

CHRONIQUE D'ACTUALITÉ : L'ASSURANCE RESPONSABILITÉ CIVILE DES PROFESSIONNELS DE SANTÉ

Par **Axelle ASTEGIANO-LA RIZZA***

Voir le résumé en page 8 / See the abstract in page 8

Depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, l'ensemble des acteurs de santé (professionnels de santé (1), établissements de santé et producteurs de produits de santé (2), du secteur privé comme du secteur public (3), doivent être obligatoirement assurés (4) pour leur responsabilité civile ou administrative pouvant être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de leurs activités de prévention, de diagnostic ou de soins (5).

A côté de ce système assurantiel, l'Office National de l'Indemnisation des Accidents Médicaux (6) (ONIAM) a été créé sur le fondement de la solidarité nationale. Ainsi, l'ONIAM procède à l'indemnisation de certains dommages bien spécifiques, comme ceux résultant de l'aléa thérapeutique et des infections nosocomiales (7), ou ceux résultant de la contamination par

le virus du sida, de l'hépatite C (8) ou encore, plus récemment, ceux résultant de la prise d'un médicament qui a défrayé la chronique, le Médiateur (autrement appelé benfluorex (9)). Outre ces missions de plus en plus étendues, l'ONIAM a une autre obligation, qui est de se substituer à l'assureur du responsable, soit défaillant, soit en cas d'absence de garantie (10).

Dix ans après la mise en place ce double dispositif, des incertitudes et des insatisfactions demeurent (11) sur des questions des plus variées, comme les exclusions contractuelles de garantie, l'application du droit commun des contrats (et notamment de la résiliation après sinistre), l'épuisement des plafonds de garantie, la gestion des trous de garantie, les modalités d'intervention de l'ONIAM à la place de l'assureur, les possibles recours du premier contre le second, et bien d'autres encore...

* MCF, HDR, Université Jean Moulin Lyon 3, Directrice adjointe de l'Institut des Assurances de Lyon.

(1) Sont précisément concernés par cette obligation d'assurance, l'ensemble des professions médicales libérales ainsi que les pharmaciens et préparateurs en pharmacie ou encore les professions paramédicales, c'est-à-dire les infirmiers, les masseurs kinésithérapeutes, les psychomotriciens, les orthophonistes, les orthoptistes, les manipulateurs d'électroradiologie, les audioprothésistes, les opticiens. Les professionnels de santé qui ont le statut de salarié bénéficient de l'assurance de leurs employeurs tels les hôpitaux, cliniques privées ou dispensaires, eux-mêmes soumis à l'obligation d'assurance en vertu de la loi. Néanmoins en visant, « l'action des professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du CSP », la loi laisse de côté l'activité de certains professionnels tels que les ostéopathes ou chiropracteurs qui ne seraient pas en même temps médecins ou kinésithérapeutes.

(2) Ne sont pas concernés les fournisseurs des produits intermédiaires intégrés dans les produits de santé.

(3) Pour les établissements publics de santé, une dérogation à cette obligation d'assurance peut être accordée par arrêt du ministre de la santé si l'établissement dispose des ressources financières suffisantes pour leur permettre d'indemniser les dommages dans des conditions équivalentes à celles qui résulteraient d'un contrat d'assurance (CSP, art. L. 1142-2, al.3). A ce jour, seule l'Assistance publique – hôpitaux de Paris fait l'objet d'un tel arrêté, v. M. Dupont, Un établissement de santé, « propre assureur » : l'expérience de l'assistance publique-hôpitaux de Paris, *RDSS* 2010, p. 91. A. 3 janv. 2003, *JO* 8 janv. art. 1. L'établissement rejoint ainsi dans le

mode de gestion, l'Etat qui est « son propre assureur ». Toutes les autres structures hospitalières passent donc par le marché de l'assurance privée.

(4) Afin de donner pleine efficacité à cette obligation, les professionnels défaillants encourent des sanctions disciplinaires (CSP, art. L. 1142-2 dernier alinéa) auxquelles peuvent s'ajouter des sanctions pénales (CSP art. L. 1142-25 et C. Pén., art. 131-27). Et le professionnel qui se verrait opposer deux refus de souscription de contrat d'assurance peut saisir le bureau central de tarification qui fixera le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance est tenue de garantir le risque proposé et refusé (CSP, art. L. 252-1).

(5) CSP, art. L. 1142-2, repris par l'article L. 251-1 du Code des assurances.

(6) Loi n° 2002-1577 du 30 déc. 2002.

(7) A certaines conditions notamment de gravité : CSP, art. L. 1142-2, al. 1.

(8) Contamination sanguine par le VIH : CSP art. L. 3122-1, accidents liés à la vaccination obligatoire : CSP art. L. 3111-9, contamination par l'hormone de croissance extractive : CSP, art. L. 1142-22.

(9) D. n° 2011-932, 1^{er} août 2011 relatif à l'indemnisation des victimes du benfluorex : *JO* 4 Août 2011.

(10) V. *infra*, p. II.

(11) C. Corgas-Bernard, L'assurance de responsabilité civile des professionnels libéraux à la santé, *RDSS* 2010, p. 75.

Quoi qu'il en soit, et malgré l'indéniable besoin d'assurance dans ce secteur essentiel de la santé, l'offre d'assurance est restée très concentrée, les assureurs agissant sur un micromarché (12). L'explication, bien que peu satisfaisante, est évidente : ce marché est considéré comme à haut risques, non seulement du fait de la nature même de l'accident médical (son coût, et les nombreux accidents sériels qui en résultent tels que SIDA, hépatite C, prise du Médiateur, infection nosocomiale, etc.), mais aussi étant donné les nombreuses évolutions jurisprudentielles favorables aux victimes se traduisant par une augmentation tant de la fréquence des sinistres (13) que de leur coût moyen (14).

L'objet de cette présente chronique n'est pas d'envisager l'ensemble de ces questions mais de dresser un bilan législatif et jurisprudentiel depuis l'année 2012. Or, en substance, deux points ont particulièrement été débattus : l'encadrement temporel et financier de la garantie (I) et les relations ONIAM/assureurs (II).

I. L'ENCADREMENT TEMPOREL ET FINANCIER DE LA GARANTIE

1°) Application de la garantie en cas de contrats successifs

L'année 2012 confirme tout d'abord la solution dégagée par la jurisprudence concernant l'application de la garantie (15) en cas de contrats successifs (16).

On se souvient que ce point avait fait l'objet d'un important contentieux bien qu'il fût envisagé expressément par le législateur. Ainsi est-il prévu l'application de la loi nouvelle aux contrats conclus ou renouvelés à compter du 31 décembre 2002. Pour ceux conclus antérieurement, les dispositions transitoires (17) prévoient qu'ils sont supposés fonctionner en base fait générateur (18) mais contiennent obligatoirement une garantie subséquente de cinq années à condition que le fait générateur se soit produit pendant leur période de validité et que la réclamation ait lieu dans les cinq années de sa résiliation.

Dès lors, lorsque se succèdent deux contrats d'assurance dont l'un a été souscrit antérieurement au 31 décembre 2002 et l'autre postérieurement, la Cour de cassation estime que la présence de ce dernier suffit à faire régir la situation par la loi nouvelle et non par les dispositions transitoires (19). Doit s'appliquer

l'article L. 251-2, alinéa 7, du Code des assurances, à l'exclusion des dispositions transitoires, selon lequel : « lorsque un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 ».

Par conséquent, l'article 5 de la loi du 30 décembre 2002 est cantonné aux seules hypothèses où les deux contrats ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la loi ou encore, lorsque le fait dommageable étant connu au moment de sa conclusion, le contrat conclu après le 31 décembre 2002 ne peut jouer.

2°) Expiration et épuisement de la garantie

Le dispositif mis en place en 2002 comporte nécessairement des trous de garantie, inhérent au système assurantiel. Ainsi, tout d'abord, le professionnel peut se trouver à découvert de garantie, lorsque le fait générateur survenu pendant un premier contrat lui était connu lors de la souscription des contrats ultérieurs et que la première réclamation intervient plus de cinq années après la résiliation du premier contrat. Le second contrat ne peut fonctionner et la garantie subséquente, attachée au premier contrat et devant prendre en charge le sinistre, est expirée.

Ensuite, le délai décennal de prise en charge des sinistres après cessation définitive des activités professionnelles ou suivant le décès de l'assuré s'avère insuffisant

(15) C. assur. art. L. 251-2. Pour mémoire, le contrat d'assurance responsabilité civile médicale doit garantir l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres pour lesquels la première réclamation est formulée pendant la période de validité du contrat. Peu importe la date des autres éléments constitutifs du sinistre. L'assuré est donc tenu de reprendre le passé inconnu c'est-à-dire les faits générateurs et dommages survenus avant la prise d'effet du contrat pour autant qu'ils n'aient pas encore donné lieu à réclamation. A l'inverse la loi précise qu'il n'est pas tenu du passé du connu, c'est-à-dire des sinistres dont le fait générateur était connu de l'assuré lors de la souscription de l'assurance. Chaque contrat d'assurance contient également obligatoirement une garantie subséquente, subsidiaire, d'une durée minimale de cinq années. Ainsi, est fixée la règle de priorité selon laquelle le contrat devant être mis en œuvre est celui pendant lequel a lieu la réclamation. Mais, la connaissance par l'assuré du fait dommageable au moment de la conclusion de ce contrat va en bloquer l'application. Dès lors, c'est la garantie subséquente du précédent contrat résilié qui jouera à condition que le fait dommageable soit survenu pendant sa période de validité. Cette dernière condition est importante : elle signifie que pour les faits dommageables antérieurs, le contrat devra comporter une garantie subséquente contractuelle. De même, lorsque l'assuré cesse son activité professionnelle, son dernier contrat est assorti d'une garantie subséquente de dix ans sans condition cette fois de fait dommageable survenu pendant la période de validité du contrat.

(16) Cass. 2^e civ., 24 mai 2012, n° 11-14885.

(17) Loi n° 2002-1577, 30 déc. 2002, art. 5.

(18) Le contrat pourra être mise en œuvre si le fait générateur s'est produit durant sa période de validité, peu important la date de réclamation de la victime.

(19) Cass. 2^e civ., 2 oct. 2008, n° 07-19672, www.actuassurance.com 2008, n° 8, act. jurispr., note A. Astegiano-La Rizza, *RGDA* 2008, n° 2, note J. Bigot. Cass. 2^e civ., 28 mai 2009, n° 08-14449 et 08-14455 www.actuassurance.com 2009, n° 12, act. jurispr., note A. Astegiano-La Rizza.

(12) Cinq sociétés d'assurance s'en partagent plus de 95 %.

(13) Il n'existe pas de statistiques nationales pour mesurer le risque mais celles des deux principaux organismes d'assurance œuvrant sur ce marché : le Sou Médical et la MACSF.

(14) N. Gombault, La situation de l'assurance de responsabilité civile médicale, *RDSS* 2010, p. 51.

pour certains sinistres médicaux à déroulement très longs. En effet, si en responsabilité médicale, le délai de prescription est identique, le point de départ est fixé à compter de la date de consolidation des dommages, ce qui le rend indéterminé (20). Et il n'est pas rare que la consolidation intervienne bien longtemps après la survenance du dommage. Tel est le cas par exemple dans l'hypothèse de dommages subis par un enfant lors d'un accouchement. Le montant de son indemnisation ne sera définitivement fixé par les juridictions que lorsqu'il sera adulte, c'est-à-dire à un moment où il sera possible de déterminer ses besoins et le coût lié à son handicap, particulièrement son besoin d'assistance par une tierce personne (21).

Le même problème de découvert de garantie se retrouve en cas d'épuisement de la garantie, la loi du 4 mars 2002 ayant expressément autorisé les plafonds de garantie (22), tout en prévoyant pour les professionnels de santé exerçant à titre libéral un montant minimal initialement fixé à 3 millions d'euros par sinistre et 10 millions d'euros par année d'assurance. En revanche, aucun plafond minimal n'est imposé pour les autres professionnels de santé pour lesquels le plafond reste déterminé contractuellement. Des franchises peuvent aussi être stipulées dans tous les contrats et sont, en principe opposables aux victimes. Or, si la plupart des assurances obligatoires posent la règle de leur inopposabilité (23), rien n'est prévu par le dispositif de 2002 (24).

Pour certaines spécialités à risques, telle que l'obstétrique, les plafonds de garantie pouvaient s'avérer insuffisants et entraîner des conséquences financières désastreuses pour le professionnel.

Face à l'inquiétude et aux mécontentements des praticiens libéraux, de nombreux débats et propositions (25) ont abouti dans un premier temps à une disposition très spécifique et restrictive (26) en faveur des professionnels les plus exposés (27) avant que ne soit créé dans un second temps par la loi de finances pour 2012 (28) (après quelques ratés (29)) un fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins pour tous les professionnels de santé exerçant à titre libéral (30) afin d'assurer, par une mutualisation des risques « une continuité assurantielle (31) ». Celui-ci est opérationnel depuis le 1^{er} janvier 2012, l'article L. 426-1 du

Code des assurances (32) prévoyant désormais que le fonds prend en charge la partie de l'indemnisation excédant le plafond de garantie, ou l'intégralité de l'indemnisation si la garantie est expirée, pour les dommages consécutifs à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins engageant la responsabilité civile d'un professionnel de santé exerçant à titre libéral (33). Dans le même temps, le montant minimal des plafonds de garantie a été porté (34) à 8 millions d'euros par sinistre et 15 millions par année d'assu-

(23) Ainsi par exemple en assurance automobile : C. assur., R. 211-16 ; en assurance construction : C. assur., art. A. 243-1, annexe 1, *Franchise*.

(24) Indirectement, la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 portant création du fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins pour les professionnels de santé exerçant à titre libéral y fait allusion en prévoyant qu'en cas d'expiration de la garantie, ces derniers doivent « au fonds remboursement d'une somme égale au montant de la franchise qui était éventuellement prévue par ledit contrat d'assurance ». Mais le procédé est maladroit car il laisse à penser que la franchise est inopposable de droit aux victimes.

(25) Sur l'ensemble de la réflexion, v. également R. Pellet, Pour une nouvelle réforme de la responsabilité civile professionnelle des médecins libéraux et de l'expertise médicale, *Dalloz* 2008, coll. Thèmes et commentaires, p. 3.

(26) Sous la pression, les obstétriciens obtinrent en 2010 (Loi de financement de la sécurité sociale pour 2010, art. 44) une disposition spécifique (CSP, art. L. 1142-21-1) à la rédaction maladroite : V. pour une analyse critique de ce texte, R. Pellet, L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics, *RDSS* 2010, p. 94. Le texte prévoyait la substitution de l'ONIAM en cas de découvert de garantie mais l'office continuait de disposer d'une action récursoire contre le praticien sauf si la garantie était expirée ou si le juge avait constaté « l'incompatibilité du règlement de la créance (...) avec la solvabilité du professionnel ».

(27) Professionnels libéraux concernés : médecins conventionnés avec l'assurance maladie exerçant dans des spécialités limitativement déterminées : chirurgie, anesthésie-réanimation, obstétrique.

(28) L. n° 2011-1977 du 28 déc. 2011.

(29) Art. 56 de la loi « Fourcade » prévoyant la création d'un « fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par des professionnels de santé ». L'article a été censuré par le Conseil constitutionnel au motif qu'il constituait un cavalier législatif (DC n° 2011-640). Le système prévu a été amélioré car il n'envisageait pas expressément l'hypothèse de l'expiration de la garantie.

(30) Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012. V. F. Arhab-Girardin, La création d'un Fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins, *RDSS* 2012, p. 889.

(31) G. Johanet, Rapport sur l'assurance responsabilité civile des professionnels de santé, Rapport Sénat, mission santé, n° 107, (2011-2012), site du ministère de la santé.

(32) Dont l'adoption abroge l'article L. 1142-21-1 du Code de la santé publique.

(33) Loi n° 2011-1977 du 28 déc. 2011, art. 146 : le dispositif est applicable à tous les accidents médicaux consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins faisant l'objet d'une réclamation, au sens de l'article L. 251-2 du Code des assurances, soit déposée à compter du 1^{er} janvier 2012 en cas d'expiration du délai de validité de la couverture du contrat d'assurance mentionné au même article L. 251-2, soit mettant en jeu un contrat d'assurance conclu, renouvelé ou modifié à compter du 1^{er} janvier 2012.

(34) D. n° 2011-2030 du 29 déc. 2011.

(20) Y. Lambert-Faivre, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *D.* 2002, p. 136.

(21) R. Pellet, L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics, *RDSS* 2010, p. 94.

(22) CSP, art. L. 1142-2 du Code de la santé publique : « les contrats souscrits en application du premier alinéa peuvent prévoir des plafonds de garantie. Les conditions dans lesquelles le montant de la garantie peut être plafonné pour les professionnels de santé exerçant à titre libéral, notamment le montant minimal de ce plafond, sont fixées par décret en Conseil d'Etat ». Pour rappel, une des intentions déclarées du législateur était de permettre aux assureurs de « rétablir un équilibre financier entre les primes perçues une année et les indemnités qu'elles sont censées couvrir dans des conditions qui, auparavant, ne pouvaient pas être connues, donc évaluées et tarifées. » in Rapport J.-P. Door, Ass. nat., n° 464, 11 déc. 2002, p. 34.

rance (35), l'idée étant que l'intervention du fonds doit être limitée aux dommages d'un montant exceptionnel ou si la garantie est épuisée.

Sont donc concernés tous les professionnels de santé, médicaux ou paramédicaux, qui exercent leur activité à titre libéral. Le fonds est mutualisé entre l'ensemble de ces professionnels, tenus à une contribution obligatoire perçue sur les contrats d'assurance responsabilité civile professionnelle (36). En revanche, restent exclus du dispositif, les dommages qui engageraient la responsabilité civile des établissements de santé du fait de leurs praticiens salariés.

Tous les actes médicaux sont également couverts (37) et ce, quelle que soit la procédure applicable, amiable ou judiciaire (38).

Parallèlement, l'article L. 1142-15 du Code de la santé publique a été modifié et les maladroites rédactionnelles effacées. Ainsi, outre la substitution de l'ONIAM en cas d'épuisement de la garantie, les hypothèses d'expiration de la garantie (à l'issue des dix années après la cessation d'activité ou du décès de l'assuré ou encore l'expiration de la garantie subséquente de 5 ans) apparaissent clairement, ce qui n'était pas le cas auparavant (39).

Enfin, mesure très attendue : le recours récursoire de l'ONIAM contre le professionnel exerçant à titre libéral, très décrié, disparaît dans toutes les hypothèses et est désormais dirigé contre le fonds de garantie. En revanche, naturellement, dans les autres hypothèses (responsabilité de l'établissement ou du producteur du produit de santé), le recours est maintenu.

(35) CSP, art. R. 1142-4. Ce rehaussement ne sera pas sans incidence. Certes, la plupart des assureurs avaient déjà contractuellement porté leur plafond par sinistre à 6 millions mais le nouveau minimum légal imposé risque d'entraîner des augmentations des primes d'assurance plus ou moins importantes selon les plafonds antérieurement pratiqués par les assureurs. A noter que les spécialités les plus exposées bénéficient d'un financement pour une partie de leurs primes. Sur ce dernier point v. la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 : Art. D. 185-1 CSS. Cette aide a été augmentée par Décret n° 2011-2030 du 29 déc. 2011.

(36) La contribution est modulée en fonction de la profession exercée.

(37) A cette occasion, la difficulté de définition de ces actes peut ressurgir. Pour rappel, selon une conception stricte ou large, les actes non thérapeutiques tels que la chirurgie esthétique de confort, les actes à finalité culturelle, ou à la mise en place d'anneaux gastriques dans le traitement de l'obésité, entreront ou non dans la définition légale. Bien que la CNAMED (recommandation 2 août 2005, www.Cnamed.sante.gouv.fr) et le Conseil d'Etat (CE 3 nov. 1997, *D.* 1998, p. 146, note P. Chrestia) se soient prononcés en faveur de l'inclusion de ces actes dans le dispositif, certaines juridictions du fond continuent de les exclure : TA Amiens, 6 déc. 2007, *D.* 2009, p. 1302, obs. J. Penneau ; CAA Lyon 19 avr. 2012, n° 11LY00850. Sur l'ensemble de la question, v. S. Gibert, Les frontières de l'indemnisation du risque sanitaire par la solidarité nationale, *RDSS* 2010, p. 29. L'article L. 426 I du Code des assurances fait référence à ceux visés à l'article L. 1142-1 I du Code de la santé publique.

(38) Le nouvel article L. 1142-21 III du Code de la santé publique indique que le fond est appelé en la cause, s'il ne l'avait pas été initialement, et devient défendeur en la procédure. Bien sûr, il prend en charge la totalité de l'indemnisation due à la victime. En revanche, la franchise reste à la charge praticien qui doit en rembourser le montant au fonds. V.

II. RELATIONS ONIAM/ASSUREURS

1°) Refus de substitution de l'ONIAM à l'assureur (CSP, art. L. 1142-15)

Lorsque l'avis de la CCI (40) conclut à la responsabilité de l'hôpital, à une faute du professionnel de santé ou à la responsabilité du producteur pour défectuosité du produit de santé (41), l'assureur est tenu d'adresser à la victime une offre, dans le délai de 4 mois suivant la réception de l'avis, à titre définitif ou provisionnel selon l'état de consolidation de la victime (42), même s'il estime que la responsabilité de son assuré n'est pas engagée (43). Ce n'est que dans un second temps qu'il peut contester l'avis de la CCI par l'exercice d'un recours juridictionnel contre le tiers estimé responsable ou l'ONIAM si les dispositions de l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique trouvent à s'appliquer.

(39) L'article L. 1142-14 du Code de la santé publique prévoit désormais que l'assureur doit également informer le fonds, en plus de l'ONIAM de l'épuisement de la garantie tandis que l'article L. 1142-15, alinéa 6, du même code prévoit que la transaction conclue entre l'ONIAM et la victime doit être portée à la connaissance du fonds et qu'elle lui est opposable sauf le droit pour lui de « contester devant le juge le principe de la responsabilité ou le montant des sommes réclamées ». De même, les transactions par les assureurs auxquelles le fonds n'est pas partie ne lui sont pas opposables. Par conséquent, si l'assureur a transigé seul avec la victime pour un montant dépassant le plafond de garantie, le fond n'est pas tenu de prendre en charge le dépassement. Pour une gestion efficace des indemnisations, l'article L. 426-1 du Code des assurances prévoit expressément la possibilité pour le fonds de conclure des conventions avec les entreprises d'assurance et l'ONIAM.

(40) Décret n° 2012-298 du 2 mars 2012, *JO* 3 mars 2012, v. *Resp. civ. et assur.* 2012, alerte 7, obs. B. Rajot : la référence régionale ou interrégionale des commissions a été supprimée afin de permettre la création de commissions supplémentaires dans une même région, ceci pour tenir compte du nombre de demandes d'indemnisation formulées auprès de la commission régionale existante, du nombre d'habitants de la région ainsi que du nombre de professionnels, établissements, services et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1 du CSP. Il y a donc une possibilité de créer de nouvelles commissions si les besoins s'en font servir. Le ressort de la commission comprend alors un ou plusieurs départements.

(41) La procédure devant l'ONIAM en cas d'aléa thérapeutique ou d'infections nosocomiales est hors de notre propos.

(42) CSP, art. L. 1142-14.

(43) Cette obligation de présenter une offre sous peine de sanction a fait l'objet d'une contestation de la part des assureurs qui ont déposé une question prioritaire de constitutionnalité : ils estimaient être privés du droit à un recours juridictionnel effectif dès lors qu'ils étaient obligés de présenter une offre sous peine de sanctions sans pouvoir contester l'avis des CCI et qu'ils se trouvaient liés ensuite par l'offre acceptée par la victime valant transaction (CSP, art. L. 1142-14, al. 6 : « l'acceptation de l'offre de l'assureur vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil »). Les arguments développés par les assureurs ne sont pas nouveaux et avaient déjà été utilisés par les assureurs pour remettre en cause la procédure d'offre en matière d'accident de la circulation. Cette procédure était notamment considérée comme contraire à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit d'accès au juge. Les arguments avaient été rejetés par la Cour de cassation : Cass. 2^e civ., 9 oct. 2003, n° 02-15412, *D.* 2004, p. 371 ; *RGDA* 2004, p. 91, note J. Landel. Ici, la Cour de cassation a également refusé de transmettre la QPC : Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2011, n° 10-24547, *D.* 2011, p. 1135. V. sur question, H. Slim, Les procédures d'indemnisation amiable et la garantie d'accès au juge, in *Mélanges Groutel*, LexisNexis 2006, p. 437.

Si l'assureur s'y soustrait (44), soit par son refus exprès de faire une offre, soit par son silence, l'article L. 1142-15, alinéas 1 et 5, du Code de la santé publique envisage expressément la substitution de l'ONIAM. La jurisprudence a également, de façon opportune, précisé qu'une offre dérisoire présentée par un assureur doit être assimilée à une absence d'offre, permettant ainsi la substitution de l'ONIAM à l'assureur qui exercera ensuite un recours subrogatoire contre ce dernier (45).

La solution est heureuse car sinon la victime n'aurait d'autre choix que de refuser l'offre manifestement dérisoire, ce qui la priverait de la procédure de règlement amiable, la loi n'envisageant pas de substitution dans cette hypothèse (46).

Les autres hypothèses de remplacement de l'assureur par l'ONIAM ne sont pas, comme déjà vu, des hypothèses de défaillance de l'assureur mais de non couverture, la garantie étant expirée ou épuisée (47).

Cette substitution légalement prévue a néanmoins ses limites. Tout d'abord, elle ne semble possible que dans le cadre d'une procédure portée devant une CCI (48). Par conséquent, lorsque la responsabilité du professionnel de santé est reconnue, non par l'ONIAM mais par une juridiction, l'office ne prend pas en charge l'indemnisation qui reste supportée par le professionnel de santé, sauf s'il exerce à titre libéral, le fonds nouvellement créée en 2012 prenant alors le relais (49).

Mais surtout, l'ONIAM n'hésite plus à refuser de se substituer à l'assureur comme en atteste son rapport d'activité pour 2012, montrant que plus de la moitié des cas de refus d'indemnisation de l'ONIAM sont précisément constitués par des refus de substitution (50). La victime n'a alors d'autres moyens que d'exercer une action juridictionnelle.

(44) Afin de l'en dissuader, il encourt une sanction financière, la loi prévoyant qu'à l'occasion du recours subrogatoire exercé par l'ONIAM contre lui, le juge peut condamner l'assureur à pénalité au plus égale à 15% de l'indemnité allouée à la victime, si la responsabilité de l'assuré est établie. Mais lorsque l'enjeu économique est élevé, les assureurs peuvent préférer s'en remettre à l'appréciation du juge, qui s'il estime justifier, n'hésite plus à les condamner au versement de cette amende civile : V. Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2011, n° 10-21212, *D.* 2011, p. 2599. La sanction n'est donc pas automatique, le juge pouvant estimer que le refus de l'assureur repose sur de sérieux arguments. Il pourrait être opportun alors d'imposer un refus motivé comme c'est le cas par exemple dans la procédure d'offre en matière d'accident de la circulation (C. assur., art. L. 211-9).

(45) Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 2011, n° 10-19766, *www.actuassurance.com* 2011, n° 22, note A. Astegiano-La Rizza ; *D.* 2011, p. 1968.

(46) La difficulté demeure cependant de tracer la frontière entre l'offre manifestement dérisoire et l'offre manifestement insuffisante. Certains auteurs estiment que l'intervention du législateur serait nécessaire : v. F. Arhab-Girardin, L'effectivité de la procédure de règlement amiable des accidents médicaux, *RDSS* 2011, p.1093.

(47) V. *supra*, I) 2°.

(48) En ce sens, TA Strasbourg, 3 févr. 2009, ordonnance n° 0804340. En ce sens également, la place de l'article L. 1142-15 dans le Code de la santé publique et les travaux préparatoires de la loi. V. aussi, S. Gibert, Les frontières de l'indemnisation du risque sanitaire par la solidarité nationale, *précit.*

(49) V. *supra*, I) 2°.

L'Office invoque des raisons financières et de bonne gestion de l'argent public. En effet, il estime que certains avis rendus par les CCI ne répondent pas aux critères légaux de l'indemnisation, étant manifestement infondés (critères de l'accident médical non réunis), ou bien que la saisine des CCI est irrégulière (contestation du seuil de gravité). Or, les sommes allouées par l'ONIAM à la victime lui restent définitivement acquises même si cette dernière n'avait, finalement, aucun droit à indemnisation de sa part.

Ces refus sont possibles car l'office estime ne pas être lié par les avis des CCI, ce qu'a confirmé la jurisprudence (51). Et, à la différence des assureurs, aucune pénalité n'est prévue à son encontre en cas de silence, refus ou offre insuffisante.

Si la position de l'ONIAM peut se justifier lorsqu'elle est saisie à titre principal, elle est, *a priori*, plus contestable lorsqu'elle dispose d'un recours subrogatoire contre l'assureur. Mais, faut-il encore que celui-ci soit réel. Or, plusieurs recours subrogatoires ont été jugés irrecevables en raison d'une remise en cause des avis des CCI ayant reconnu à tort la responsabilité de l'assuré (52). De même, l'office est fondé à refuser de verser l'indemnité au lieu et place de l'assureur de l'établissement lorsque son recours subrogatoire est privé d'efficacité par la faute de la victime (53).

2°) Portée de la substitution de l'ONIAM à l'assureur du responsable dans l'indemnisation des victimes d'une contamination post-transfusionnelle par le virus de l'hépatite C

Depuis la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008, créant l'article L. 1121-4 du Code de la santé publique, l'ONIAM est chargé d'indemniser les victimes de contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite C et se trouve donc substitué à l'EFS à compter du 1^{er} juin 2010. En principe, la substitution de l'ONIAM à l'EFS ne doit pas faire obstacle à la prise en charge des indemnités par l'assureur de ce dernier car la substitution de l'ONIAM n'efface pas la responsabilité de l'EFS. En d'autres termes, l'ONIAM

(50) Rapport ONIAM 2012, p. 17 : sur 132 demandes de substitutions, 40 avis de CCI n'ont pas été suivis. Rapport ONIAM 2011, p. 14 : sur 148 demandes de substitutions, 33 avis de CCI n'ont pas été suivis.

(51) CE, avis 10 oct. 2007, n° 306590, Sachot, *AJDA* 2007, p. 1963 ; Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 09-66947. Pour une appréciation critiq., v. G. Mémeteau, Le tango des CRCI : deux pas ici, un pas par-là ! : un guichet ou une commission ; une juridiction !, *Médecine et Droit* 2006, p. 17. Jurisprudence constante : Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2012, n° 11-12775.

(52) Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2011, n° 09-17135, *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. 188.

(53) CE 17 sept. 2012, n° 360280, *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 352, obs. H. Groutel : la victime avait laissé expirer le délai de recours de deux mois pour contester la décision de rejet de sa demande indemnitaire préalable par l'établissement public de santé, responsable du dommage. Le subrogé n'ayant pas plus de droits que le subrogeant, le caractère définitif de la décision rejetant la demande d'indemnité de la victime peut alors être utilement opposé par l'établissement pour refuser de verser l'indemnité à la victime.

devient l'organisme centralisateur payeur mais ne devient nullement responsable.

L'EFS bénéficie donc d'une immunité procédurale, à l'instar du médecin salarié (54), mais n'en reste pas moins responsable et son assureur tenu à garantir les indemnités mises à la charge de l'ONIAM. En ce sens, le Conseil d'Etat a d'ailleurs affirmé clairement le maintien de la responsabilité de l'EFS et la possibilité pour l'ONIAM d'exercer un recours subrogatoire contre l'assureur de l'EFS, en cas de faute et sous réserve bien sûr, d'une garantie effective (55).

Selon les dispositions transitoires de la loi (56), cette substitution vaut également pour les contentieux en cours, pour lesquels aucune décision irrévocable n'est intervenue. L'EFS est alors mis hors de cause et aucune condamnation ne peut être prononcée contre lui. Mais dans cette hypothèse particulière, la portée de cette substitution a suscité quelques interrogations (57).

Amenée à se prononcer, la Cour de cassation a estimé que la responsabilité de l'EFS ne pouvant plus être recherchée, l'action directe exercée contre l'assureur de responsabilité de l'EFS était nécessairement irrecevable tant pour la victime que pour l'ONIAM. Ce faisant, elle a refusé toute condamnation solidaire entre l'assureur et l'office (58). La justification choisie s'appuie sur le mécanisme même de l'action directe dévolue à la victime contre l'assureur du responsable de son dommage. En tant que débiteur de son débiteur, une action contre ce dernier suppose que son assuré soit effectivement tenu à garantie ce qui n'est pas le cas lorsque sa responsabilité n'est pas engagée. Mais ce fondement est critiquable car la substitution de

l'ONIAM n'efface pas la responsabilité de l'EFS qui n'a, d'ailleurs, pas besoin d'être établie judiciairement pour être reconnue (59) et ce même s'il bénéficie d'une totale immunité procédurale. Néanmoins, pour la Cour de cassation, la substitution de l'ONIAM à l'EFS dans les instances en cours provoque des conséquences radicales. Ainsi, elle refuse également à l'EFS la possibilité de mettre en œuvre son contrat et donc de considérer « ouverte » la garantie de son assureur faute de condamnation (60), solution qu'elle a confirmée (61).

Surtout, elle refusait tout recours subrogatoire de l'ONIAM en se fondant sur les dispositions transitoires selon lesquelles « l'ONIAM vient en lieu et place du débiteur, sans pouvoir opposer à quiconque le fait qu'il n'est pas l'auteur de la contamination (62) ». Cette dernière solution aura eu, cependant, une durée de vie plus que limitée, la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 (63) ouvrant légalement le recours de l'ONIAM sans qu'il ne soit plus besoin de passer par l'action subrogatoire de l'article L. 3122-4 du Code de la santé publique. Ainsi, désormais, et pour toute action juridictionnelle engagée à compter du 1^{er} juin 2010, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée (64), « lorsque l'office a indemnisé une victime, il peut directement demander à être garanti des sommes qu'il a versées par les assureurs des structures reprises par l'Établissement français du sang (...), que le dommage subi par la victime soit ou non imputable à une faute (65) ». ■

(54) Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2007, n°06-12624 et n° 06-13790, *D.* 2007, p. 2908, note S. Porchy-Simon, *Resp. civ. et assur. comm.* 334, obs. H. Groutel, *RGDA* 2008, p. 83, note J. Kullmann.

(55) Application combinée des dispositions des articles L. 1221-14, alinéa 7, (dans sa rédaction issue des lois n° 2008-1330 du 17 déc. 2008 et n° 2010-1564 du 20 déc. 2010) et L. 3122-4 du Code de la santé publique CE, avis, 18 mai 2011, *EFS*, req. n° 343823 : *JCP* 2011. 1028, note Muscat ; *JCP A* 2011, n° 2274, note H. Arbousset.

(56) Art. 67 IV de la loi du 17 déc. 2008 *précit.*

(57) Avis CE 18 mai 2011, *précit.* : de manière exceptionnelle pour les procédures en cours à la date à laquelle la loi du 17 décembre 2008 est entrée en vigueur, les tiers payeurs ont la possibilité de se retourner contre l'ONIAM car il se substitue à l'EFS vis-à-vis de l'ensemble des parties au litige (les tiers payeurs comme les victimes). Ainsi, dans la mesure où, à compter du 1^{er} juin 2010, l'ONIAM est substitué à l'EFS, celui-ci doit être déclaré hors de cause des instances en cours dès cette date. Les tiers payeurs doivent en conséquence exercer leur recours subrogatoire contre l'ONIAM. En revanche, pour les contentieux engagés après l'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 2008, les tiers payeurs pourront exercer leur recours subrogatoire contre l'EFS qui est juridiquement responsable du dommage, et son assureur, recours devant s'effectuer dans les mêmes conditions que celui de l'ONIAM. La mise en cause de l'EFS interviendra alors dans le cadre d'une procédure spécifique. V. pour le principe : CE avis 22 janv. 2010, n° 332716, *JCP A* 2010, act. 128, *AJDA* 2010, p. 237, obs. S. Brondel : l'ONIAM intervenant au titre de la solidarité nationale, aucun recours subrogatoire formulé par les caisses de sécurité sociale et les assureurs contre l'ONIAM n'est possible.

(58) Cass. 1^{re} civ., 31 oct. 2012, n° 11-21588, *www.actuassurance.com* 2012, n° 28, act. jurispr., note M. Robineau, *LEDA* 2012, comm. 166, obs. P. Gréau.

(59) L'établissement de la responsabilité, condition de l'action directe, peut se faire par tout moyen sans même d'ailleurs que le responsable assuré soit mise en cause : Cass. 1^{re} civ., 29 févr. et 7 nov. 2000, n° 97-11811 et 97-22582, *Resp. civ. et assur.* 2001, chron. n° 29.

(60) Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 11-24022 et n° 12-11819, *www.actuassurance.com* 2013, n° 29, act. jurispr., note A. Bascoulergue ; *D.* 2012, p. 2888, note I. Gallmeister.

(61) Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 11-24643.

(62) Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, *précit.*

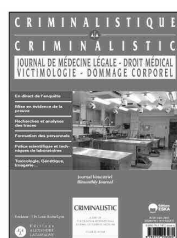
(63) Loi n° 2012-1404, art. 72 V, *JO* 18 déc. 2012.

(64) Loi n° 2012-1404, art. 72 III.

(65) CSP, art. L. 1121-14, al. 7.

BULLETIN D'ABONNEMENT 2014 / SUBSCRIPTION FORM 2014

LES 6 SÉRIES DU JOURNAL DE MÉDECINE LÉGALE SERIES 6 THE INTERNATIONAL JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE



À partir de 2014 Six séries

Série A : Journal des Instituts de Médecine légale
Série B : Conflits, Catastrophes, Situations humanitaires
Série C : Criminalistique
Série D : Dommage Corporel
Série E : Droit, Santé et Société
Série F : Médecine Légale du Vivant

Starting 2014 Six series

Sery A: Forensic Medicine Institutes Journal
Sery B: Conflicts, Disasters, Humanitarian Situations
Sery C: Criminalistic
Sery C: Physical Injury
Sery E: Health, Law and Society
Sery F: Clinical Forensic Medicine

☐ **JE DÉSIRE M'ABONNER AUX 6 SÉRIES DU JOURNAL DE MÉDECINE LÉGALE**
I WANT TO SUBSCRIBE TO THE 6 SERIES INTERNATIONAL JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE

	Version papier Print version	Version numérique Online version	Version papier + numérique Print + Online version
FRANCE			
Particulier / Personal	<input type="checkbox"/> 274 €	<input type="checkbox"/> 274 €	<input type="checkbox"/> 412 €
Institution / Institutional	<input type="checkbox"/> 340 €	<input type="checkbox"/> 340 €	<input type="checkbox"/> 513 €
ÉTRANGER - CEE			
OUTSIDE EUROPE - EUROPE			
Particulier / Personal	<input type="checkbox"/> 329 €	<input type="checkbox"/> 329 €	<input type="checkbox"/> 492 €
Institution / Institutional	<input type="checkbox"/> 398 €	<input type="checkbox"/> 398 €	<input type="checkbox"/> 596 €
ÉTUDIANT / STUDENT	<input type="checkbox"/> 169 €	<input type="checkbox"/> 169 €	<input type="checkbox"/> 254 €

Nom / Name Prénom / First name

Adresse / Address

Code postal / Zip Code Ville / Town Pays / Country

Email Tel

Je joins mon règlement à l'ordre des EDITIONS ESKA SOIT UN MONTANT TOTAL DE € par :

I enclose my payment in order ESKA EDITIONS FOR A TOTAL AMOUNT € by:

☐ Chèque à l'ordre des/Check payable to Editions ESKA

☐ Virement bancaire aux/Bank transfert to Editions ESKA - BNP Paris Champs Elysées 30004 / 00804 / compte: 00010139858 / 36

☐ Carte de crédit/Credit card ☐ Visa ☐ Mastercard Date d'expiration/Expiration date :

n°

Date

Signature

(Une facture vous sera retournée comme justificatif de votre paiement).

(An invoice will be sent to you to acknowledge payment).

Bulletin à retourner avec votre paiement à / Return your order and payment to :
Éditions ESKA, bureaux et ventes, 12, rue du Quatre-Septembre, 75002 PARIS FRANCE



<http://www.eska.fr>