

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 22 mai 2023

Décision du 20 juin 2023

CONCLUSIONS

M. Florian ROUSSEL, Rapporteur public

Le présent litige soulève une question très spécifique au contentieux des contaminations transfusionnelles et la réponse que vous y apporterez, quel que soit son sens, n'aura sans doute pas de retentissement plus général en droit de la responsabilité.

Il renvoie néanmoins à une problématique plus large, à laquelle les civilistes se réfèrent en évoquant la notion de « causalité alternative ». Le Pr Quézel-Ambrunaz, qui y a consacré un fort intéressant article¹, la définit comme la situation dans laquelle « parmi une pluralité d'activités similaires, chacune étant suffisante pour produire le dommage considéré, une seule (ou quelques-unes, mais non la totalité) est effectivement à l'origine du dommage. La victime est, dans un tel cas, capable de prouver que son dommage provient de l'un des faits générateurs, sans parvenir à déterminer lequel, ce qui interdit a priori l'imputation de la responsabilité ».

L'exemple souvent cité est celui de chasseurs tirant simultanément en direction d'une victime, laquelle n'est atteinte que par un projectile. En droit romain, le Digeste évoquait déjà l'épineuse question juridique dans laquelle plusieurs personnes battent un esclave à mort. Si l'on ne pouvait déterminer celle d'entre elles à l'origine du décès, toutes étaient regardées comme civilement responsables...²

Plus récemment, des raisonnements analogues ont pu être mis en œuvre, par les deux ordres de juridiction, dans le cas d'activités non fautives, en particulier dans le domaine médical, et souvent dans un souci de protection des victimes.

L'un des enjeux de la présente affaire sera de déterminer si les tiers payeurs peuvent également s'en prévaloir dans le cadre d'un recours subrogatoire contre l'Etablissement français du sang (EFS).

¹ « La fiction de la causalité alternative », Recueil Dalloz 2010, p. 1162

² Ibid.

La CPAM de Loire-Atlantique a, en l'espèce, versé des prestations à un de ses assurés, au titre de la prise en charge des conséquences de sa contamination par le virus de l'hépatite C. Estimant que celle-ci est d'origine transfusionnelle, elle entend en obtenir le remboursement auprès de l'EFS.

Le tribunal a rejeté sa demande, en raison de l'incertitude sur le centre de transfusion sanguine ayant fourni le produit sanguin contaminé : il ressortait en effet de l'enquête transfusionnelle que l'intéressé s'était vu administrer, en 1978, des produits émanant de deux établissements, sans qu'il soit possible de déterminer lesquels étaient contaminés.

La cour a fait droit à l'appel de la caisse, en inversant le raisonnement : dès lors que la victime avait reçu des produits émanant de chacun de ces deux centres et que sa contamination était nécessairement imputable à l'un d'entre eux, l'EFS était tenu de rembourser au tiers payeur l'intégralité de ses débours.

Rappel du cadre juridique applicable

Le pourvoi de l'établissement nous conduit à revenir sur les conditions dans lesquelles s'exercent les recours subrogatoires des tiers payeurs en matière de contamination transfusionnelle. Si l'on cherche à retracer l'historique du régime contentieux aujourd'hui applicable, il nous faut distinguer cinq étapes.

- La première remonte à votre décision d'Assemblée Consorts N... (26 mai 1995, n° 143238). Vous avez alors jugé l'établissement de santé, en tant que gestionnaire du centre de transfusion sanguine, était, responsable, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la contamination transfusionnelle. Il lui appartenait ainsi d'indemniser à ce titre aussi bien les victimes que les caisses de sécurité sociale.

- Au regard des charges financières pour les établissements, les activités des centres de transfusion sanguine, ainsi que les droits et obligations des établissements de santé s'y rapportant, ont été, peu après cette décision, transférées à l'EFS, à la suite de dispositions législatives adoptées entre 1998 et 2005³.

³ Ce transfert s'est opéré en trois étapes :

- L'article 18 de la loi du 1er juillet 1998 a d'abord prévu la conclusion de conventions entre les centres de transfusion sanguine, publics ou privés, et l'EFS ;
- L'article 60 de la loi du 30 décembre 2000 a transféré à l'établissement les obligations des centres privés n'ayant pas conclu de telles conventions ;
- L'article 14 de l'ordonnance du 1er septembre 2005 a permis de transférer à l'EFS les obligations des centres de transfusion publics qui n'avaient pas conclu de conventions avec lui.

- Le législateur est ensuite, de nouveau, intervenu pour mettre à la charge de l'ONIAM, au titre de la solidarité nationale, la réparation des préjudices des victimes en lien avec la contamination par le virus de l'hépatite C. Tel est l'objet de l'article L. 1221-14 du CSP, issu de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008.

Ce texte permet à l'Office, subrogé dans les droits de la victime, de se retourner contre l'EFS, en excluant toutefois un tel recours si l'établissement de transfusion sanguine n'est pas assuré, si sa couverture d'assurance est épuisée ou encore si le délai de validité de sa couverture est expiré. L'objectif poursuivi était donc d'éviter que l'indemnisation ne demeure définitivement à la charge des établissements de santé : soit elle était finalement supportée par l'assureur, soit elle demeurait à la charge de l'ONIAM.

A l'origine, toutefois, ce recours subrogatoire de l'ONIAM était très difficile à mettre en œuvre⁴. Dans un avis EFS du 18 mai 2011⁵, vous avez ainsi exclu que l'ONIAM, de même que les tiers payeurs, puissent bénéficier du régime de responsabilité sans faute dans le cadre de l'exercice d'une telle action. Il leur fallait établir l'existence d'un manquement à l'origine de la contamination.

- Le régime applicable à ces actions a cependant de nouveau été modifié quatre ans plus tard, par l'article 72 d'une loi du 17 décembre 2012. En particulier, le recours subrogatoire de l'ONIAM n'est désormais plus subordonné à l'existence d'une faute⁶. En outre, le législateur a ouvert à l'ONIAM la possibilité d'une action directe à l'encontre des assureurs privés. Et, par ailleurs, en cohérence avec votre jurisprudence précédente, cette loi a consacré la faculté pour les caisses d'exercer un recours subrogatoire contre l'EFS aux mêmes conditions que celles posées pour l'ONIAM, à savoir, donc, désormais, sous la seule réserve de la couverture assurantielle des établissements de santé.

La conséquence de cette évolution législative était donc un transfert d'une part substantielle de la charge finale de l'indemnisation de l'ONIAM et des tiers payeurs vers les assureurs privés.

- Enfin, la LFSS 2021⁷ a de nouveau modifié l'article L. 1221-14 aux fins d'ouvrir également aux tiers payeurs le bénéfice de l'action directe contre les assureurs, dans les

⁴ Nous ne reviendrons pas ici sur le régime transitoire applicable aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable à la date du 1er juin 2010

⁵ CE 5/4, EFS, 18 mai 2011, n° 343823, A

⁶ Comme le confirme votre jurisprudence ultérieure – V. 5/4, 17 février 2016 EFS n° 383479, B

⁷ LOI n°2020-1576 du 14 décembre 2020

mêmes conditions que pour l'ONIAM. Elle précise, en outre, que, dans le cadre de l'exercice de ce recours, l'ONIAM et les tiers payeurs bénéficient de la présomption d'imputabilité instituée au profit des victimes, dès lors que la structure qu'ils assurent a fourni au moins un produit dont l'innocuité n'est pas démontrée.

Le législateur entendait donc, de nouveau, faciliter la prise en charge du dommage par l'assureur privé, sans pour autant remettre en cause la possibilité alternative d'un recours contre l'EFS, à charge ensuite pour celui-ci de se retourner contre l'assureur.

Ces dispositions, postérieures à l'introduction du recours, sont applicables, en vertu du II de l'article 39 de la loi, aux actions juridictionnelles en cours, à l'exception de celles passées en force de chose jugée ; elles le sont donc au présent litige, eu égard à la date de l'arrêt attaqué.

Origine des produits sanguins administrés à la victime

A l'appui de son pourvoi, l'EFS reproche d'abord à la cour d'avoir retenu que les produits sanguins avaient, en l'espèce, été fournis aux centres hospitaliers concernés par l'association départementale de transfusion sanguine de la Charente et par le centre de transfusion sanguine de Bordeaux. Toutefois, ces éléments ressortaient du rapport d'expertise judiciaire et n'étaient d'ailleurs pas véritablement contestés devant les juges du fond. Aucune dénaturation ne peut donc être reprochée à la cour.

Il existe certes, peut-être, une incertitude sur le point de savoir si ces centres ont fabriqué les produits incriminés ou s'ils se sont bornés à les distribuer mais cette question est sans incidence, dès lors que vous avez jugé dans une décision EFS du 4 février 2019⁸ que, dans l'hypothèse où l'établissement ayant fabriqué le produit sanguin n'est pas le même que celui qui l'a distribué à l'établissement de santé qui a pratiqué la transfusion, ces deux établissements sont solidairement responsables des préjudices ayant résulté de la contamination de ce produit, de sorte que le tiers payeur peut alors exercer un recours subrogatoire contre l'EFS si l'un au moins des établissements bénéficie d'une couverture assurantielle.

L'EFS tente en fait d'introduire une confusion entre l'origine des produits, qui est connue, et l'origine du produit contaminé, qui ne l'est pas. Mais cela nous renvoie au moyen suivant, tiré de l'erreur de droit dont la cour aurait entaché son raisonnement.

Nécessité ou non d'identifier le fournisseur du produit contaminé

⁸ CE, 4 février 2019, EFS, n°412729, B

C'est bien sûr ce deuxième moyen, sur lesquels les juges du fond se sont divisés, qui a justifié que l'affaire soit portée devant votre formation de jugement.

- Comme on l'a vu, l'exercice du recours subrogatoire de l'ONIAM et des tiers payeurs contre l'EFS n'est aujourd'hui plus subordonné à la preuve d'une faute du fournisseur du produit. Ils bénéficient ainsi de la présomption légale au même titre que la victime. Vous jugez cependant en principe que la responsabilité du fournisseur se trouve engagée « du seul fait que les produits transfusés sont porteurs d'un agent infectieux » (V. CE, 17 février 2016, Etablissement français du sang, n° 383479, B).

Il n'est donc pas évident d'admettre que la responsabilité de l'EFS se trouve également engagée dans l'hypothèse particulière qui est celle du cas d'espèce où l'on peut uniquement affirmer que la contamination est imputable à un ou plusieurs des produits sanguins qui ont été administrés par chacun des deux centres de transfusion. En effet, dans une telle configuration, l'EFS pourrait-il vraiment se retourner contre les assureurs de ces deux centres, en mettant en cause leur responsabilité solidaire ?

Il pourrait être considéré que l'incertitude sur l'identité de l'établissement à l'origine de la contamination fait obstacle à toute action en responsabilité contre les assureurs et que dès lors, la charge finale du dommage ne devrait pas être supportée par l'EFS, ce qui irait à l'encontre de l'intention du législateur. Seules les victimes pourraient être ainsi indemnisées par l'ONIAM – qui supporterait en conséquence la charge finale du dommage -, mais pas les tiers payeurs. C'est la solution privilégiée en l'espèce par le tribunal.

- Nous vous proposerons cependant, à la réflexion, de confirmer la position des juges d'appel. Il nous semble en effet que, dans une telle situation où le dommage est nécessairement imputable à un ou plusieurs établissements de transfusion bénéficiant d'une couverture assurantielle⁹ et ayant chacun fourni des produits sanguins à la victime, la responsabilité solidaire de leurs assureurs respectifs se trouve engagée, sauf à ce qu'ils démontrent que les lots fournis par leur client n'étaient pas contaminés.

⁹ Nous nous en tiendrons ici à la situation du cas d'espèce où les deux établissements sont assurés.

Il ressort des termes-mêmes de l'article L. 1221-14 que si aucun des deux ne l'était, la responsabilité de l'EFS ne pourrait être recherchée.

Nous laisserons enfin en suspens la question portant sur l'hypothèse dans laquelle l'un d'entre eux seulement serait couvert. La logique de la responsabilité solidaire pourrait conduire à admettre que l'EFS pourrait se retourner contre l'établissement assuré pour obtenir le remboursement de l'intégralité des sommes versées. Mais cette solution serait difficile à concilier avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui exclut que la responsabilité de l'assureur de l'un des centres puisse être recherchée lorsqu'il est établi que la victime a également subi des transfusions, dont l'origine est indéterminée.

Trois séries de considérations nous conduisent à cette conclusion.

La première tient à votre jurisprudence ancienne, jamais abandonnée, portant sur le recours des victimes contre les établissements de transfusion sanguine, avant la reprise de leurs obligations par l'EFS.

Dans une décision AP-HP de 2001 (5/7, 15 janvier 2001, n° 208958, A), vous avez ainsi jugé que dans le cas où les produits sanguins à l'origine d'une contamination ont été élaborés par plusieurs centres de transfusion ayant des personnalités juridiques distinctes, la personne publique mise en cause devant le juge administratif doit être tenue pour responsable de l'ensemble des dommages subis par la victime et condamnée à les réparer si elle n'établit pas l'innocuité des produits qu'elle a elle-même élaborés, sans préjudice des actions en garantie ultérieures de cette personne publique contre les autres centres de transfusion¹⁰. Il s'agissait certes en l'espèce d'une contamination par le VIH mais ce précédent paraît totalement transposable. Il est d'autant plus intéressant qu'il a été rendu dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute défini de façon prétorienne, avant la loi du 4 mars 2002, dont l'article 102 a posé le principe selon lequel en matière de contamination par l'hépatite C, le doute profite à la victime.

Comme le soulignait le président Chauvaux dans ses conclusions, vous entendiez « *[éviter] la situation inacceptable où l'on aurait la certitude que la contamination est due à une transfusion mais où la victime serait privée d'indemnité faute de pouvoir identifier les produits viciés* », sans pour autant faire reposer la charge définitive d'une indemnisation intégrale sur le seul fournisseur qu'elle a mis en cause.

Vous vous êtes récemment inspirés de cette logique dans votre décision EFS de 2019 précitée, lorsque vous avez admis la responsabilité solidaire de l'établissement ayant fabriqué le produit et de celui l'ayant distribué, sous réserve que l'un au moins d'entre eux dispose d'une couverture assurantielle. Le fichage de cette décision mentionne d'ailleurs ce précédent.

En deuxième lieu, cette solution paraît s'inscrire en cohérence avec la jurisprudence de la Cour de cassation, même si celle-ci ne semble pas avoir été directement confrontée à la question.

¹⁰ « sans préjudice de la possibilité pour elle, si elle s'y croit fondée, d'appeler en garantie devant le juge administratif les autres centres de transfusion ayant la qualité de personne publique ou d'exercer une action devant le juge judiciaire à l'encontre des autres centres de transfusion ayant la qualité de personne morale de droit privé dans la mesure où ils seraient co-auteurs de la contamination »

Sa position sur ce point mérite d'autant plus d'être considérée, indépendamment même de l'intérêt évident qui s'attache à l'harmonisation des jurisprudences des deux ordres de juridiction sur ces questions, que le juge judiciaire est compétent pour connaître des recours de l'EFS contre les assureurs des établissements de transfusion lorsque le contrat d'assurance conclu est de droit privé, comme vous l'avez jugé dans votre avis SHAM du 9 mai 2019¹¹. Ce n'est que si le contrat d'assurance présente le caractère d'un contrat administratif, par application de l'article 2 de la loi « Murcef » du 11 décembre 2001, que l'action en garantie contre l'assureur relève de la compétence de la juridiction administrative.

Ainsi, en l'espèce, c'est le juge judiciaire qui aurait à connaître d'une telle action, quel que soit le statut des centres, eu égard à la date de survenue du dommage, qui est antérieure au décret n° 98-111 du 27 février 1998, qui soumet au code des marchés publics les contrats d'assurance des personnes publiques. Il en irait de même, pour les contaminations postérieures à cette date, pour les établissements de transfusion ayant un statut de droit privé.

La Cour de cassation retient ainsi, de façon générale que la responsabilité de l'assureur du centre de transfusion est engagée « *lorsque l'origine transfusionnelle d'une contamination est admise, que l'établissement de transfusion sanguine qu'ils assurent a fourni au moins un produit administré à la victime et que la preuve que ce produit n'était pas contaminé n'a pu être rapportée* » (Civ 1, 20 septembre 2017, n° 16-23.451, Bull.). Ces différentes conditions sont toutes réunies au cas d'espèce.

La Cour a certes pu retenir, à plusieurs occasions, que la responsabilité de l'assureur n'est pas engagée à l'égard de l'ONIAM ou de la caisse lorsque d'autres établissements ont fourni des produits dont l'innocuité n'a pu être établie (Civ. 1, 14 avril 2016, n° 15-16.592, publié¹²). Mais il s'agissait à chaque fois d'hypothèses dans lesquelles les autres établissements n'avaient pu être identifiés. La Cour entendait alors éviter que le seul assureur mis en cause supporte l'intégralité du dommage, alors même que l'établissement qu'il assure n'aurait fourni qu'une petite part des produits susceptibles de contenir le lot contaminé.

En l'espèce, au contraire, les deux centres seuls susceptibles d'être à l'origine de la contamination sont connus.

En ce cas, le juge judiciaire pourrait être conduit à faire application de sa théorie dite de la causalité alternative, que nous évoquions à titre introductif.

¹¹ V. CE, 9 mai 2019, SHAM, n°426365, B

¹² V. également : Civ. 1, 9 décembre 2020, n° 19-20.315 ; Civ. 1, 24 mars 2021, pourvoi n° 19-23.136 ; Civ. 1, 6 avril 2022, pourvoi n° 20-22.332

Cette jurisprudence a justifié, par exemple, la condamnation de plusieurs laboratoires fabricants du Distilbène, dès lors qu'il avait été constaté que ce médicament avait été la cause directe des dommages subis par un patient, sauf pour l'un d'entre eux à démontrer que son produit n'était pas à l'origine du dommage (Civ, 24 septembre 2009, n° 08-16.305). De façon encore plus topique, la Cour retient également que lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette contamination (Civ 1, 17 juin 2010, n° 09-67.011). Il n'en va certes pas de même, lorsque l'application de ces principes reviendrait à faire présumer l'existence d'une faute imputable à l'une des personnes mises en cause (Civ 2, 3 novembre 2016, n° 15-25.348). Mais en l'espèce, c'est bien un régime de responsabilité sans faute qui est applicable.

Il nous semble donc que si vous faites droit au recours de la CPAM contre l'EFS, l'établissement pourrait obtenir le remboursement des sommes versées auprès de l'un ou l'autre des assureurs des deux centres de transfusion devant le juge judiciaire.

Enfin, *en troisième lieu*, la loi du 14 décembre 2020, dont les dispositions sont issues d'un amendement parlementaire adopté en première lecture au Sénat, a modifié l'article L. 1221-14 aux fins de permettre à l'ONIAM et aux tiers payeurs de mettre en cause la responsabilité solidaire des assureurs dans une telle hypothèse où les centres qu'ils assurent ont fourni au moins un produit sanguin dont l'innocuité n'est pas démontrée.

Rien dans les travaux préparatoires ne suggère que le législateur aurait entendu remettre en cause *a contrario* la responsabilité de l'EFS ne puisse être engagée dans une telle hypothèse. L'objectif était uniquement de clarifier les conditions d'exercice de l'action directe contre l'assureur devant les deux ordres de juridiction, en supprimant sur ce point toute ambiguïté éventuelle.

Il nous semble donc qu'il serait cohérent, pour ne pas complexifier encore un peu plus un dispositif qu'il l'est déjà bien trop, de ne pas introduire de distinction sur ce point entre les actions engagées contre l'EFS et celles qui le sont directement contre les assureurs privés. Dès lors que votre jurisprudence permettait déjà de faire droit à un tel recours avant l'intervention du législateur, il n'y a aucune raison de la remettre en cause aujourd'hui.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc le deuxième moyen du pourvoi.

Charge de la preuve de la couverture assurantielle

Enfin, contrairement à ce qui est soutenu, en jugeant qu'il appartenait à l'EFS de justifier de l'absence de couverture assurantielle de l'un des établissements de santé, la cour n'a pas fait peser sur le défendeur la charge d'une preuve négative mais l'a fait reposer sur la partie la plus en mesure d'apporter les justifications utiles.

Et, en tout état de cause, la cour a bien mentionné les références des contrats d'assurance des deux fournisseurs identifiés, ainsi que leurs périodes respectives de validité. Il n'existait donc aucun doute sur l'existence d'une couverture assurantielle. Aucune erreur de droit ne saurait donc être reprochée à la cour sur ce dernier point.

PCM :

Rejet du pourvoi de l'EFS

Mise à la charge de l'EFS de 3 000 euros au titre de l'article L 761-1 du CJA et rejet de sa demande aux mêmes fins