

**N° 439169 – ONIAM c/. CPAM du Bas-Rhin**

*5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies*

**Séance du 17 janvier 2022**

**Décision du 1<sup>er</sup> février 2022**

**Inédite**

## **Conclusions**

**Mme Cécile Barrois de Sarigny, Rapporteur public**

L'unique moyen du pourvoi dont vous êtes saisis soulève la question - curieusement inédite – de ce que recouvre la notion d' « action juridictionnelle en cours », au sens de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale, relative à l'indemnisation par l'ONIAM des préjudices résultant d'une contamination transfusionnelle.

L'intérêt qu'elle présente, pour l'ONIAM, ne peut se comprendre qu'après un rappel des différents jalons posés par les textes et votre jurisprudence s'agissant des procédures d'indemnisation des victimes de dommages transfusionnels. Relevant d'un régime de responsabilité sans faute (Ass, 26 mai 1995, Consorts N..., p. 221), puis de la solidarité nationale, cette indemnisation a dans un premier temps été prise en charge par le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH créé par la loi du 31 janvier 1991 portant diverses mesures d'ordre social). Le transfert s'est progressivement fait vers l'ONIAM qui a été chargé en 2006 de l'indemnisation des victimes d'une contamination par le VIH (article 119 et 132 de la loi n°2004-906 du 9 août 2004), et par la loi du 17 décembre 2008, de celle des victimes d'une contamination par le virus de l'hépatite C.

C'est de ce texte dont il est question aujourd'hui. Comme c'est assez classique, celui-ci a organisé un dispositif pérenne, applicable pour toute demande d'indemnisation postérieure à son entrée en vigueur, ainsi qu'un régime transitoire, applicable aux contentieux en cours. Le régime pérenne est posé à l'article L. 1221-14 du code de la santé publique, qui prévoit l'indemnisation des victimes par l'ONIAM au nom de la solidarité nationale. Le régime transitoire, prévue au IV de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008, prévoit la substitution de l'ONIAM à l'établissement français du sang (EFS) dans les contentieux en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Vous avez tout d'abord précisé par deux avis contentieux les conditions d'entrée en vigueur des dispositions pérennes comme transitoires<sup>1</sup> à compter du 1<sup>er</sup> juin 2010 (Avis, 7 décembre 2009, W... et Bergdoll, 329466, 329489, p. 490, puis, Avis 18 mai 2011, Etablissement français du sang, 343823, p. 243).

La question vous a ensuite été posée des rapports **entre l'ONIAM et les tiers payeurs** qui s'inféraient des textes. Dans le prolongement de votre avis Coppola (22 janvier 2010, n° 332716, au rec), relatif aux victimes de vaccinations obligatoires, votre avis EFS du 18 mai 2011 (préc.) précise que l'ONIAM, tenu d'indemniser les victimes au nom de la solidarité nationale, ne peut être regardé à l'égard des tiers payeurs comme « *l'auteur responsable du dommage* » au sens de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale qui organise le recours subrogatoire de ces derniers<sup>2</sup>. Il s'en déduit que les tiers payeurs ne peuvent se retourner contre l'ONIAM mais contre l'EFS exclusivement.

Votre avis distingue cependant le cas des contentieux en cours du régime transitoire, pour lesquels l'action de l'ONIAM ne résulte pas d'un mécanisme de solidarité nationale mais de la reprise par ce dernier des droits et obligations de l'EFS posée spécifiquement au IV de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008. Cette substitution autorise à voir dans l'ONIAM, endossant le rôle de l'EFS vis-à-vis de l'ensemble des parties aux litiges, le responsable du dommage à l'égard des tiers payeurs (voir aussi, 24 mai 2017, EFS, 395490, Rec. T., 22 octobre 2014, ONIAM c. MAIF, 369081, Rec. T. pp. 853-866, avis, 9 mai 2019, SHAM, 426365, rec. T.). Précisons que dans toutes les hypothèses dans lesquelles l'ONIAM est condamné à indemniser les victimes de contaminations post-transfusionnelles, dans le dispositif pérenne comme transitoire, celui-ci dispose de la faculté d'être garanti des sommes versées par les assureurs des établissements de transfusion sanguine, que le dommage soit ou non imputable à une faute. C'est l'apport de la loi du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, qui revient sur une solution retenue par la Cour de cassation, particulièrement favorables aux assureurs (Cass, Civ, 1<sup>ere</sup> 28 novembre 2012, 11-23990)<sup>3</sup>.

Ce qui sépare le régime pérenne du régime transitoire est donc exclusivement la possibilité donnée au tiers, ou non, de se tourner vers l'ONIAM, plutôt que vers l'EFS. Le champ de ce régime est borné par l'existence « d'un contentieux en cours » au 1<sup>er</sup> juin 2010 ainsi que l'absence de décision irrévocable.

C'est sur la première de ces notions que vous interroge le pourvoi de l'ONIAM.

Les données de l'espèce qui ont conduit l'Office jusqu'à vous sont les suivantes. Mme R... a imputé sa contamination par le virus de l'hépatite C, découverte en 1992, aux transfusions de produits sanguins labiles dont elle a bénéficié en 1980 et 1986. En 2007, cette dernière a saisi le tribunal administratif d'une demande tendant à ce que soit ordonnée une expertise permettant de déterminer l'origine de sa contamination. Le rapport, remis en 2008, concluait au caractère transfusionnel de l'indemnisation<sup>4</sup>. Ce n'est que quatre ans plus tard que l'intéressée a sollicité l'indemnisation de ses préjudices devant le même tribunal, par une

---

<sup>1</sup>Laquelle était subordonnée à l'entrée en vigueur d'une série de décrets en Conseil d'Etat, dont celui qui devait instituer le conseil d'orientation placé auprès de l'ONIAM, ce qui a concrètement conduit à retenir la date du 1<sup>er</sup> juin 2010.

<sup>2</sup> A la différence de la réglementation relative à la vaccination obligatoire, la notion de solidarité nationale ne figure pas dans les dispositions relatives à l'indemnisation des victimes de contamination transfusionnelles, ce qui n'a pas empêché de les interpréter en ce sens.

<sup>3</sup> Lorsqu'ils ont déjà indemnisé la victime, l'ONIAM et le tiers payeur disposent d'une action subrogatoire à l'égard de l'EFS, sous réserve de couverture assurantielle. Dans le régime transitoire, le tiers payeur dispose d'un recours subrogatoire à l'égard de l'Office, sous la même réserve de couverture assurantielle.

<sup>4</sup> Lequel précisait que l'enquête transfusionnelle n'avait pas permis d'identifier tous les donneurs.

requête enregistrée le 16 novembre 2012. Des conclusions ont été présentées par la CPAM du Bas-Rhin devant le juge, au titre du remboursement de ses débours. Le tribunal administratif, comme la cour administrative d'appel de Nancy après lui, ont fait droit à cette demande.

La cour a jugé que l'instance introduite par Mme R... était en cours au 1<sup>er</sup> juin 2010, soit, que l'on se situait dans le champ du régime transitoire, ce qui autorisait le tiers payeur à diriger son recours subrogatoire contre l'ONIAM. Il résulte des termes de la décision attaquée que la cour s'est appuyée sur la circonstance que le juge des référés avait été désigné dès 2006, aux fins d'ordonner une expertise sur l'origine de la contamination.

Le sens retenu par la cour pour la notion « *d'instance en cours* » par les juges du fond n'est pas sans rappeler votre décision d'Assemblée du 13 mai 2011, D... et V... (n° 317808, Rec). sur les conditions d'entrée en vigueur de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, mieux connu sous le nom de dispositif anti-perruche, limitant la portée de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'indemnisation des préjudices liés aux défaillances dans le diagnostic prénatal. Saisis du sens à donner à la notion « *d'instance en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002* », exclue du champ d'application de la nouvelle disposition législative, vous avez jugé qu'elle comprenait les hypothèses dans lesquelles une demande d'expertise avait été formulée par les victimes dans le but d'obtenir la réparation de leur préjudice, y compris si cette première phase était close, l'expertise ayant été réalisée et que le recours indemnitaire lui-même n'avait pas encore été engagé. Ainsi que le rappelle toutefois Jean-Philippe Thiellay dans ses conclusions sur cette affaire, c'est là une acception assez large de la notion de demande en cours, qui s'écarte de celle plus généralement admise selon laquelle l'instance correspond à la phase pendant laquelle la procédure est engagée, y compris au stade du référé, mais demeure pendante (voir, TC, 28 février 2011, Consorts L..., Rec). Si l'on s'inscrit dans le champ de cette dernière jurisprudence, nous ne sommes pas en présence d'une instance en cour en l'espèce, Mme R... ayant saisi le juge d'une demande indemnitaire postérieurement au 1<sup>er</sup> juin 2010 alors que l'instance en référé était close.

La solution de votre décision D... et V... semble avoir été principalement justifiée par la nécessité de tenir compte de l'environnement conventionnel et notamment des risques qu'une lecture plus restrictive faisaient peser sur la France à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence sur le maniement de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel. Nous pensons que vous pourrez raisonner en dehors de ce précédent, et retenir une acception de la notion de contentieux en cours propre au texte qui nous occupe, compte tenu de son objet et sa finalité.

Une lecture assez restrictive du champ d'application de cette notion se justifie particulièrement s'agissant du IV de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008 relatif au régime transitoire.

Sur le fond, l'application de l'une ou l'autre des législations n'emporte nous l'avons vu que des conséquences procédurales, et non sur le bienfondé des créances. Il n'est donc pas question comme dans votre décision de 2011 de faire le choix d'un raisonnement plus ou moins généreux pour les victimes. L'application du régime transitoire, qui a vocation à disparaître, nous paraît par devoir être la plus limitée possible. Les tiers payeurs sont voués à se tourner vers l'EFS, pour tous les dommages transfusionnels pris en charge par eux, autant ne pas multiplier les hypothèses dans lesquelles la voie dérogatoire de l'ONIAM s'impose, d'autant qu'in fine, par l'effet de la loi du 17 décembre 2012, la charge finale de l'indemnisation pèse, en toute hypothèse sur l'assureur. L'indemnisation des tiers payeurs par l'ONIAM est un détour procédural, il doit pour cette raison rester limité.

Par ailleurs, fondamentalement, la loi a prévu pour la période transitoire un mécanisme de transfert de créances, pour que l'effet du nouveau dispositif ne soit pas d'effacer les créances de l'EFS. Le point de basculement est donc le moment où les victimes et les tiers payeurs ont été en mesure de faire valoir leur créance dans le cadre d'une instance. Sophie Justine Lieber, dans ses conclusions sur l'avis EFS de 2011 évoque à ce propos les « *contentieux qui, à la date à laquelle les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur, étaient en cours et dans lesquels les caisses de sécurité sociale ont exercé leur recours subrogatoire et obtenu le remboursement de leurs débours en première instance* ». Les instances doivent être en cours, à l'égard des deux créanciers potentiels.

Vous avez jugé que le stade de la réclamation préalable n'entraîne pas dans le champ (13 novembre 2020, ONIAM c. CPAM du Bas-Rhin, 424358, inédite). Il nous semble que le bon point de repère n'est pas davantage le moment de l'expertise, qu'elle soit pendante ou non, dès lors qu'à ce stade, non seulement il n'est pas demandé de statuer sur les droits des parties, mais surtout, les caisses ne sont en principe pas appelées en cause. L'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale prévoit que les caisses doivent être appelées en déclaration de jugement commun (i.e. mises en cause) – à peine d'irrégularité – en tout état de procédure, cependant, cette obligation ne peut valoir que si le juge est bien saisi d'une demande dont il est en mesure de penser qu'elle peut conduire une caisse<sup>5</sup> à exercer son recours subrogatoire. Si tel est à l'évidence le cas dans le cadre d'un recours indemnitaire, voire d'une instance en référé s'agissant du référé provision – vous l'avez jugé dans une décision du 18 février 2009, Mme X..., 305810, rec.T.- il en va différemment au stade du référé expertise.

Le point de basculement pertinent, marquant pour l'application de la législation en cause l'instance en cours, nous semble être la phase plus tardive de l'action en responsabilité devant le juge. C'est d'ailleurs ce qui se déduit des textes qui prévoient – depuis l'origine, en 2008 – que la victime qui entend bénéficier des nouvelles dispositions de l'article L. 1221-14 du code de la santé publique (soit du régime pérenne) – doit solliciter un sursis à statuer, ce qui sous-entend qu'une instance au fond est en cours<sup>6</sup>. Votre décision ONIAM c. MAIF, du 22 octobre 2014 (369081 aux tables sur un autre point), qui se réfère aux instances en cours « *née d'une action en responsabilité dirigée contre l'EFS en sa qualité de fournisseur de produits sanguins* », reprend cette idée.

Nous vous proposons de vous inscrire nettement dans le sens de cette interprétation et de juger que les contentieux en cours au 1<sup>er</sup> juin 2010 sens du IV de l'article 67 de la loi de 2008 sont ceux pour lesquels une action juridictionnelle en responsabilité avait été engagée qui était dirigée contre l'Etablissement français du sang.

Si vous nous avez suivie, vous annulerez l'arrêt de la cour pour erreur de droit et lui renverrez l'affaire après avoir mis à la charge de la CPAM du Bas-Rhin la somme de 3000 euros au titre de L. 761-1 du CJA.

Tel est le sens de nos conclusions sur cette affaire.

---

<sup>5</sup> Une caisse identifiée, soit, lorsque ressortent du dossier la qualité d'assuré social et l'organisme d'affiliation, dans le champ d'application de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, ou celle d'agent public et la personne publique débitrice des prestations, dans celui de l'ordonnance du 7 janvier 1959, c'est-à-dire si le demandeur à l'indemnisation s'est déjà plié à sa première obligation qui est de donner ces indications (jurisprudence constante depuis 20 décembre 1967, Ville de Toulon, Rec. T. 936).

<sup>6</sup> La victime disposant alors, selon votre avis W... et B... de 2009 d'un choix de solliciter ou non un sursis à statuer pour solliciter une indemnisation de l'ONIAM ou de poursuivre l'instance engagée contre l'EFS à laquelle se substituera l'ONIAM.

