

N° 395490

Etablissement français du sang

N° 395914

Caisse primaire d'assurance maladie de l'Ardèche

N° 395915

Caisse primaire d'assurance maladie du Rhône

5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 5 mai 2017

Lecture du 24 mai 2017

Décisions à mentionner aux tables

du recueil Lebon (n°395490 et n°395914, p. 755)

Décision n°395915 inédite au recueil

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Les questions très circonscrites posées par la première affaire, d'une part, et les deux autres, d'autre part, n'ont pas de lien direct mais s'inscrivent toutes dans le cadre du contentieux de l'indemnisation du préjudice causé par une contamination par le virus de l'hépatite C d'origine transfusionnelle et naissent toutes de la complexité de l'articulation souhaitée par le législateur entre les différentes voies de droit ouvertes aux différentes parties susceptibles d'être mises en cause les unes contre les autres.

1/ Commençons par le pourvoi de l'établissement français du sang (EFS).

En 2009, la cour d'appel de Nîmes a condamné une clinique privée de cette ville à indemniser une de ses patientes du préjudice subi du fait de sa contamination par le virus de l'hépatite C, imputée, conformément à la présomption instituée à l'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, à la transfusion, reçue dans cette clinique, de produits sanguins fournis par le centre de transfusion sanguine du centre hospitalier universitaire de Nîmes.

L'assureur de la clinique, la mutuelle d'assurance du corps de santé français (MACSF), après avoir réglé les indemnités mises à la charge de la clinique, s'est alors tourné vers l'EFS, qui devait à l'époque, depuis sa création par la loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 *relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'Homme*, répondre des dommages imputables aux produits sanguins fournis par tous les centres de transfusion sanguine du territoire, même sans faute de

leur part¹. La compagnie d'assurance a saisi le tribunal administratif de Nîmes, en lui demandant la condamnation de l'EFS ou, subsidiairement, celle de l'Oniam. Devait en effet s'appliquer quelques semaines plus tard, le 1^{er} juin 2010, l'article 67 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 (loi du 17 décembre 2008), qui a prévu pour l'avenir, à l'article L. 1142-22, l'indemnisation des victimes de transfusion par l'Oniam et a substitué l'Oniam à l'EFS dans les litiges en cours.

Le tribunal administratif de Nîmes a effectivement condamné l'Oniam envers la MACSF. Cependant, sur appel de l'Oniam et appel provoqué de l'assureur, la cour administrative d'appel de Lyon a mis l'indemnisation de la MACSF à la charge de l'EFS.

Pour écarter la substitution de l'Oniam à l'EFS prévue par l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008, la cour a constaté qu'à la date du 1^{er} juin 2010 aucun contentieux n'opposait Mme F... à l'EFS (Mme F... s'étant désistée de ses conclusions présentées contre l'EFS devant la cour d'appel de Nîmes) et elle a retenu qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'établissement de transfusion qui avait fourni les lots fût assuré. Elle en a déduit que la MACSF ne pouvait, dans ces conditions, former un recours subrogatoire contre l'Oniam.

Il faut rappeler que l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008 confiait à l'Oniam, pour l'avenir (dispositif pérenne), l'indemnisation des victimes, en ouvrant à l'office une action subrogatoire contre l'EFS, à deux conditions : que le dommage soit dû à une faute de l'établissement de transfusion sanguine (par renvoi de l'article L. 1221-14 du code de la santé publique à l'article L. 3122-4), et que celui-ci soit couvert par une assurance valide (fin de l'article L1221-14). Pour les litiges en cours au 1^{er} juin 2010 (dispositif transitoire), l'Oniam était substitué à l'EFS.

Votre avis contentieux du 18 mai 2011, *E.F.S.*, n°343823, p. 243, a analysé l'intervention de l'Oniam ainsi prévue par la loi comme reposant sur la solidarité nationale, bien que le mot ne fût pas employé dans le texte, et en a déduit que ne pouvait pas s'exercer contre l'Oniam, dans le régime pérenne institué pour l'avenir, le recours subrogatoire ouvert aux tiers payeurs par l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, le I de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 janvier 1959 *relative aux actions en réparation civile de l'Etat* ou, les articles 28 et 29 de la loi du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, recours qui n'est prévu qu'à l'encontre des auteurs responsables de l'accident. L'avis précise que ces tiers payeurs peuvent en revanche exercer leur recours subrogatoire contre l'EFS en sa qualité de responsable du dommage, aux mêmes conditions que l'Oniam : s'il y a faute de l'établissement de transfusion sanguine et que celui-ci bénéficie d'une couverture d'assurance valide. L'avis rappelle que toutefois, dans le dispositif transitoire, l'Oniam est substitué à l'EFS tant à l'égard des victimes que des tiers payeurs.

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 (art. 72) a modifié le dispositif en consacrant deux enseignements de l'avis du 18 mai 2011 relatifs au régime d'indemnisation pérenne : l'Oniam intervient au titre de la solidarité nationale, et le

¹ Ass. 26 mai 1995, *consorts N...*, n°143238, p. 221, et art. L. 668-10 puis L. 1222-9 du code de la santé publique

recours subrogatoire des tiers payeurs contre l'E.F.S. est subordonné aux mêmes conditions que celui de l'Oniam. Mais elle a supprimé la condition de faute, en modifiant les termes du renvoi de l'article L. 1221-14 à l'article L. 3122-4. Pour le dispositif transitoire, elle a expressément prévu, pour contrecarrer la jurisprudence de la Cour de cassation², que l'Oniam puisse demander à être garanti directement par l'assureur de l'établissement de transfusion sanguine, et ce, que le dommage soit imputable ou non à une faute. Il est désormais aussi prévu, au dernier alinéa du IV de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008 : « *Les tiers payeurs ne peuvent exercer d'action subrogatoire contre l'office si l'établissement de transfusion sanguine n'est pas assuré, si sa couverture d'assurance est épuisée ou encore dans le cas où le délai de validité de sa couverture est expiré* ».

Ainsi, la condition de validité de la couverture d'assurance de l'établissement de transfusion sanguine, qui n'est pas opposable au recours de la victime, est opposable au recours du tiers payeur contre l'E.F.S., dans le régime pérenne d'indemnisation, et à son recours contre l'Oniam, dans le régime transitoire.

C'est notamment cette condition que la cour a opposée à l'assureur de la clinique, dans la présente affaire.

Mais l'assureur de la clinique est-il bien un « tiers payeur » au sens de ces dispositions ?

Les travaux parlementaires préparatoires à l'article 72 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 montrent que l'article a été rédigé pour tirer les conséquences de votre avis du 18 mai 2011, et retoucher le dispositif qui en ressortait. La notion de « tiers-payeurs » introduite par l'article 72 de la LFSS 2013 à l'article 67 de la LFSS 2009 (loi du 17 décembre 2008) et à l'article L. 1221-14 du code de la santé publique doit donc être comprise telle que vous l'avez employée dans cet avis. Celle-ci ne vise que les payeurs relevant de l'article L. 376-1 du code de la santé publique ou du I de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 janvier 1959 ou énumérés par les articles 28 et 29 de la loi du 5 juillet 1985, c'est-à-dire pas les assureurs, sauf dans le cas correspondant au 5^o de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985, qui mentionne les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées notamment par les sociétés d'assurance.

Ainsi, pour l'essentiel, les assureurs ne sont pas des tiers-payeurs au sens de ces dispositions ; dans notre affaire, en tout cas, l'assureur de la clinique n'en est pas un. Il a indemnisé la victime sur la base d'un contrat d'assurance de responsabilité civile qui le liait à cet établissement. Un tel contrat est un contrat « d'assurance de dommages », régi par les articles L. 121-1 et suivants du code des assurances. L'article L. 121-12 prévoit la subrogation de l'assureur dans les droits de son assuré « contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ». Cette disposition organise la subrogation de l'assureur de responsabilité civile à la fois dans les droits de son assuré, dont la responsabilité a été engagée, et dans ceux des victimes qui se sont retournées contre cet assuré et que l'assureur a indemnisés (31 octobre 1986, n° 62889, *S.A. "Assurances générales de France"*, T. 614, 701, 722 ; Cass. Civ. 1e, 7 avril 1987, n°85-12159, Bull. Civ. I, n° 121). L'action subrogatoire des tiers payeurs ouverte par la loi du 5 juillet 1985 coexiste ainsi avec l'action subrogatoire de l'assureur de responsabilité civile sur le fondement du

² Cass. civ. 1, 28 novembre 2012, n°11-23990, bull. n°249 ; n°11-24022, bull. n°250

code des assurances (26 février 2001, *Cie d'assurances Winterthur*, n°196759, T. 1044, 1180, 1189 ; Cass. Civ. 1, 21 janvier 2003, n°00-15781, Bull Civ. I, n° 18 ; Cass. Civ. 1, 12 juillet 2007, n°06-12624, Bull. Civ. I, n° 270).

L'assureur n'étant donc pas un tiers payeur au sens de la loi, il ne peut se voir opposer en son nom propre les conditions mises au recours des tiers payeurs par la loi de 2012.

Mais l'assureur n'intervient ici qu'en tant que subrogé dans les droits de son assuré, lui-même subrogé dans les droits des personne envers qui il était tenu à indemnisation : en l'occurrence, la victime, Mme F..., et, le cas échéant, la caisse d'assurance maladie dont cette dernière relève. Or le subrogé ne pouvant exercer plus de droits que le subrogeant, il en résulte que la MACSF ne pouvait exercer contre l'entité responsable davantage de droits que, respectivement, Mme F... et sa caisse d'assurance maladie. Dès lors, en tant qu'elle est subrogée dans les droits de Mme F..., la MACSF pouvait former un recours contre l'ONIAM sans être limitée par la condition d'assurance posée par la loi de 2012 ; en revanche, en tant qu'elle est subrogée dans les droits de la caisse d'assurance maladie, tiers payeur, son recours subrogatoire est limité par la condition d'assurance posée par la loi de 2012.

Par suite, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en opposant de manière générale à la demande de la MACSF la condition tirée de l'existence d'une couverture d'assurance valide de l'établissement de transfusion sanguine en cause, sans la restreindre, le cas échéant, à sa demande en tant qu'assureur subrogé dans les droits du tiers payeur ; en tant qu'assureur subrogé dans les droits de la victime, cette condition n'est pas opposable. La cour a commis ici une erreur de droit.

En outre, la circonstance que Mme F... s'était désistée de son action avant le 1^{er} juin 2010 ne suffisait pas à exclure la substitution de l'Oniam à l'E.F.S. : puisque l'assureur de la clinique avait engagé un recours subrogatoire qui était pendant à cette date, la substitution devait bien jouer : la cour a commis ici une autre erreur de droit.

Vous ne pourrez donc qu'annuler l'arrêt attaqué. Vous pourrez renvoyer l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon.

2/ Les deux autres affaires posent une question commune : selon quelle procédure contentieuse une caisse primaire d'assurance maladie qui a exposé des débours à la suite de la contamination d'un de ses affiliés par le virus de l'hépatite C peut-elle en obtenir le remboursement par l'EFS ? Peut-elle, comme dans le cadre d'un litige de responsabilité hospitalière, et au titre de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, présenter une demande de condamnation de l'EFS, pour faute, dans l'instance introduite par l'affilié contre l'Oniam, ou bien doit-elle introduire une instance distincte contre l'EFS ?

Cette question naît à propos de la condamnation de l'Oniam obtenue par deux personnes (M. G... et M. D...) au titre de la solidarité nationale en raison d'une contamination par le virus de l'hépatite C dans des circonstances différentes mais imputables dans l'un et l'autre cas à une transfusion sanguine. Dans le cadre de l'instance que chacun avait ouverte devant le tribunal administratif de Lyon, la caisse primaire d'assurance maladie dont chacun relevait a présenté un mémoire demandant la condamnation de l'EFS à la

rembourser de ses débours. Le tribunal administratif a rejeté les demandes de chacune des caisses pour des motifs de fond.

En appel, la cour administrative d'appel de Lyon a, par les deux arrêts attaqués du 5 novembre 2015, confirmé le rejet, mais sur un terrain radicalement différent et identique dans les deux affaires, en jugeant qu'une caisse ne pouvait pas présenter une telle demande dans le cadre de l'instance qui opposait la personne contaminée à l'Oniam dans le cadre d'une demande fondée sur la solidarité nationale, ni les caisses ni l'EFS n'y étant parties et le litige qui les oppose étant distinct du litige opposant la victime à l'Oniam.

Les deux caisses invoquent à cet égard deux erreurs de droit : l'une sur la notion de parties au litige, et l'autre sur la notion de litige distinct.

Mais comme l'a jugé la cour, ni la caisse d'assurance maladie ni l'EFS n'ont en principe le caractère de parties au litige qui oppose la victime à l'Oniam : vous avez en effet retenu dans votre avis du 22 janvier 2010, *C...*, n°332716, p. 3, à propos de l'indemnisation au titre d'une vaccination obligatoire organisée par l'article L. 3111-9 du code de la santé publique, que les recours des tiers payeurs, subrogés dans les droits d'une victime d'un dommage, qui s'exercent à l'encontre des auteurs responsables de l'accident survenu à la victime, organisés par l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 et l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, ne peuvent être exercés contre l'Oniam lorsque celui-ci a pris en charge la réparation de ce dommage au titre de la solidarité nationale. L'avis *C...* du 22 janvier 2010 en déduit que le juge n'est alors pas tenu de les appeler en la cause en application de L. 376-1 du code de la sécurité sociale.

Ce raisonnement est transposable au cas de l'indemnisation par l'Oniam, au titre de la solidarité nationale, des conséquences d'une transfusion sanguine. Le tribunal administratif n'avait d'ailleurs appelé en la cause aucune des deux caisses, et leurs demandes s'analysent comme des interventions volontaires, qui ne font pas d'elles en principe des parties au litige (19 janvier 1994, *P...*, n°143421, T. 1120). Il s'agit même d'interventions principales, dans laquelle l'intervenant soumet au juge des conclusions qui lui sont propres, et en outre innovatoires, c'est-à-dire soulevant des questions autres que celles sur lesquelles doit répondre le juge pour statuer sur les conclusions des parties d'origine.

Les demandes des caisses mettaient en effet en œuvre un recours subrogatoire contre l'EFS pris comme responsable du dommage, possibilité qui leur est ouverte à la condition que l'établissement de transfusion sanguine bénéficie de la couverture d'une assurance, comme nous l'avons vu à propos de l'affaire précédente. Ce recours n'a pas le même fondement que celui de la victime contre l'Oniam. La loi organise donc deux recours parallèles dirigés par la victime et par les tiers-payeurs, sur deux fondements juridiques distincts, contre deux établissements distincts. Or une telle intervention principale innovatoire est irrecevable (Ass, 8 mai 1964, *Association nationale pour la défense de la liberté du commerce*, p. 282 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, § 889).

Les règles de procédure dégagées par votre jurisprudence devraient donc, en l'état, conduire à confirmer la solution retenue par la cour administrative d'appel. Celle-ci

n'est cependant pas sans inconvénient, notamment par rapport à l'état du droit qui prévalait avant la prise en charge des dommages en cause par la solidarité nationale.

En effet, initialement, pour obtenir le remboursement de débours résultant d'une contamination par le virus de l'hépatite C dans le cadre d'une contamination transfusionnelle, la caisse devait en principe établir cumulativement deux faits : la réalité de la transfusion sanguine, et la faute du centre de transfusion sanguine. Cette dernière condition a été supprimée par la loi de financement de la sécurité sociale pour les actions juridictionnelles engagées à compter du 1^{er} juin 2010.

Or, la caisse ne pourra pas parvenir à établir que la contamination a une cause transfusionnelle sans l'accord de la victime et même hors sa présence : produire les données permettant de déterminer cette causalité supposerait que la caisse soit en capacité d'accéder à des informations couvertes par le secret médical et le respect de la vie privée de la victime. Même dans le cas où l'imputabilité aurait été établie dans le cadre d'une instance entre la victime et l'Oniam, la décision rendue n'aura pas l'autorité relative de la chose jugée pour ce qui est des demandes de la caisse dirigées contre l'EFS.

La fermeture de l'instance risque donc de valoir privation de toute possibilité d'action.

La seule façon de pallier ce risque élevé de déni de droit serait de concevoir une solution propre à ces litiges, qui se réclamerait légitimement des impératifs d'une bonne administration de la justice et consisterait simplement à admettre prétoriennement que l'action qu'une personne porteuse du virus de l'hépatite C engage pour être indemnisée par l'Oniam en application de l'article L. 1221-14 du code de la santé publique au motif qu'elle aurait été contaminée par des produits sanguins ou des médicaments dérivés du sang et l'action engagée par le tiers payeur qui lui a versé des prestations contre l'EFS pris en sa qualité d'auteur du dommage ne constituent pas des litiges distincts, alors même que ces deux actions ne sont pas dirigées contre la même personne et que la juridiction saisie de la demande de la victime tendant à la réparation du dommage par l'Oniam au titre de la solidarité nationale n'est pas tenue, par principe et à peine d'irrégularité de sa décision, d'appeler les tiers-payeurs en la cause.

Dans ce cas, vous annuleriez les deux arrêtés attaqués et vous pourriez renvoyer ces deux affaires à la cour administrative d'appel de Lyon.