientifiquement, la possibilité d'imputer, en général, la survenue de scléroses en plaques ou autres maladies démyélinisantes au vaccin contre l'hépatite B n'aurait pas été démontrée.

Cette idée n'en a pas moins continué à être défendue par une doctrine certes très minoritaire mais convaincue, croyant pouvoir considérer, nonobstant ces arrêts – qu'elle n'avait évidemment pas manqué de critiquer[6] – que faute d'être imposée par les textes (et notamment la directive communautaire du 25 juillet 1985), cette exigence de la démonstration préalable [7]de l'imputabilité générale du type dommage considéré (les pathologies de type SEP et leur cortège de conséquences préjudiciables) au type de produit considéré (le vaccin contre l'hépatite B) serait une exigence de bon sens[8].

Outre que l'on ne voit pas très bien en quoi le bon sens exigerait pareille démonstration préalable, force est de reconnaitre que la jurisprudence ne la requière ni dans le domaine de la

---

[1] V. parmi d'autres, nettement en ce sens, P. Jourdain, obs. RTD Civ. 2008 . 492 ; J.-S. Borghetti, obs. préc. ; v. aussi, sur ces arrêts, Ph. Brun et C. Quézel-Ambrunaz, RLDC 2008/52, n° 3102.

[2] V. notamment, Cass. 1ère 27 fév. 2007 : pourv. n° 06-10063.

[3] Pourv. n° 05-20317.

[4] V. J.-S. Borghetti, obs. RDC 2008 . 1186.

[5] V. notamment, CA Paris, 8 janv. 2010 (2 arrêts) : RG n° 07/03209 et RG n° 07/17039.

[6] J.-S. Borghetti, obs. préc.

[7] C'est nous qui soulignons : le qualificatif est d'ailleurs utilisé par la cour de Paris dans une formule quasi rituelle où la cour croit pouvoir énoncer que cette condition est préalable et non supplémentaire (sic)…

[8] J.-S. Borghetti, obs. préc. ; v. aussi en ce sens, G. Canselier, De l'explication causale en droit de la responsabilité délictuelle, RTD Civ. 2010 . 41 et s.

PB

responsabilité du fait des produits défectueux, ni plus généralement en droit de la responsabilité civile[9].

A quoi il faut ajouter que cette idée n'est défendue qu'à l'appui d'une distinction aussi inédite qu'inconsistante juridiquement entre la causalité proprement dite entre le défaut et le dommage, propre à chaque espèce, et une causalité générale dite « imputabilité » ou « origine »[10], qui désignerait le lien général entre le produit et le dommage à établir préalablement.

Quoi qu'on ait pu en dire, et quelque ambigus que puissent paraître des décisions postérieures[11], cette distinction a été implicitement mais nécessairement condamnée par les arrêts du 22 mai 2008 : si l'on admet comme l'a fait la Haute juridiction, que la causalité entre le défaut et le dommage peut être établie par présomption de fait, c'est nécessairement que l'on a évincé l'imputabilité générale comme condition préalable de la responsabilité.

Dans ce contexte, comment situer l'arrêt rendu par la Cour de Paris du 11 septembre 2009 et les critiques qu'il peut encourir dans le cadre d'un pourvoi ?

On notera d'abord que la cour de Paris y affirme encore une fois, comme à son habitude désormais et au mépris évident de la jurisprudence de la Cour de cassation du 22 mai 2008, que « *la responsabilité du producteur suppose nécessairement au préalable et on à titre supplémentaire que le demandeur apporte outre la preuve de l'administration du produit, que son dommage est imputable au moins pour partie à ce produit* ».

Soulignant que ces exigences ne sont pas contestées en l'espèce, elle ajoute que ces preuves mises à la charge du demandeur peuvent être rapportées par tous moyens et notamment par présomptions pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes », mais que cependant, « les différents éléments conditionnant la responsabilité du producteur ne peuvent être présumés ; qu'ainsi, l'imputabilité comme le défaut du produit ne se déduisent pas de l'absence de certitude scientifique sur l'innocuité du produit. »

Autrement dit, la critique de l'arrêt paraît *a priori* doublement limitée, d'abord par le fait que l'affirmation de l'exigence préalable de démonstration de l'imputabilité n'a pas été critiquée lors des débats devant la cour, ce qui interdirait d'en débattre devant la Cour de cassation, et ensuite par le fait que, en apparence du moins, la cour de Paris se conforme à la règle posée en 2008 par la Cour de cassation selon laquelle la preuve de la causalité peut se faire au moyen de présomptions de fait dès lors qu'elles sont graves, précises et concordantes.

En réalité cependant, c'est une motivation en trompe l'œil qui s'évince de cette décision, et qui appelle aux yeux du soussigné, au moins trois séries d'observations.

---

[9] V. à cet égard, notre étude, Raffinements ou faux fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B, D. 2011, pp. 316 et s., et la jurisprudence citée notes 20 et s. : v. particulièrement topique, rendu à propos d'un vaccin ORL, Cass. 1ère civ., 25 juin 2009 : Bull. civ. I, n° 141.

[10] Selon une formulation que l'on doit semble-t-il au président P. Sargos : JCP 2009 II 10031. V. aussi, D. 2008 . 1935.

[11] Ainsi de la décision (de rejet cependant, et dont il faut se garder à notre sens d'exagérer la portée) rendue par la première Chambre civile le 25 novembre 2010 : sur laquelle v. notamment notre étude précitée, D. 2011, pp. 316 et s.

PB

- La première est que l'on ne saurait s'arrêter à l'affirmation par la cour de Paris de ce que l'exigence préalable d'imputabilité n'a pas été contestée. Si elle ne l'a pas été, c'est nous semble-t-il en effet pour la raison très simple qu'elle n'avait pas à l'être, dès lors qu'elle avait été implicitement mais nécessairement écartée par l'arrêt de cassation du 22 mai 2008. En effet, encore une fois, dès lors que la Cour de cassation a décidé que la preuve de la causalité entre le défaut et le dommage pouvait, dans le cadre du contentieux du vaccin contre l'hépatite B, être rapportée par présomptions de fait, c'est nécessairement que la Haute juridiction ne tenait plus la preuve de l'imputabilité (ie de la possibilité générale d'association entre le vaccin et la pathologie en cause) comme un préalable nécessaire. Les parties en litige n'avaient donc pas à discuter – et le demandeur en réparation à contester – **une condition qui n'était pas posée, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, et que la Cour de Paris a ici réintroduite, *proprio motu*…**

- La deuxième est que lorsque la cour de Paris donne à penser dans la motivation de sa décision, qu'elle a pris en compte l'apport de l'arrêt de cassation de 2008, en évoquant la possibilité que « ces preuves mises à la charge du demandeur » soient rapportées par tous moyens et notamment par présomptions pourvu qu'elles soient graves précises et concordantes, elle vise de toute évidence ici la preuve préalable dite de l'imputabilité et non celle de la causalité entre le défaut et le dommage, ce alors que tout aussi clairement, c'est bien la preuve de la causalité entre le défaut et le dommage et non celle de l'imputabilité (à laquelle elle ne fait d'ailleurs pas la moindre allusion) que la Cour de cassation a jugé justiciable des présomptions de fait de l'article 1353[12].

- La troisième observation, qui ne fait que renforcer les deux précédentes est que la motivation de l'arrêt de la cour de Paris ici sous examen révèle clairement et en plusieurs endroits la volonté des juges parisiens de persister dans l'application des principes de solution antérieurs aux importants arrêts de la Cour de cassation de 2008. Ainsi, pour n'en prendre qu'un exemple, alors que la Haute juridiction avait clairement condamné la motivation consistant à se fonder en référence à une « approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie », la cour de Paris convoque à nouveau et à l'envi cette considération, en insistant sur l'absence « de consensus scientifique national et international en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et les affections démyélinisantes ni d'association statistique significative permettant de déduire un tel lien. »

Sur la base de ces observations, il est possible de conclure qu'un pourvoi formé contre la décision de la cour de Paris du 11 septembre 2009 doit pouvoir critiquer notamment l'affirmation par celle-ci de l'exigence de la démonstration préalable à la charge du demandeur de l'imputabilité du dommage au produit. Une telle exigence, implicitement condamnée par la Cour de cassation dans ses arrêts du 22 mai 2008 – et notamment par celui qui a censuré l'arrêt de la cour de Toulouse dans la présente affaire – ayant été réintroduite *proprio motu* par la cour de Paris.

---

[12] « Si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. »

PB

En outre, l'arrêt de la cour de Paris s'expose à la critique en ce qu'il se borne à dénier l'existence de présomptions graves, précises et concordantes du lien de causalité entre la vaccination subie par le demandeur et la pathologie dont il a été victime, sans s'en expliquer véritablement, et en ne mettant en tout cas en exergue que des considérations générales (l'absence de consensus scientifique sur la possibilité d'association au plan général entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques), impropres à constituer des indices pertinents dans l'espèce considérée. A cet égard, on peut rappeler que si le juge du fond est en principe souverain pour apprécier la valeur des présomptions de fait, une telle liberté n'est nullement exclusive d'un contrôle de la motivation par la Cour de cassation.

Enfin, et compte tenu, comme l'analyse qui précède a permis de le rappeler, de ce que la motivation de l'arrêt frappé de pourvoi, en tous points comparable à celles d'autres arrêts de la même cour, fait apparaître une divergence manifeste entre les juges du fond et la Cour de cassation, au sens de l'article L. 131-2 du Code de l'organisation judiciaire, d'autres pourvois étant d'ailleurs actuellement pendants devant la Cour de cassation (formés pour certains contre la cour de Paris), une réunion de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation pourrait être sollicitée.

Fait à Chambéry, le 1er mars 2011.

Philippe Brun

PB