

Les modalités de réparation des dommages

La réparation peut être sollicitée par la victime, ses représentants légaux ou ses ayant droits en cas de décès ; le droit à réparation des différents préjudices éprouvés par cette dernière étant né dans son patrimoine même si aucune action n'a été engagée est transmis au décès aux héritiers. Il s'étend au *pretium doloris* (2^e Civ., 10 décembre 1986, Bull. 1986, II, n° 188, p. 128, pourvoi n° 85-13.649) ou encore à la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d'une perte de chance de survie (1^{re} Civ., 13 mars 2007, Bull. 2007, I, n° 118, p. 102, pourvoi n° 05-19.020 ; Ch. Mixte, 30 avril 1976, Bull. 1976, ch. Mixte, n° 2). Le Conseil d'Etat a considéré aussi que le droit à réparation d'un dommage, quelle que soit sa nature, s'ouvrait à la date à laquelle se produisait le fait qui en était directement la cause et que si la victime du dommage décédait avant d'avoir elle-même introduit une action en réparation, son droit, entré dans son patrimoine avant son décès, était transmis à ses héritiers (CE, section, 29 mars 2000, n° 195662, publié au *Recueil Lebon*).

La réparation doit être, en principe, *intégrale* et n'engendrer pour la victime ni perte ni profit ; ce principe ayant plusieurs conséquences :

- une réparation forfaitaire n'est pas *a priori* envisageable ; l'ensemble du préjudice effectivement subi par la victime devant être pris en considération. La Cour de cassation a précisé dans le cas de victimes en état végétatif qu'un tel état n'excluant aucun chef d'indemnisation, leur préjudice devait être réparé dans tous ses éléments (2^e Civ., 28 juin 1995, Bull. 1995, II, n° 224, p. 129, pourvoi n° 93-18.465 ; Crim., 5 janvier 1994, Bull. crim., 1994, n° 5, p. 8, pourvoi n° 93-83.050) ;

- la réparation ne peut excéder le montant du préjudice subi. La Cour de cassation en a déduit que violait l'article 1147 du code civil, une cour d'appel qui avait retenu qu'une victime avait perdu une chance d'éviter le dommage, à la suite de la méconnaissance par le praticien de son obligation d'information, alors qu'elle venait d'en réparer intégralement les conséquences (1^{re} Civ., 22 novembre 2007, Bull. 2007, I, pourvoi n° 06-14.174) ;

- à l'inverse, en cas d'*aggravation* de son état de santé postérieurement à la fixation définitive de son préjudice, la victime doit pouvoir agir à l'encontre du responsable ou solliciter un complément de l'indemnisation prise en charge par la solidarité nationale. Dans ce cas ni l'évaluation du préjudice originaire, ni les condamnations prononcées au profit tant de la victime que du tiers payeur ne peuvent être remises en question et ce dernier ne peut demander remboursement de ses prestations que si elles contribuent à l'indemnisation de l'aggravation du préjudice (2^e Civ., 3 février 2000, Bull. 2000, II, n° 25, p. 17, pourvoi n° 98-13.324 ; 2^e Civ., 12 octobre 2000, Bull. 2000, II, n° 241). Il appartient à la victime établir qu'elle a subi une aggravation de son état de santé en lien avec l'acte litigieux. De même, la victime peut demander réparation d'un préjudice sur lequel il n'a pas été statué ou qui n'a pas fait l'objet d'une transaction ;

- Ce principe conduit aussi à retenir comme *date d'évaluation* de la réparation la date la plus proche de la réparation effective, soit celle de la décision rendue même si le droit pour la victime d'obtenir réparation du préjudice subi existe dès que le dommage a été causé (*ex.* : 2^e Civ., 11 octobre 2001, Bull. 2001, II, n° 154, p. 105, pourvoi n° 99-16.760). Dès lors, en cas de décès de la victime avant la liquidation définitive de son préjudice, les héritiers sont seulement fondés à réclamer l'indemnisation du préjudice subi par la victime pour la période écoulée jusqu'à son décès (2^e Civ., 24 juin 1998, Bull. 1998, II, n° 226, p. 134, pourvoi n° 96-18.534 ; Crim., 3 novembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 267, p. 1002, pourvoi n° 04-80.665). Cependant, l'indemnité compensant les salaires perdus pendant la période d'incapacité de travail est, en principe, seulement égale au montant des salaires nets qu'auraient perçus la victime, quelle que soit la date de la décision. La

deuxième chambre civile a ainsi retenu qu'encourait une cassation un arrêt qui évaluait le préjudice en appliquant au salaire réel des coefficients d'évolution du pouvoir d'achat du franc (2^e Civ., 8 juillet 1992, Bull. 1992, II, n° 202, p. 100, pourvoi n° 91-12.702) ; la chambre commerciale ayant néanmoins considéré qu'une cour d'appel ne faisait qu'assurer la réparation intégrale d'un préjudice constitué par une perte de bénéfices en l'estimant au jour où il s'était produit et en l'actualisant au jour de sa décision en fonction de l'évolution d'un indice (Com., 2 novembre 1993, Bull. 1993, IV, n° 380, p. 276, pourvoi n° 91-14.673). Lorsque l'évaluation de la réparation est impossible, notamment dans le cas d'un dommage évolutif, il est possible d'accorder seulement une provision à la victime et de surseoir à statuer sur l'évaluation définitive ; le préjudice devant être certain et déterminé dans son étendue pour être réparé ;

La réparation peut être *individuelle* dès lors qu'elle incombe au professionnel, établissement, service ou organisme de santé ou au producteur d'un produit de santé. Elle peut être *collective* dans les cas où elle est à la charge de la solidarité nationale ; l'indemnisation étant alors assurée par l'ONIAM. La réparation peut être, dans un premier temps, assumée par la solidarité nationale puis mise à la charge du professionnel, de l'établissement, service ou organisme de santé ou encore du producteur d'un produit de santé à l'issue d'une action récursoire de l'ONIAM à l'encontre du responsable.

La victime dispose le plus souvent de plusieurs *options* pour obtenir réparation de son préjudice, qu'il s'agisse d'une réparation individuelle ou collective. La nature de la réparation à envisager est d'ailleurs souvent discutée et déterminée à l'issue de la procédure juridictionnelle engagée ou de la saisine par la victime, depuis la loi du 4 mars 2002, de la CRCI dont la composition et le fonctionnement sont fixés par les articles L. 1142-6 et R. 1142-5 et suivants du code de la santé publique.

Elle peut, en principe, concomitamment ou successivement, solliciter l'indemnisation de ses préjudices par l'une ou l'autre de ces voies, l'article L. 1142-7 du code de la santé publique lui imposant seulement d'informer la CRCI des procédures juridictionnelles relatives aux mêmes faits éventuellement en cours, et inversement si une action en justice est intentée d'informer la juge de la saisine de la commission. Si la victime a saisi parallèlement la CRCI, la juridiction a la possibilité de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de celle-ci mais aucune disposition ne le lui impose.

2.2.2.1. La mise en œuvre de la réparation individuelle

Elle suppose que la responsabilité du professionnel, de l'établissement, service ou organismes de santé ou encore du producteur de produits de santé est établie, peu important le fondement retenu.

La loi du 4 mars 2002 a harmonisé les délais de *prescription* existant et prévu que les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage ; ces dispositions sont immédiatement applicables, en tant qu'elles sont favorables à la victime ou à ses ayants droits, aux actions en responsabilité, y compris aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable. L'action en indemnisation de dommages résultant d'une recherche biomédicale, prévue par l'article L. 1126-7 du code de la santé publique, est soumise en application de l'article 2270-1 du code civil, à une prescription de 10 ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation. L'action en réparation à l'égard du producteur d'un produit défectueux fondée sur la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux est soumise à une prescription de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur et doit être intentée dans les 10 ans qui suivent la mise en circulation du produit qui a causé le dommage. L'action civile exercée

par la victime devant les juridictions répressives est par contre soumise au même délai de prescription que l'action publique : un an pour les contraventions, trois ans en matière de délit et dix ans pour les crimes. A l'égard du mineur non émancipé, la prescription ne commence à courir qu'à compter de sa majorité. Enfin, la saisine d'une CRCI suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure.

Depuis la loi du 4 mars 2002, les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements, services et organismes de santé ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé sont tenus, en application de l'article L. 1142-2 du code de la santé publique de souscrire une assurance destinée à les garantir quant à leur responsabilité civile ou administrative. Les promoteurs de recherches biomédicales sont soumis à des dispositions spécifiques prévues par l'article L. 1121-10 du code de la santé publique. Ne peuvent être dispensés de cette obligation que les établissements publics de santé disposant de ressources financières leur permettant de faire face à une indemnisation. Les assurances des établissements, services et organismes de santé couvrent leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical (V. *supra* 2.1.1.3.).

Les contrats d'assurance peuvent cependant prévoir des *plafonds de garantie* ; l'existence de tels plafonds ayant été préalablement admise par la Cour de cassation (*not.* **1^{re} Civ., 3 juillet 2001, Bull. 2001, I, n° 194, p. 123, pourvoi n° 99-18.015**). Cependant désormais, dans le cas où le plafond est atteint, l'assureur doit en aviser la victime ainsi que l'ONIAM qui peut alors se substituer à lui pour indemniser cette dernière.

Depuis la loi du 30 décembre 2002 applicable aux contrats d'assurance conclus ou renouvelés à compter du 31 décembre 2002, l'assureur est tenu de garantir les sinistres pour lesquels la première *réclamation* est formée pendant la période de validité du contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre, dès lors que le fait dommageable est survenu dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation. Le législateur a donc ainsi consacré le recours aux clauses de réclamation tout en instaurant des clauses de garantie subséquente. L'assureur est ainsi tenu de garantir aussi les sinistres dont la première réclamation est formulée pendant un délai minimum de cinq ans à partir de la fin du contrat d'assurance, dès lors que le fait dommageable est survenu pendant la période de validité du contrat et dans le cadre des activités garanties. Ce délai est porté à dix ans pour le dernier contrat souscrit par le professionnel avant sa cessation d'activité ou son décès ; le contrat ne pouvant prévoir pour cette garantie un plafond inférieur à celui de l'année précédant la fin du contrat. Le contrat ne garantit cependant pas les sinistres dont le fait dommageable était connu de l'assuré à la date de la souscription. Lorsqu'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. Le législateur a prévu que les contrats conclus antérieurement au 1^{er} janvier 2003 seraient réputés comporter une garantie de réclamation différée d'une durée minimale de 5 ans. La Cour de cassation a retenu dans le cas de contrats conclus avant cette date, comme le Conseil d'Etat, qu'en l'absence d'une telle autorisation du législateur, le versement des primes, pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration, avait pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvaient leur origine dans un fait qui s'était produit pendant cette période et que toute clause qui tendait à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré était génératrice d'une obligation sans cause, comme telle illicite et réputée non écrite (**1^{re} Civ., 2 juin 2004, Bull. 2004, I, n° 155, p. 129, pourvois n° 01-17.354 et 01-17.823**).

La réparation peut être assurée au moyen d'une transaction directe entre la victime et le responsable du dommage, par l'intermédiaire de la CRCI ou encore par la voie juridictionnelle. Les tiers payeurs bénéficient d'un recours à l'encontre du responsable du dommage.

2.2.2.1.1. La réparation par la voie d'une transaction directe

En l'absence de contestation sur la responsabilité de l'auteur du dommage, ce dernier et son assureur peuvent transiger avec la victime quant au montant de la réparation. La transaction constitue, selon l'article 2044 du code civil, un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître qui doit être rédigé par écrit ; l'article 2052 du code civil précisant que la transaction a l'autorité de la chose jugée entre les parties. Une transaction implique cependant l'existence de concessions réciproques des parties (**1^{re} Civ., 9 juillet 2003, Bull. 2003, I, n° 174, p. 136, pourvoi n° 01-11.963 ; 1^{re} Civ., 3 mai 2000, Bull. 2000, I, n° 130, p. 87, pourvoi n° 98-12.819**). Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère en vertu de l'article 1441, 4, du code de procédure civile force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ; la réparation du dommage étant définitivement fixée à la date à laquelle la transaction est intervenue. Une nouvelle demande d'indemnisation au titre du même fait ne peut être formée postérieurement à la fixation définitive du préjudice de la victime qu'au cas où une aggravation de son état est survenue (**2^e Civ., 9 décembre 1999, Bull. 1999, II, n° 188, p. 129, pourvoi n° 98-10.416**) ou si un préjudice n'a pas été réparé par cette transaction.

2.2.2.1.2. La réparation par l'intermédiaire des CRCI

Les CRCI ont été expressément chargées par le législateur de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, infections nosocomiales et affections iatrogènes ainsi que les autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements, services, organismes ou producteurs de santé, y compris dans les cas où leur responsabilité est engagée. Elles ont chacune une compétence territoriale ; la commission compétente étant celle du lieu où l'acte litigieux a été réalisé.

Elles peuvent en premier lieu, quelle que soit la gravité du préjudice subi, être saisies en vue d'une *conciliation* de litiges ou difficultés nés à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins et siègent alors en formation de conciliation. Elles ont ainsi repris les fonctions des commissions de conciliation installées dans les établissements de santé. La procédure suivie est précisée par le décret n° 2002-886 du 3 mai 2002 et la conciliation peut être déléguée à un de ses membres ou à un médiateur indépendant.

Elles peuvent, en second lieu, être saisies par la victime, son représentant légal ou ses ayants droit, en vue d'un *règlement amiable* du litige lorsque les dommages sont imputables à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée à compter du 5 septembre 2001.

La saisine de la commission implique aussi, sauf lorsqu'il s'agit d'un dommage résultant d'une recherche biomédicale, que le dommage présente un caractère de *gravité*, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles de la victime et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Le décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 a fixé le taux d'incapacité permanente à 24 % et prévoit le recours à un barème d'évaluation des taux d'incapacité des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales. Le caractère de gravité est, cependant, également reconnu lorsque la durée de l'incapacité temporaire de travail résultant de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale est au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois et, à titre exceptionnel, lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale ou lorsque celui-ci occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

La demande de la victime doit être accompagnée d'un certificat médical attestant la consistance

précise des dommages auquel peuvent être jointes d'autres pièces justificatives. La commission peut soumettre ces pièces à un expert afin de déterminer si elle est ou non compétente.

Lorsqu'elle estime que le seuil de gravité requis n'est pas atteint, elle peut, selon l'article R. 1142-15 du code de la santé publique se déclarer incompétente, sans diligenter d'expertise et en informe alors les parties. Il est possible de se demander si une telle décision peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Le Conseil d'Etat, saisi pour avis, a considéré que la déclaration par laquelle une commission s'estimait incompétente pour connaître de la demande ou estimait celle-ci irrecevable, quand bien même elle faisait obstacle à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, ne faisait pas grief et n'était pas susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir dès lors que la victime conservait la faculté de saisir, si elle s'y croyait fondée, le juge compétent d'une action en indemnisation et de faire valoir devant celui-ci tous éléments de nature à établir, selon elle, la consistance, l'étendue, les causes et les modalités de son préjudice, quelles qu'aient été les appréciations portées sur ces questions par la CRCI lorsqu'elle avait été saisie (**CE, 4 et 5^{ème} srr, avis, 10 octobre 2007, n° 306590, publié au Recueil Lebon**).

Dans le cas contraire, la CRCI désigne aux fins d'expertise, un expert ou un collègue d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux établie par la commission nationale des accidents médicaux ; cette désignation revêtant un caractère obligatoire. Les experts peuvent effectuer toute investigation et demander aux tiers et aux parties la communication de tout document sans que puissent leur être opposés le secret médical ou professionnel et doivent s'assurer du caractère contradictoire des opérations d'expertise. Lorsque le barème d'évaluation ne comporte pas de référence de la lésion présentée par la victime, ils informent la CRCI et les parties des références à l'aide desquelles ils procèdent à cette évaluation, la CRCI fixant un taux d'incapacité sur la base de cette évaluation. Le coût des missions d'expertise est pris en charge par l'ONIAM qui peut ensuite en obtenir le remboursement lorsque la responsabilité du professionnel, de l'établissement, du service ou de l'organisme de santé est retenue.

La CRCI est ensuite chargée d'émettre, dans les six mois de sa saisine, un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable et de l'adresser à l'ONIAM ainsi qu'à toutes les personnes intéressées par le litige. Selon l'article R. 1142-16 du code de la santé publique, cet avis précise pour chaque chef de préjudice les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que son appréciation sur les responsabilités encourues. Il précise si, à la date où il est rendu, l'état de la victime est consolidé ou non. La victime, les parties mises en cause et leurs assureurs sont avisés de la date de réunion de la commission. Les parties sont entendues sur leur demande ou à la demande de la commission et pouvant se faire assister ou représenter par une personne de leur choix.

Cet avis ne peut être contesté qu'à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction compétente par la victime ou des actions subrogatoires de l'assureur du responsable ou de l'ONIAM.

Lorsqu'elle estime que le dommage engage la responsabilité du professionnel de santé, de l'établissement, de l'organisme ou du service de santé, du promoteur de recherche ou d'un producteur d'un produit de santé, l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne ou de la structure considérée comme responsable est chargé d'adresser à la victime ou ses ayants droits dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance dont les modalités ont été prévues par l'article L. 1142-14 du code de la santé publique.

Cette offre doit indiquer l'évaluation retenue, le cas échéant à titre provisionnel, pour chaque chef de préjudice ainsi que le montant des indemnités qui reviennent à la victime ou à ses ayants droits,

déduction faite des prestations ouvrant droit à recours énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 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, et, plus généralement, des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice. Les prestations et indemnités ayant fait l'objet d'une déduction du montant de l'offre sont remboursées directement par l'assureur du responsable du dommage aux débiteurs concernés. Lorsque l'offre prévoit le versement d'une rente à la victime, celle-ci est revalorisée par application du coefficient annuel de revalorisation dans les conditions prévues à l'article L. 351-11 du code de la sécurité sociale. L'offre a un caractère provisionnel si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime ; l'offre définitive devant intervenir dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il aura été informé de la consolidation. L'assureur qui fait une offre est tenu de rembourser à l'ONIAM les frais d'expertise supportés par ce dernier.

Lorsque la victime accepte l'offre, cette acceptation vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil et le paiement doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la réception de cette transaction. Le législateur a prévu, à défaut, le paiement d'intérêts au double du taux légal à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour du paiement effectif ou, le cas échéant, du jugement définitif.

L'assureur ayant transigé avec la victime peut toujours, s'il estime que le dommage n'engage pas la responsabilité de son assuré, agir à l'encontre du tiers responsable ou de l'ONIAM si la réparation relevait de la solidarité nationale.

La victime peut aussi refuser l'offre de l'assureur et saisir la juridiction compétente.

En cas de silence ou de refus explicite de l'assureur de faire une offre ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou sa couverture est épuisée, l'ONIAM est substitué à l'assureur et fait une offre à la victime dans les mêmes conditions que ce dernier ; l'acceptation de l'offre par la victime valant également transaction et cette dernière est portée à la connaissance du responsable et le cas échéant de son assureur et leur est opposable. L'ONIAM est subrogé dans les droits de la victime contre la personne responsable ou le cas échéant son assureur, sauf dans le cas où le délai de validité de la couverture d'assurance garantie par les dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 251-2 du code des assurances, relatif au décès ou de la cessation d'activité du professionnel de santé, est expiré. Il peut en outre obtenir le remboursement des frais d'expertise. Lorsque l'ONIAM a indemnisé la victime à la suite d'un silence ou d'un refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré, le juge saisi dans le cadre de la subrogation, condamne le cas échéant l'assureur ou le responsable à verser à l'ONIAM une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue. Le montant des indemnités allouées reste acquis à la victime y compris dans les cas où devant la juridiction compétente, la responsabilité de l'assuré n'est pas retenue.

Lorsque la victime n'a pas informé la commission régionale des prestations reçues ou à recevoir des tiers payeurs autres que les Caisses de sécurité sociale, ces derniers ont un recours contre la victime, à concurrence de l'indemnité perçue de l'assureur ou de l'ONIAM, au titre du même chef de préjudice et dans les limites prévues à l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985. Ils doivent agir un délai de deux ans à compter de la demande de versement des prestations.

Lorsque, selon l'article L. 1142-18 du code de la santé publique, la commission considère qu'un accident n'est que pour partie la conséquence d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins engageant la responsabilité du praticien ou de l'établissement de santé, elle détermine la part de préjudice imputable à la responsabilité et celle relevant d'une indemnisation au titre de l'office. La victime peut saisir à nouveau la commission en cas d'aggravation de son préjudice, que sa demande initiale ait été ou non admise.

2.2.2.1.3. La réparation juridictionnelle

La victime peut se constituer partie civile lorsqu'une infraction a été commise ou, selon la qualité de l'auteur, saisir les juridictions civiles ou administratives. Elle peut le faire, soit d'emblée soit lorsque son recours devant une CRCI a été déclaré irrecevable ou a été rejeté, qu'elle a refusé l'offre de l'assureur ou celle de l'ONIAM ou n'en a pas reçu, ou encore si elle a subi un préjudice qui n'a pas été indemnisé.

Les juridictions pénales saisies d'une constitution de partie civile de la victime à l'origine des poursuites ou par voie d'intervention, peuvent, après avoir déterminé la sanction applicable à l'auteur, ordonner la réparation du préjudice subi. Cependant lorsque l'auteur est un agent public et que la faute commise ne constitue pas une faute personnelle détachable du service public, l'indemnisation de la victime relève de la compétence de la juridiction administrative. La Cour de cassation a retenu, à titre d'exemple, que ne justifiait pas sa décision une cour d'appel qui condamnait des médecins, agents du service public hospitalier, à réparer personnellement les conséquences dommageables de la contravention de blessures involontaires qui leur avait été reprochée, alors que les constatations de l'arrêt ne permettaient pas de considérer que les fautes commises étaient détachables de leurs fonctions (**Crim., 15 février 2000, Bull. crim. 2000, n° 70, p. 195, pourvoi n° 99-81.685**).

Des expertises peuvent être ordonnées par le magistrat instructeur ou par la juridiction saisie ; l'article 10, alinéa 2, du code de procédure pénale précisant que lorsqu'il a été statué sur l'action publique, les mesures d'instruction ordonnées par le juge pénal sur les seuls intérêts civils obéissent aux règles de la procédure civile. Le recours à une telle mesure et l'appréciation de la portée du rapport d'expertise relèvent du pouvoir souverain des juges du fond. La Cour de cassation a retenu que les dispositions combinées des articles 2 et 3 du code de procédure pénale, selon lesquelles le juge répressif ne connaît de l'action civile qu'accessoirement à l'action publique, ne mettaient pas obstacle à ce que la juridiction pénale, qui a statué sur la réparation du préjudice corporel d'une partie civile, connaisse des demandes qu'elle forme à la suite d'une aggravation de son dommage (**Crim., 9 juillet 1996, Bull. crim. 1996, n° 286, p. 880, pourvoi n° 95-81.143**).

Le délit d'homicide involontaire ou de blessures involontaires dont peut être passible l'auteur implique que la faute ait entraîné le décès ou l'incapacité de travail. Le dommage, élément constitutif de l'infraction, ne peut donc consister dans une perte de chance subie par la victime (**Crim., 29 juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 161, p. 441, pourvoi n° 98-83.517**). Cependant lorsque les tribunaux saisis d'une infraction non intentionnelle prononcent une relaxe, ils demeurent compétents, sur le fondement de l'article 470-1 du code de procédure pénale, pour accorder en application des règles du droit civil, la réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite. Ils peuvent, dans ce cas, apprécier s'il existe à la charge du prévenu une éventuelle faute contractuelle en rapport de causalité avec une perte de chance subie par la victime (**Crim., 28 septembre 1999, Bull. crim. 1999, n° 198, p. 624, pourvoi n° 97-82.353**). Mais ils ne peuvent statuer sur la réparation que dans l'hypothèse où la partie civile ou son assureur ont formulé une telle demande avant la clôture des débats (**Crim., 29 juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 161, p. 441, pourvoi n° 98-83.517**).

Les juridictions civiles sont compétentes lorsque la responsabilité du dommage incombe à un professionnel ou un établissement de santé privé, à un professionnel de santé exerçant son activité dans un établissement de santé public, soit à titre privé ou soit parce qu'il a commis une faute personnelle détachable du service public, caractérisée par des manquements volontaires et inexcusables à des obligations d'ordre professionnel et déontologiques. Elles sont seules compétentes pour statuer sur toute action en indemnisation de dommages résultant d'une recherche biomédicale, alors même que la recherche aurait été réalisée dans un établissement public. L'article L. 1126-7 du code de la santé publique donnant cette compétence au Tribunal de grande instance par dérogation à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790.

Une expertise peut être ordonnée préalablement en référé ou par la juridiction du fond afin de déterminer, outre les responsabilités encourues, le préjudice subi par la victime ; l'expert devant alors faire respecter le principe du contradictoire. Le recours à une telle mesure et l'appréciation de la portée du rapport d'expertise relèvent aussi du pouvoir souverain des juges du fond qui sont uniquement tenus, lorsqu'ils écartent l'avis de l'expert commis, d'énoncer les motifs qui ont entraîné leur décision (**1^{re} Civ., 11 mars 2003, Bull. 2003, I, n° 74, p. 55, pourvoi n° 01-01.673**). La juridiction garde la faculté d'ordonner une nouvelle expertise judiciaire bien qu'une expertise ait été diligentée par la CRCI initialement saisie.

Les juges du fond, statuant dans un *cadre pénal ou civil*, disposent d'un pouvoir souverain quant à l'existence et l'évaluation des préjudices invoqués sous réserve de motiver leur décision ainsi que sur leur mode d'indemnisation. Ils ne sont donc pas liés par l'avis donné par la CRCI dans le cadre d'une procédure amiable ou par un barème (**1^{re} Civ., 13 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 201, p. 177, pourvoi n° 04-06.032**), ni tenus de s'expliquer sur la méthode d'évaluation de l'incapacité permanente partielle (**2^e Civ., 21 décembre 2006, Bull. 2006, II, n° 357, p. 328, pourvoi n° 04-13.567**) correspondant désormais au déficit fonctionnel permanent. Ils peuvent opter pour le versement d'un capital ou d'une rente indexée limitée dans le temps ou viagère et donc convertir le capital alloué en rente (**1^{re} Civ., 7 juin 2001, Bull. 2001, I, n° 116, p. 78, pourvoi n° 99-17.645**). La Cour de cassation exerce cependant son contrôle sur les préjudices qu'ils ont entendu réparer ; la réparation devant correspondre aux préjudices constatés. Elle peut ainsi casser une décision aux motifs que les juges du fond ont réparé deux fois le même chef de préjudice sous des appellations différentes (ex. : **1^{re} Civ., 3 mai 2006, Bull. 2006, I, n° 214 et 215, p. 188, pourvoi n° 05-10.411**).

Lorsque le juge compétent, saisi par une victime ayant refusé l'offre de l'assureur effectuée dans le cadre de la procédure de règlement amiable, estime que cette offre était manifestement insuffisante, il condamne, selon l'article L. 1142-14 du code de la santé publique, l'assureur à verser à l'ONIAM une somme au plus égale à 15% de l'indemnité qu'il alloue, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime.

Les *juridictions administratives* sont compétentes lorsque la responsabilité du dommage incombe à un établissement, un service ou un organisme de santé publics ; ces derniers répondant des fautes commises par les professionnels de santé exerçant en leur sein sauf dans l'hypothèse d'une faute détachable du service public ou d'une activité privée du professionnel au sein de l'établissement de santé.

2.2.2.1.4. Le recours des tiers-payeurs

Les tiers payeurs disposent, au titre des indemnités versées à la victime et sous certaines conditions, d'un recours à l'encontre des personnes responsables du dommage.

Les prestations ouvrant droit à recours ont été énoncées par l'article 29 de la loi n° 85-677 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 modifié par la loi n° 94-678 du 8 août 1994. Il s'agit des prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale, les caisses et organismes de la mutualité sociale agricole et les organismes d'assurances habilités. Il s'agit aussi des prestations versées par l'Etat énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 et notamment des sommes versées pendant la période d'interruption du service, des frais médicaux et pharmaceutiques, du capital-décès, des arrérages des pensions et rentes viagères d'invalidité, des pensions de retraite et de réversion prématurées, jusqu'à la date à laquelle la victime aurait pu normalement faire valoir ses droits à pension, ainsi que des allocations et majorations accessoires et des arrérages des pensions d'orphelin. Il s'agit enfin des sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation, des salaires et accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période

d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage, des indemnités journalières de maladie et des prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances.

L'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale prévoit que la personne victime, les établissements de santé, le tiers responsable et son assureur sont tenus d'informer la caisse de la survenue des lésions causées par un tiers. La victime ou ses ayants droit doivent indiquer, dès lors qu'une procédure est engagée, sa qualité d'assuré social ainsi que les caisses de sécurité sociale auxquelles celle-ci est ou était affiliée pour les divers risques et appeler ces caisses en *déclaration de jugement commun* ou réciproquement. A défaut du respect de l'une de ces obligations, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée pendant deux ans, à compter de la date à partir de laquelle ledit jugement est devenu définitif, soit à la requête du ministère public, soit à la demande des caisses de sécurité sociale intéressées ou du tiers responsable, lorsque ces derniers y auront intérêt.

La Cour de cassation a retenu que le préjudice résultant d'une infraction devait être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties, que la mise en cause de l'organisme social, prévue par l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, s'imposait à peine d'irrecevabilité de la demande en réparation de la partie civile et qu'encourait une cassation l'arrêt qui se prononçait sur la demande en réparation des préjudices de la partie civile sans s'assurer que l'organisme social avait été mis en cause et en s'abstenant de vérifier s'il avait contribué à indemniser le préjudice corporel de la victime et s'il bénéficiait d'un recours (**Crim., 18 Septembre 2007, pourvoi n° 07-80.347**).

L'article L. 376-1 précise qu'hors le cas où la caisse est appelée en déclaration de jugement commun, la demande de la caisse vis-à-vis du tiers responsable s'exerce en priorité à titre amiable.

L'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 a modifié les *conditions d'exercice des recours subrogatoires* des tiers payeurs, fixées notamment par l'article L. 376-1.

Il a tout d'abord prévu que les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exerceraient poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge. Les tiers payeurs ne disposent donc plus que d'un recours sur les postes de préjudice ayant donné lieu à des versements de leur part et non plus sur l'ensemble des préjudices à caractère économiques subis par la victime.

Il a énoncé que leur recours sur des postes de préjudice personnel étaient en principe exclus sauf s'ils établissaient qu'ils avaient effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel. Il appartient donc aux tiers payeurs de rapporter la preuve du caractère personnel de la prestation versée pour pouvoir exercer un recours sur ce poste de préjudice.

De plus, alors que les tiers payeurs disposaient d'un recours prioritaire sur la somme allouée en réparation de l'ensemble des préjudices soumis à recours, à la mesure des prestations versées, y compris en cas de réparation seulement partielle du préjudice subi par la victime, cette disposition a instauré un droit de préférence au profit de cette dernière. Elle a énoncé que, conformément à l'article 1252 du code civil, la subrogation ne pouvait nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'avait été prise en charge que partiellement par les prestations sociales et qu'en ce cas, l'assuré social pouvait exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée. L'article 25 ne modifie pas l'indemnité mise à la charge du responsable et dans ses relations avec ce dernier, la victime supporte les conséquences d'une réparation partielle lorsque sa responsabilité n'est retenue que pour partie, par exemple dans le cas d'une perte de chance. Mais dans ses relations avec les organismes sociaux, elle dispose, si elle n'a pas été remboursée de l'intégralité de ses préjudices par les organismes sociaux, d'un droit de recours préférentiel sur l'indemnité due par le responsable dans la limite du préjudice qu'elle a subi ; les tiers payeurs ne

pouvant exercer leur recours que sur le solde éventuel dû par le responsable.

Le Conseil d'Etat s'est, en premier lieu, prononcé sur l'application dans le temps des dispositions de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006. Il a retenu que dès lors que l'application de ces dispositions qui déterminaient les droits respectifs des victimes d'accidents et des caisses de sécurité sociale qui leur versaient des prestations à l'égard des tiers responsables, n'était pas manifestement impossible en l'absence d'un texte réglementaire que d'ailleurs elles ne prévoyaient pas, elles étaient applicables sans que fût nécessaire l'intervention d'un tel texte et que si les droits des victimes et les obligations du tiers responsable d'un dommage devaient être appréciés en fonction des dispositions en vigueur à la date de l'accident qui en constituait le fait générateur, il en allait différemment s'agissant des règles qui régissaient l'imputation sur la dette du tiers responsable des créances de sécurité sociale, lesquelles compte tenu des caractéristiques propres au mécanisme de subrogation légale, étaient applicables aux instances relatives à des dommages survenus antérieurement à leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée (**CE, section du contentieux, avis, 25 mai 2007, n° 303422 et 304214, publié au Recueil Lebon**).

La Cour de cassation a été également saisie pour avis sur l'application dans le temps des dispositions de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 ayant aussi modifié l'article 31 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. Il lui a été, en outre, demandé de se prononcer sur son application aux recours exercés par l'Etat et certaines autres personnes publiques et par les caisses en cas d'accident du travail.

Elle a estimé que ces nouvelles dispositions s'appliquaient aux événements ayant occasionné ce dommage survenus antérieurement à la date d'entrée en vigueur de cette loi, dès lors que le montant de l'indemnité due à la victime n'avait pas été définitivement fixé, aux recours exercés par les caisses de sécurité sociale dans une action engagée par la victime d'un accident du travail sur le fondement des articles L. 454-1, L. 455-1 ou L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale ainsi qu'aux recours exercés par l'Etat et certaines autres personnes publiques en remboursement des prestations versées en application de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959. Elle a précisé que la rente viagère d'invalidité prévue par les articles L. 27 et L. 28 du code des pensions civiles et militaires de retraite, comme la rente versée en application de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale à la victime d'un accident du travail, indemnisaient, notamment, les pertes de gains professionnels et les incidences professionnelles de l'incapacité et devaient en conséquence s'imputer prioritairement sur les pertes de gains professionnels, puis sur la part d'indemnité réparant l'incidence professionnelle et que si l'Etat, la personne publique ou la caisse de sécurité sociale estimaient que ces prestations indemnisaient aussi un préjudice personnel et souhaitaient exercer son recours sur un tel poste, il leur appartenait d'établir que, pour une part de ces prestations, elles avaient effectivement et préalablement indemnisé la victime, de manière incontestable, pour un poste de préjudice personnel (**Avis de la Cour de cassation, 29 octobre 2007, n° 00-70.015, 00-70.016 et 00-70.017**).

Il appartient donc au juge d'évaluer chacun des postes de préjudice subis par la victime, de déterminer le montant des prestations dont elle a bénéficié et la part demeurée à sa charge et de lui accorder, dans la limite de l'indemnité mise à la charge du responsable, une somme correspondant à cette part ; le solde de l'indemnité mise à la charge du tiers revenant, le cas échéant, au tiers payeur.

Si la nomenclature Dintilhac préconise de distinguer les différents chefs de préjudice de la victime, qu'ils fassent ou non l'objet d'un recours, le Conseil d'Etat a estimé que la nouvelle rédaction de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale n'imposait de procéder à une évaluation distincte par poste que pour autant que le tiers payeur établissait qu'il avait versé ou verserait à la victime une prestation indemnisant un préjudice relevant de ce poste et que, par suite, ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce que les préjudices ne donnant lieu au versement d'aucune prestation

imputable fassent l'objet d'une indemnisation globale au profit de la victime. Il indique qu'il y a lieu lorsque les circonstances de l'espèce font apparaître le versement de prestations correspondantes, de distinguer à tout le moins, les postes de préjudice suivants : dépenses de santé, frais liés au handicap, pertes de revenus, incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel, autres dépenses liées au dommage corporel et préjudices personnels. Il a, cependant, précisé que l'applicabilité immédiate du texte ne faisait pas obstacle à ce que le Premier ministre fasse usage de son pouvoir réglementaire d'exécution des lois pour établir, par décret, une nomenclature des postes de préjudice et une table de concordance de ces derniers avec les prestations servies par les tiers payeurs (**CE, section du contentieux, avis, 25 mai 2007, n° 303422 et 304214, publié au *Recueil Lebon*, précité**).

Il appartient enfin aux tiers payeurs d'établir que les dépenses engagées sont liées à l'acte médical litigieux et non à l'état antérieur du patient, ce qui implique de produire une attestation d'imputabilité du médecin conseil de la Caisse et, en cas de contestation, de se fonder sur les constatations d'un expert judiciaire.

En contrepartie des frais engagés pour obtenir le remboursement des sommes versées, la caisse d'assurance maladie peut solliciter une indemnité forfaitaire à la charge du tiers responsable et au profit de l'organisme national d'assurance maladie ; cette indemnité pouvant être majorée de 50 % lorsque l'assureur du tiers responsable a méconnu son obligation d'informer la caisse de la survenue des lésions causées par un tiers.

2.2.2.2. La mise en œuvre de la réparation collective

Elle implique en principe, que la responsabilité du professionnel, de l'établissement, service ou organisme de santé n'est pas engagée ou l'est seulement partiellement. Dans le cas contraire, si la réparation a été prise en charge dans un premier temps par la solidarité nationale, elle sera finalement assumée par le responsable au terme d'une action récursoire de l'ONIAM. L'article L. 1142-1-1 issue de la loi du 30 décembre 2002 a cependant, pour les dommages les plus graves résultant d'infections nosocomiales, étendu la réparation aux cas dans la responsabilité des établissements, services ou organismes de santé est engagée de plein droit.

La réparation collective peut être mise en œuvre par les CRCI et l'ONIAM. Dans d'autres cas, elle est assurée directement par l'ONIAM au moyen de procédures spécifiques. La victime ou ses ayants droits peuvent aussi saisir la juridiction compétente.

La victime garde la possibilité d'agir à l'encontre des responsables de son dommage tant qu'elle n'a pas bénéficié d'une réparation intégrale de celui-ci. De même, les tiers payeurs peuvent solliciter devant la juridiction de droit commun, le remboursement des prestations versées à la victime. Cependant en l'absence de responsabilité de l'auteur du dommage, le remboursement des créances des organismes sociaux n'est pas possible ; seule une déduction des indemnités de toute nature reçues par la victime ou à recevoir d'autres débiteurs du même préjudice ayant été prévue par le législateur afin d'éviter un enrichissement de celle-ci.

2.2.2.2.1. La réparation par la voie des CRCI

Elle peut être envisagée sur le fondement de l'article L. 1142-1, II, du code de la santé publique dans l'hypothèse d'un accident médical, d'une infection nosocomiale ou d'une affection iatrogène. Cependant en application de l'article 3 de la loi du 30 décembre 2002, le dommage doit être consécutif à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001. Il doit aussi présenter le caractère de gravité fixé par le décret du 21 mai 2003 (*V. supra in « la réparation individuelle », la réparation par la voie des CRCI*). Si le dommage ne revêt

pas ce caractère de gravité, aucune indemnisation n'est prévue.

Elle peut l'être aussi, depuis la loi du 30 décembre 2002, sur le fondement de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique dans le cas de dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes de santé correspondant à un taux d'incapacité supérieur à 25%, de décès provoqués par ces infections nosocomiales et de dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstance exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme de santé en dehors de son champ d'activité de prévention, de diagnostic et de soins.

L'application dans le temps de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique, issu de la loi du 30 décembre 2002, a fait l'objet de discussions. Le Conseil d'Etat a retenu que les dispositions de cet article, distinctes de celles qui résultaient de la loi du 4 mars 2002, avaient créé un nouveau régime de prise en charge par la solidarité nationale des infections nosocomiales et qu'il ne résultait ni des termes de la loi du 30 décembre 2002 ni des travaux préparatoires que le législateur ait entendu conférer à ces nouvelles dispositions une portée rétroactive, en sorte que ce nouveau régime n'était entré en vigueur qu'à la publication de cette loi au journal officiel le 1^{er} janvier 2002. Il en a déduit que la charge de l'indemnisation des infections nosocomiales consécutives à des soins réalisés entre le 5 septembre 2001 et le 1^{er} janvier 2003 n'incombait à l'ONIAM qu'à la double condition que l'établissement de soins ait apporté la preuve d'une cause étrangère à l'infection et que le taux d'incapacité permanente de la victime soit supérieur au fixé par décret (**CE, 4 et 5^{èmes} ssr, 13 juillet 2007, n° 293196, publié au Recueil Lebon**).

Une réparation collective est enfin possible, sans caractère de gravité exigé, sur le fondement de l'article L. 1142-3 du code de la santé publique issu de la loi du 9 août 2004, lorsque les dommages sont liés à une recherche biomédicale et que la responsabilité du promoteur n'est pas engagée.

Lorsque la commission, saisie par la victime ou ses ayants droit estime que la demande ne présente pas le caractère de gravité requis par l'article L. 1142-1, II, ou L. 1142-1-1 du code de la santé publique, elle rend une décision d'incompétence, sans diligenter une expertise au fond. Dans le cas contraire, comme dans le cas d'une responsabilité individuelle, elle désigne un expert ou un collège d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux établie par la commission nationale des accidents médicaux et émet dans les six mois de sa saisine, un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable. Elle précise, le cas échéant, si les dommages répondent aux conditions posées par l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique.

Lorsque la commission estime que le dommage est indemnisable au titre de la solidarité nationale en application des articles L. 1142-1, II, ou L. 1142-1-1 du code de la santé publique ou encore de l'article L. 1142-3, elle transmet un avis en ce sens à l'ONIAM en précisant la nature et l'étendue des préjudices subis par la victime. L'ONIAM fixe alors le montant des préjudices énumérés par la commission et fait, dans un délai de 4 mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation à la victime ou à ses ayants droits visant à la réparation intégrale des préjudices subis. Cette offre indique selon l'article L. 1142-17 du code de la santé publique l'évaluation retenue, le cas échéant à titre provisionnel pour chaque chef de préjudice ainsi que le montant des indemnités qui reviennent à la victime ou à ses ayants droits déduction faite des prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 6 juillet 1985 et plus généralement des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs. Lorsque l'offre prévoit le versement d'une rente à la victime, cette rente est revalorisée, par application du coefficient annuel de revalorisation, dans les conditions prévues à l'article L. 351-11 du code de la sécurité sociale. L'offre a un caractère provisionnel si l'office n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime et l'offre définitive doit être faite dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il en a été informé. L'acceptation de l'offre de l'office vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil. Le paiement doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la réception par l'office de l'acceptation de son offre par la victime, qu'elle

ait un caractère provisionnel ou définitif.

Il est possible de se demander si cette offre revêt un caractère obligatoire. Si l'article L. 1142-17 du code de la santé publique dispose que l'office adresse à la victime ou à ses ayants droits une offre, sans réserver aucune exception à cette règle et si l'article L. 1142-8 du code de la santé publique ne prévoit une contestation de cet avis qu'à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction par la victime ou des actions subrogatoires, l'article L. 1142-20 du code de la santé publique selon lequel que la victime ou ses ayants droits dispose du droit d'action en justice contre l'office si aucune offre ne lui a été présentée, peut permettre de considérer que l'office dispose d'une telle faculté s'il estime que les avis ne sont pas conformes aux critères fixés par le législateur. Le Conseil d'Etat, saisi pour avis, a estimé qu'il ressortait de l'article L. 1142-8 et des articles L. 1142-14 et L. 1142-20, donnant à la victime ou à ses ayants droit le droit d'agir en justice contre l'assureur ou contre l'office si aucune offre ne lui a été présentée ou si elle n'a pas accepté leur offre, que les CRCI, dont la saisine était dépourvue de force obligatoire et dont les avis ne liaient pas l'ONIAM, étaient des commissions administratives dont la mission était de faciliter par des mesures préparatoires un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales et que le recours à cette procédure par la victime n'était pas exclusif de la saisine du juge compétent d'une action en indemnisation, saisine qui pouvait intervenir à l'initiative de la victime avant l'engagement de la procédure, pendant celle-ci ou après l'échec de la tentative de règlement amiable (**CE, 4 et 5^{èmes} ssr, avis 10 octobre 2007, n° 306590, publié au Recueil Lebon**).

La victime peut aussi refuser l'offre de l'ONIAM et saisir alors la juridiction compétente.

Lorsque la CRCI estime que l'aggravation des dommages résultant d'une infection nosocomiale entraîne pour la victime un taux d'incapacité permanente supérieure à 25% ou son décès, l'office adresse à la victime ou à ses ayants droits une offre d'indemnisation dans les conditions fixées par l'article L. 1142-17 du code de la santé publique et rembourse à l'assureur les indemnités initialement versées.

Dans les cas où l'ONIAM estime, après avoir transigé avec la victime d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale, que la responsabilité d'un professionnel, établissement, service, organisme, promoteur de recherche biomédicale ou producteur de produits de santé est engagée, il dispose d'une action subrogatoire contre lui. Cependant, s'il a indemnisé la victime en application de l'article L. 1142-1-1, il ne peut exercer une action récursoire à l'encontre du responsable qu'en cas de faute établie à l'origine du dommage, notamment d'un manquement caractérisé aux obligations réglementaires de lutte contre les infections nosocomiales.

2.2.2.2.2. La réparation par la saisine directe de l'ONIAM

L'ONIAM est directement chargé, depuis la loi du 30 décembre 2002, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant d'un traitement par *l'hormone de croissance extractive* entre 1973 et 1988. Ces victimes étaient préalablement indemnisées par l'association France Hypophyse, en raison de son rôle dans l'organisation du traitement des patients. Cette association dont les obligations sont transférées à l'ONIAM avait mis en place en 1993 une procédure transactionnelle d'indemnisation mais a fait l'objet d'une liquidation en 1997.

Il assure aussi, en application de la loi du 4 mars 2002, modifiée par la loi du 9 août 2004 la réparation des préjudices directement imputables à une *vaccination obligatoire*, assurée antérieurement par le Ministère de la Santé. Le décret n° 2005-1768 du 30 décembre 2005 a permis la mise en œuvre de cette nouvelle mission ; la procédure d'indemnisation étant prévue par les articles L. 3111-9 et R. 3111-22 à R. 3111-31 du code de la santé publique. La demande est adressée à l'ONIAM et est accompagnée d'un dossier rapportant le caractère obligatoire de la vaccination eu

égard, s'il y a lieu, à l'activité professionnelle de la victime, la réalisation des injections et la nature du dommage imputé à la vaccination. Le silence de l'office pendant un délai de 6 mois à compter de la date de réception du dossier complet vaut rejet de la demande. Afin d'apprécier l'importance des dommages et de déterminer leur imputabilité, le directeur de l'ONIAM diligente une expertise et procède à toute investigation sans que puisse lui être opposé le secret professionnel. Les demandes sont ensuite examinées par une commission d'indemnisation prononçant un avis motivé sur l'existence d'un lien de causalité entre le dommage subi et l'acte médical auquel il est imputé et énumère, le cas échéant les différents chefs de préjudice ainsi que leur étendue. Le directeur de l'ONIAM adresse au vu de cet avis à la victime ou ses ayants droits une offre d'indemnisation indiquant l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice nonobstant l'absence de consolidation ainsi que le montant des indemnités lui revenant déduction faite des prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 et des prestations ou indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice. L'acceptation de l'offre par la victime vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil et le paiement doit intervenir dans le délai d'un mois. L'ONIAM est subrogé dans les droits et actions de la victime après acceptation de son offre, contre le responsable d'un dommage lié à une vaccination obligatoire ou son assureur.

L'ONIAM est, en outre, chargé depuis la loi du 9 août 2004, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant d'une contamination par le VIH à la suite de transfusions de produits sanguins ou d'injections de produits dérivés du sang ; les préjudices résultant de contaminations par le virus de l'hépatite C ayant la même origine étant au contraire demeurés à la charge des centres de transfusion et de leurs assureurs. L'ONIAM a repris les droits et obligations du Fonds d'Indemnisation des Transfusés et Hémophiles (F.I.T.H.), créé par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social. La procédure d'indemnisation des victimes est régie par les articles L. 3122-1 à L. 3122-6 et R. 3122-1 à R. 3122-34 du code de la santé publique. La demande doit justifier de l'atteinte par le VIH et des transfusions de produits sanguins ou des injections de produits dérivés du sang. Dans un délai de trois mois à compter de la réception de cette demande pouvant être prolongé à la demande de la victime ou de ses ayants droit, l'office examine si les conditions d'indemnisation sont réunies. Il recherche les circonstances de la contamination et procède à toute investigation sans que puisse lui être opposé le secret professionnel. Il peut être tenu de verser une provision si les victimes ont justifié de la contamination et des transfusions ou injections réalisées. La victime doit informer l'office des procédures juridictionnelles éventuellement en cours. La demande est examinée au sein de l'office par une commission d'indemnisation placée auprès du directeur de l'office. Le demandeur peut être entendu et la commission peut décider de recourir à une expertise. Elle transmet au directeur de l'office son avis sur l'acceptation ou le rejet de la demande et, dans le premier cas, sur l'offre d'indemnisation. Ce dernier est tenu de présenter à la victime, sur avis conforme de la commission une offre d'indemnisation dans un délai de 5 mois à compter du jour de la justification complète des préjudices. Cette offre indique l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice nonobstant l'absence de consolidation, et notamment du fait de la séropositivité ainsi que le montant des indemnités qui reviennent à la victime compte tenu d'une part des prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 et des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice. L'acceptation de l'offre de l'office par la victime vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil et le paiement doit intervenir dans le délai d'un mois. A défaut d'acceptation de l'offre ou en cas de rejet de la demande devant être motivé, la victime dispose d'une procédure spécifique devant la cour d'appel de Paris (V. infra). L'ONIAM ne dispose d'une action subrogatoire à l'encontre du responsable de la contamination que lorsque le dommage est imputable à une faute.

L'ONIAM, est enfin chargé, depuis la loi du 9 août 2004, de la réparation des dommages directement imputables à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée en application de mesures d'urgence liées à une *menace sanitaire grave*. La procédure d'indemnisation des victimes est régie par les articles L. 3110-4 et R. 3110-1 à R. 3110-4 du code de la santé

publique ; la demande étant présentée et instruite comme en matière de dommage consécutif à une vaccination obligatoire et étant examinée par la même commission. L'offre d'indemnisation adressée par l'office à la victime ou à ses ayants droit comporte les mêmes mentions et son acceptation vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil. L'ONIAM dispose aussi d'une action subrogatoire à l'encontre du responsable ou de son assureur.

2.2.2.3. La réparation juridictionnelle

La réparation collective peut être aussi mise en œuvre par la juridiction saisie, statuant alors selon les principes précédemment évoqués (cf. *supra* 2.2.2.1.3.). La saisine peut être effectuée dans deux séries de circonstances :

*La victime peut solliciter d'emblée une réparation auprès de la juridiction compétente ou parallèlement à la saisine de la CRCI ou de l'ONIAM.

Lorsque la juridiction, saisie par une victime ou ses ayants droit d'une demande d'indemnisation des conséquences d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins estime que les dommages ouvrent droit à une réparation au titre de la solidarité nationale, l'ONIAM est appelé en la cause s'il ne l'avait pas été initialement. Ce dernier devient défendeur à la procédure et verse, le cas échéant, à la victime le montant de l'indemnisation mise à sa charge par la juridiction. Il n'est pas tenu au remboursement des créances des organismes sociaux.

Lorsque le dommage n'atteint pas le seuil de gravité requis, aucune indemnisation n'est prévue ; la victime pouvant seulement le cas échéant d'invoquer l'existence d'une faute du professionnel de santé dans l'accomplissement de son devoir d'information lui ayant fait perdre une chance d'échapper au risque survenu.

Dans le cas où la juridiction compétente, saisie d'une demande d'indemnisation des conséquences dommageables de l'aggravation d'une infection nosocomiale, estime que les dommages sont indemnisables au titre de l'article L. 1142-1-1, l'ONIAM est appelé en la cause et rembourse à l'assureur, le cas échéant, les indemnités initialement versées à la victime.

L'ONIAM peut être aussi tenu de verser les indemnités fixées par les juridictions dans le cas d'un dommage liés à un traitement par l'hormone de croissance extractive, à une vaccination obligatoire, à l'application de mesures d'urgence liées à une menace sanitaire grave ; l'instauration d'une procédure d'indemnisation par l'ONIAM n'excluant pas, selon l'article L. 3111-9 du code de la santé publique, le recours à des actions exercées conformément au droit commun et les juridictions administratives étant compétentes dans ces deux derniers cas.

La victime d'une contamination par le VIH à la suite d'une transfusion de produits sanguins ou d'une injection de produits dérivés du sang ne dispose par contre, selon l'article L. 3122-3 du code de la santé publique, issu de la loi du 9 août 2004, d'un droit d'action contre l'ONIAM que si sa demande d'indemnisation a été rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans le délai de 5 mois ou si elle n'a pas accepté l'offre qui lui a été faite. Mais elle garde la possibilité d'agir d'emblée contre le responsable du dommage. L'office peut alors, selon l'article L. 3122-4 du code de la santé publique issu de la loi du 9 août 2004, intervenir devant les juridictions de jugement en matière répressive même pour la première fois en cause d'appel en cas de constitution de partie civile de la victime ou de ses ayants droit contre le ou les responsables des préjudices. Il intervient alors à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi. Si les faits générateurs du dommage ont donné lieu à des poursuites pénales, le juge civil n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à la décision définitive de la juridiction répressive.

* La victime peut aussi saisir la juridiction compétente lorsque son recours devant une CRCI ou l'ONIAM a été déclaré irrecevable ou a été rejeté, qu'elle a refusé l'offre proposée ou n'en a pas

reçu, ou lorsqu'elle subit un préjudice qui n'a pas été indemnisé.

Il appartient alors à cette juridiction de se prononcer sur le droit à réparation et sur l'étendue de la réparation. Comme cela a été relevé, elle ne peut être liée par l'avis donné par la CRCI dans le cadre d'une procédure amiable et garde la faculté d'ordonner une nouvelle expertise judiciaire bien qu'une expertise ait été diligentée par la CRCI initialement saisie. Il est possible de considérer que l'offre initiale de l'ONIAM dans le cadre de la procédure amiable ne lie plus ce dernier en l'absence d'acceptation par la victime. La juridiction fixe, le cas échéant, le montant de l'indemnisation à la charge de l'ONIAM.

Seule la cour d'appel de Paris est compétente pour connaître des actions engagées contre l'ONIAM au titre d'une contamination par le VIH à la suite de transfusions sanguine ou d'injections de produits dérivés du sang ; ces action étant engagées, instruites et jugées conformément aux dispositions des articles R. 3122-21 à R. 3122-30 du code de la santé publique par dérogation aux disposition du titre VI du livre II du code de procédure civile. Le délai pour agir à l'encontre de l'ONIAM est de deux mois à compter de la notification de l'offre d'indemnisation ou du rejet de la demande et à défaut à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où l'ONIAM a reçu la justification complète des préjudices.

L'effet de l'acceptation de l'offre faite par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le virus du SIDA quant à l'indemnisation du préjudice spécifique de contamination a donné lieu à des décisions différentes. Le Conseil d'Etat avait estimé que cette acceptation n'empêchait pas la victime d'exercer devant la juridiction de droit commun une action afin d'obtenir une indemnisation complémentaire, s'il estimait que l'offre reçue était insuffisante, le juge administratif devant seulement déduire d'office la somme allouée du montant du préjudice indemnisable (**CE, 3 et 5^{èmes} ss, 16 juin 1997, n° 158969, publié au Recueil Lebon**). La Cour de cassation avait affirmé, à partir du 26 janvier 1994, qu'elles ne pouvaient obtenir réparation par les juridictions de droit commun que de chefs de préjudice dont elles n'avaient pas déjà été indemnisées par le Fonds dès lors que les sommes versées à la suite de cette offre acceptée assuraient une réparation intégrale (**2^e Civ., 26 janvier 1994, Bull. 1994, II, n° 41, p. 23, pourvoi n° 93-06.009 ; Ass. Plén., 6 juin 1997, Bull. 1997, Ass. Plén., n° 8, p. 20, pourvoi n° 95-12.284**) ; l'acceptation faisant donc obstacle à toute action judiciaire en complément d'indemnité. A la suite d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme ayant considéré que jusqu'au 26 janvier 1994, les victimes n'étaient pas en mesure, au regard de l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991, d'apprécier la portée exacte de leur acceptation de l'offre du Fonds quant à leur droit d'agir contre le tiers responsable, elle a retenu que, dès lors que des victimes d'une contamination avaient accepté avant cette date l'offre d'indemnisation faite par le Fonds, elles étaient recevables à agir contre le tiers responsable de leur contamination et son assureur pour demander une indemnisation complémentaire de celle qu'elles avaient perçu du Fonds (**1^{re} Civ., 6 juin 2000, Bull. 2000, I, n° 179, p. 116, pourvoi n° 98-22.117**). En cas d'acceptation de l'offre après cette date, elles ne pouvaient plus solliciter de complément d'indemnisation.

En application de l'article L. 3122-3 issu de la loi du 9 août 2004, la décision juridictionnelle rendue lors de l'action intentée devant la Cour d'appel de Paris vaut désormais désistement de toute action juridictionnelle en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle visant à la réparation des mêmes préjudices.