

A publier au Recueil

CONCLUSIONS

Mme Laurence MARION, rapporteur public

« *Avant tout ne pas nuire* », telle est la devise d'Hippocrate¹, malheureusement mise à mal par la fréquence et la gravité des infections contractées du seul fait d'un séjour à l'hôpital dont les conséquences peuvent être sans commune mesure avec la pathologie ayant justifié l'admission. Ce fléau séculaire a justifié l'instauration d'un régime particulier de prise en charge des victimes d'infections nosocomiales depuis la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La demande d'indemnisation présentée par les héritiers de Mme B..., qui contestent la prise en charge de leur mère à la suite d'un accident vasculaire cérébral subi en janvier 2006, va vous conduire à préciser **la définition de ces infections nosocomiales** et les conditions dans lesquelles celles-ci sont de nature à engager la responsabilité sans faute du service public hospitalier lorsqu'il apparaît avec évidence que l'infection est dépourvue de tout lien avec les soins prodigués.

1. Pendant des siècles, l'hôpital était un *nosocomium*, c'est à dire un hospice accueillant les moribonds dont la vocation n'était pas de guérir, ni même réellement de soigner, mais d'isoler ces malheureux, porteurs de maladies qu'ils risquaient de propager. Comme l'a décrit Michel Foucault, au Moyen-âge, l'hôpital était avant tout une « institution de séparation et d'exclusion » et l'idée qu'il pouvait - et devait ! - être un instrument destiné à guérir le malade n'est apparue qu'au milieu du XVIIIème siècle. L'hôpital était, par ailleurs, un lieu dangereux, où sévissaient les « fièvres » et autres « pourritures d'hôpital » abondamment commentées, y compris dans l'*Encyclopédie* de d'Alembert et Diderot². Au début du XVIIIème siècle, l'écossais John Pringle réalisa les premières observations sur les « infections acquises à l'hôpital » et, en 1788, Jacques Tenon mentionnait dans ses *Mémoires sur les hôpitaux de Paris*, les « fièvres des hôpitaux » en prônant pour les combattre de novatrices mesures d'hygiène³. Il fallut les travaux de Louis Pasteur, puis la découverte des premiers antibiotiques pour que les mesures de prévention et de lutte contre les germes acquièrent une certaine efficacité, aujourd'hui contrariée par l'émergence de souches multirésistantes aux molécules traditionnelles.

¹ « *primum non nocere* », formule qui ne figure toutefois pas explicitement dans le serment éponyme, qu'il s'agisse de la traduction originale de Littré ou de son adaptation dans la version prononcée par les étudiants en médecine, mais qui en inspire tout le contenu.

² Eytan Ellenbert « *le nosocomium et la matrice du retiolus* », Le Portique, 1 – 2005.

³ Il faut citer également le médecin hongrois Ignace Semmelweis qui joue un rôle pionnier dans la compréhension des mécanismes de contamination en particulier de la fièvre puerpérale post accouchement en préconisant un lavage des mains.

La lutte contre les infections nosocomiales, c'est à dire étymologiquement les « affections acquises à l'hôpital », n'est devenue que tardivement un **objectif de santé publique** en France. Ce n'est en effet qu'en 1988, dans le contexte de l'affaire du sang contaminé, que les établissements de santé publics et privés ont été tenus de constituer des comités de lutte contre les infections nosocomiales⁴. La dernière enquête nationale de prévalence disponible⁵ montre qu'en 2012 environ 5% des malades hospitalisés ont contracté une infection à l'hôpital, la proportion s'élevant à 7 % des patients en CHU, soit plus de 750 000 infections par an. Dans un quart des cas, ces contaminations concernent des patients placés en service de réanimation. Il s'agit le plus fréquemment d'infections urinaires, souvent bénignes (30 % des contaminations) mais aussi, dans 17 % des cas, de pneumonies bien plus redoutables. L'Institut national de veille sanitaire (INVS) estimait que 4 000 décès étaient directement imputables à ces infections nosocomiales en 2012.

2. Le droit n'a pas manqué d'accompagner cette prise de conscience des risques mais aussi de la responsabilité de l'hôpital dans la prévention de ces infections. Il a été admis dans un arrêt *Savelli* du 18 novembre 1960 (Lebon p. 640) que le décès d'un enfant dans la semaine suivant sa sortie de l'hôpital après avoir contracté le virus de la variole, affection dont souffrait son voisin de chambre alors qu'il était lui-même hospitalisé pour une rougeole, devait être imputé à ce séjour et révélait une faute dans le fonctionnement du service public hospitalier de nature à engager sa responsabilité. Ce régime de **faute simple**, qui paraît banal aujourd'hui, était remarquable à une époque où le droit de la responsabilité médicale était imprégné de l'exigence d'une faute lourde⁶. Lorsque la contamination découlait d'un dysfonctionnement moins flagrant tel qu'un défaut d'asepsie, la tâche du juge était beaucoup plus délicate, comme le soulignait le président Stirn dans ses conclusions sur l'affaire C... du 9 janvier 1988 (n°65087 Leb. p. 431 (Grands arrêts du droit de la santé n°57-58, D. 1989 p. 347 obs. Moderne et Bon, AJDA 1989 p. 405 note Moreau RCA 1989 Comm. n°70) : « *le malheureux a, en vérité, supporté les conséquences très graves d'une douloureuse fatalité, en contractant un germe microbien durant l'examen ou l'opération qu'il a subis. / Des précautions rigoureuses d'asepsie doivent certes être observées en milieu hospitalier. Mais il n'est pas pour autant possible d'exiger des hôpitaux une asepsie parfaite, qui n'est d'ailleurs pas réalisable* ». Vous aviez alors dépassé le dilemme en instaurant un régime de faute présumée des établissements de santé lorsque le dommage subi était la conséquence de l'introduction « accidentelle » d'un germe dans l'organisme. Ce premier jalon de l'édifice jurisprudentiel bâti à propos des infections nosocomiales était favorable aux victimes puisque le simple fait pour un patient de contracter une infection sans relation avec celle ayant provoqué l'hospitalisation révélaient ainsi une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier. L'établissement pouvait certes renverser cette présomption de faute simple mais la preuve était, en pratique, très difficile à rapporter⁷.

Une limite importante était que cette jurisprudence cantonnait l'infection nosocomiale à sa dimension « exogène » en la définissant comme l'infection du malade **par un germe provenant de l'extérieur**, par l'intermédiaire d'autres malades, du personnel soignant ou de la contamination de l'environnement hospitalier. A la différence de la Cour de cassation⁸,

⁴ Eytan Ellenbert « *L'infection noscomiale : relire l'histoire et penser au présent* », Santé publique 2005/3 (Vol 17) p. 471-474.

⁵ INVS Enquête nationale de prévalence 2012. Les résultats de l'enquête menée en 2017 ne sont pas encore disponibles.

⁶ Depuis l'arrêt *Rouzet* (Section, 26 juin 1959, p. 405) les actes de soins courants relevaient néanmoins du régime de la faute simple.

⁷ Pour une application ultérieure voir CE 1er mars 1989, *A...*, n°61406, aux Tables p. 908.

⁸ Voir Civ 1^{ère}, 4 avril 2007, n°04-17 491, Bull. civ. I, n°167, RTD civ. 2006 p. 567, note Jourdain et Civ, 1^{ère} 4 juin 2007, n°06-10.812, Bull.civ. I, n°415.24, D. 2007, p. 1870).

vous rejetiez en effet la demande de réparation lorsqu'il était établi que l'infection résultait de germes présents dans l'organisme du patient⁹ avant l'intervention (CE, 27 novembre 2002, *Mme N...*, n°211370, Lebon p. 315). Le doute sur la nature endogène des germes devait cependant bénéficier à la victime, l'hôpital ne pouvant s'exonérer de sa responsabilité qu'en cas de certitude (CE, 2 février 2011, *M. L...*, n°320052, Lebon T. p. 1144, AJDA 2011. 250, RDSS 2011. 553 obs. D Cristol) ou s'il rapportait la preuve d'une cause étrangère (CE, 12 mars 2014, *M et Mme P...* n°358111, Lebon p. 855).

La Cour de cassation a adopté dans un premier temps un raisonnement assez proche de votre arrêt *Cohen* en instaurant une présomption de faute en particulier dans les salles d'opération (Civ. 1^{ère} 21 mai 1996, Bull. 1996, I, N°219 ; R. 1996, p. 317, *Gaz. Pal.* 1997, n°277, p. 8, note S. Hocquet-Berg, *RJ com* 1997-02, n°2, p 59, note A. Hassler), auxquelles elle assimilait les salles d'accouchement (Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, Bull. Civ, I 1998, n°210 ; R. 1998, p. 276 ; JCP 1999. II. 1295, note I. Denis-Chaubet ; D. 1999, p. 653, note V. Thomas). A partir de 1999, elle a substitué à la présomption de faute un régime fondé sur **l'obligation de sécurité de résultat dont la clinique privée ou le médecin libéral¹⁰ ne pouvait s'exonérer qu'en prouvant l'existence d'une cause étrangère** (Civ.1^{ère}, 29 juin 1999 n°1267 *CPAM de la Seine Saint Denis c/ Henry et autres* ; n°1268 *Aebi c/ Marek et autres* ; n°1269 *Follet c/ Friquet et autres*). Ce régime était plus favorable aux victimes en évitant que le défendeur ne s'exonère trop facilement de sa responsabilité en se bornant à établir le respect de ses obligations réglementaires en matière d'asepsie.

3. C'est dans ce contexte jurisprudentiel marqué par un raisonnement en termes de présomption de faute qu'intervient la loi du 4 mars 2002 qui a défini un nouveau régime d'indemnisation, consacrant pour l'essentiel la solution dégagée par la Cour de cassation en 1999. Rappelons succinctement que la loi Kouchner a posé le principe que la responsabilité des établissements de santé publics ou privés ne peut être engagée qu'en cas de faute¹¹. En contrepartie, le législateur a prévu la réparation par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale des dommages les plus graves découlant d'accidents médicaux non fautifs, à la double condition qu'ils excèdent un certain seuil de gravité et qu'ils puissent être regardés comme anormaux au regard de l'état initial du patient et de son évolution prévisible¹².

Le législateur a été tenté, dans un premier temps, de couler dans ce moule le régime d'indemnisation des infections nosocomiales. Mais il est apparu au cours de la discussion parlementaire que cette solution présentait l'inconvénient pour les victimes de cantonner l'indemnisation aux dommages les plus graves et d'exclure ceux qui ne présentaient pas un caractère anormal au regard de l'état de santé du patient et de l'évolution prévisible de celui-ci (par exemple si la victime souffrait d'immunodépression). Le législateur a fait le choix de maintenir le principe d'une **responsabilité de plein droit, sauf preuve d'une cause étrangère, au titre des infections nosocomiales**, en la limitant toutefois aux établissements de soin, publics ou privés. Si le dommage était imputable à un professionnel de santé ou que l'établissement parvenait à apporter la preuve d'une cause étrangère, le régime de droit commun de l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs s'appliquait, avec une prise en charge par l'ONIAM sous réserve que les conditions de gravité et d'anormalité soient remplies.

⁹ Chaque individu est porteur de nombreux germes, dans son tube digestif et sur sa peau, inoffensifs jusqu'à ce qu'ils soient déplacés à l'occasion d'un acte médical. Une désinfection insuffisante avant une perfusion ou un simple geste chirurgical peut ainsi conduire à rendre pathogène le staphylocoque doré qu'il est banal de trouver sur l'épiderme.

¹⁰ A noter que, pour les médecins libéraux, la loi d mars 2002 a mis fin à cette obligation de résultat.

¹¹ Art L142-1, I, 1^{er} al. du code de la santé publique (CSP).

¹² Art. L 1142-1, II.

Par la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, le législateur a toutefois **déchargé les établissements de santé de l'obligation de réparer les conséquences des infections les plus graves**, c'est-à-dire celles qui causent un taux d'incapacité permanente partielle supérieure à 25 % ou le décès du patient (article L. 1142-1-1 du code de la santé publique). L'ONIAM dispose cependant d'une action subrogatoire en cas de faute de l'établissement, en particulier dans l'hypothèse d'un manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales (dernier alinéa de l'article L 1142-17 et 2^{ème} aliéna de l'article L 1142-21, I, 2^{ème} al. du code de la santé publique)¹³. La différence de traitement entre professionnels de santé libéraux et établissements de santé a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC du 1er avril 2016 (n°2016-531, *M. Carlos C.*, comm. J.P. Vauthier et F. Vialla, Recueil Dalloz 19 mai 2016, n°18, p. 1064-1068).

4. Ce cadre législatif, toujours en vigueur, a quelque peu achoppé sur l'absence de définition juridique de l'infection nosocomiale. Le législateur s'est en effet, à dessein, gardé d'en tracer les contours, estimant qu'il appartiendrait aux juges de construire cette définition à partir de cas concrets¹⁴. C'est donc de façon prétorienne que vous avez façonné cette définition au fil des affaires qui se sont présentées à vous.

La première étape consista à admettre que les infections **nosocomiales d'origine endogène**, c'est-à-dire provenant d'un germe dont le patient était porteur préalablement à son hospitalisation, n'étaient pas, par nature, exclues de l'indemnisation (CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier d'Angers* n°328500, Lebon p. 458, AJDA 2011.2536 note C. Lantero)¹⁵. La solution découle des termes mêmes de la loi qui n'opère aucune différence entre les germes exogènes et endogènes. La distinction s'était de toute façon avérée d'un maniement délicat faute de pouvoir déterminer, dans la plupart des cas, l'origine de l'agent pathogène en cause dans l'infection.

Vous avez ensuite consacré une **définition jurisprudentielle** par votre décision du 21 juin 2013, *Centre hospitalier du Puy-en-Velay*, n°347450, Lebon p. 177 (note C. Lantero, AJDA, 2013, p. 2171) qui a repris l'idée qu'une infection nosocomiale contractée à l'hôpital devait être indemnisée que son origine soit exogène ou endogène, à moins que la preuve d'une cause étrangère soit rapportée, mais **en réservant la qualification de nosocomiale aux infections « survenant au cours ou au décours¹⁶ d'une prise en charge et qui n'étaient ni présentes, ni en incubation au début de la prise en charge »**. La durée d'incubation retenue est généralement de 48H. Cette définition, qui s'inspire de travaux antérieurs faisant consensus¹⁷, permet de qualifier de nosocomiales les infections nouvelles développées à partir de foyers de germes devenus pathogènes au cours de l'hospitalisation. La formulation retenue ménageait la possibilité de ne pas retenir une telle qualification pour une infection survenue

¹³ Les dispositions prévoyant l'application, en cas d'infection nosocomiale, du régime des accidents non fautifs n'ont pas été abrogées mais leur champ d'application s'est en pratique trouvé réduit aux infections imputables aux professionnels de santé.

¹⁴ Voir le rapport au nom de la commission mixte paritaire, commentaire de C. Evin, rapporteur pour l'Assemblée nationale, n°3587 du 12 février 2002.

¹⁵ Voir également CE 26 novembre 2012, *Centre hospitalier de Rochefort*, n°344862, et 15 mai 2013 *CHU de Nantes*, n°343818, inédites.

¹⁶ Terme usuellement utilisé à propos du déclin d'une maladie ... ou de la lune. Il est probablement inapproprié mais usuellement utilisé en la matière.

¹⁷ Elle reprenait en particulier la recommandation sur la prévention des infections hospitalières adoptée le 25 octobre 1984 par le comité des ministres du conseil de l'Europe et sur la définition donnée par le comité technique des infections nosocomiales et des infections liées aux soins figurant dans un rapport au Haut Conseil de la santé publique datant de 2007.

pendant la prise en charge si la preuve était rapportée qu'elle n'était pas due aux soins. Le critère temporel conduisait à présumer que l'infection était imputable au séjour ou aux actes médicaux, et donc nosocomiale, mais cette présomption pouvait céder devant la preuve contraire.

Cette définition a été appliquée à plusieurs reprises, ainsi dans le cas d'une infection nosocomiale contractée par la mère qu'elle avait elle-même transmise au fœtus qu'elle portait (CE, 12 mars 2014, *ONIAM*, n°359473, Lebon T. pp. 855-862) ou de la contamination d'un greffon par un germe infectieux préalablement à une transplantation rénale (CE, 30 juin 2017, *ONIAM*, n°401497, Lebon T. pp. 732-796). Dans un arrêt *R...* du 8 juin 2017, n°394715, à nos conclusions contraires, vos chambres réunies ont adopté une lecture plus rigide des critères posés par votre jurisprudence *CH du Puy-en-Velay*. Elles ont estimé que si une cour regardait comme établi que l'inflammation dont se plaignait la victime « *avait été causée par une infection, il lui appartenait seulement de vérifier si celle-ci était présente ou en incubation lors de l'admission et, en cas de réponse négative, de reconnaître son caractère nosocomial et de rechercher si l'établissement apportait la preuve d'une cause étrangère* ». **Cette motivation suggère que la présomption résultant du critère temporel est irréfragable : il faut et il suffit** que l'infection survienne au cours de l'hospitalisation, en tenant compte du délai d'incubation, pour que celle-ci soit nosocomiale. Commettait ainsi une erreur de droit une cour se fondant pour écarter la qualification d'infection nosocomiale sur l'affirmation contenue dans le rapport d'expertise selon laquelle l'inflammation en cause était liée à une infection virale « sans rapport avec les soins ». Ce précédent *R...*, n°394715, n'est toutefois pas fiché et ne saurait être regardé comme ayant engagé la jurisprudence sur un point qu'il vous appartient aujourd'hui de trancher. Il a le mérite de mettre en exergue l'embarras né de l'inclusion des pathologies provoquées par des germes endogènes dans la catégorie des infections nosocomiales lorsque ceux-ci ne sont pas devenus pathogènes en raison d'un geste médical mais du fait de l'état du patient.

5. Dans quelle mesure une infection survenant au cours du séjour à l'hôpital en dehors du délai d'incubation dont il serait établi qu'elle n'est pas en lien avec les soins prodigués doit-elle être qualifiée de nosocomiale ? Telle est la question que soulève le litige qui oppose les enfants de Mme B... au centre hospitalier d'Elbeuf-Louviers-Val-de-Reuil. Leur mère, alors âgée de 76 ans, a été admise dans cet établissement le 14 janvier 2003 pour un accident vasculaire cérébral (AVC). Le 25 janvier, elle est transférée en service de réanimation en raison d'une détresse respiratoire liée à une inhalation broncho-pulmonaire causée par des troubles de la déglutition d'origine neurologique, conséquence directe et bien connue de l'infarctus cérébral. Il est en effet fréquent qu'un patient présente de tels troubles juste après un épisode d'AVC, qui l'expose à des fausses routes avec inhalation, des épisodes asphyxiques et des pneumopathies de déglutition engageant le pronostic vital. L'enjeu est de savoir si l'infection pulmonaire dont a été victime Mme B... doit dès lors être qualifiée de « nosocomiale ».

Le rapport d'expertise (p. 13) indique que cette pneumopathie d'inhalation « *résulte d'une inhalation par troubles de déglutition lié à la paralysie partielle du carrefour pharyngolaryngé. Les germes en cause sont d'origine endogène et répondent à la flore pharyngée habituelle à laquelle s'ajoute une colonisation obligatoire liée aux modifications des conditions nutritionnelles et à l'hospitalisation. Le principal germe mis en cause a été un *E. coli* de sensibilité habituelle aux antibiotiques et a bénéficié d'un traitement adapté. Cette infection peut être qualifiée de nosocomiale en termes de temps et de lieu puisqu'elle est survenue dans l'établissement hospitalier plus de 48 heures après l'entrée de la patiente. Cependant, dans son mécanisme, elle fait intervenir des causes endogènes tant en terme mécanique qu'en terme microbien. Il n'existe pas de moyen de prévention totalement efficace* »

quant à la survenue de ce type de pneumopathie en cas d'accident vasculaire cérébral massif. Une suspension d'alimentation et d'hydratation orale a été mise en oeuvre avec recours à une sonde nasogastrique (et secondairement une gastrostomie d'alimentation). Cependant, l'existence d'un reflux gastro-oesophagien est la cause de régurgitations du liquide gastrique qui pénètre ensuite les bronches de manière inévitable. L'infection aurait pu survenir de la même manière en dehors de l'hospitalisation ». Mme B... a survécu à cette infection mais, devenue grabataire, elle a été placée sous ventilation contrôlée et ne parviendra jamais à se réalimenter normalement. Plusieurs épisodes infectieux s'enchaîneront jusqu'à son décès le 6 mai 2005, la contraignant à rester la plupart du temps hospitalisée au cours de ces deux années.

Sa fille a saisi le 18 novembre 2009 la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI) de Haute-Normandie qui a estimé que les conditions d'engagement de la responsabilité du centre hospitalier ou de mise en oeuvre de la solidarité nationale n'étaient pas réunies. Le tribunal administratif de Rouen a toutefois reconnu la responsabilité du centre hospitalier dans la survenue en janvier 2003 de la pneumopathie et l'a condamné à verser à la requérante une somme de 5 508,80 euros. La fille de Mme B... (Mme T...) a fait appel de ce jugement estimant insuffisante l'indemnisation accordée. La cour administrative d'appel de Douai, par l'arrêt attaqué en date du 21 juin 2016, a fait droit à l'appel incident formé par le centre hospitalier et par conséquent rejeté la requête de Mme T..., qui s'est pourvue en cassation. La cour a en particulier déduit du fait que l'épisode infectieux, survenu certes plus de 48 heures après l'admission, mais *« dont les hommes de l'art indiquent au demeurant qu'il aurait pu survenir de la même manière en dehors de toute hospitalisation »*, n'était pas en rapport, ne fût-ce que partiellement ou indirectement avec les soins prodigués à Mme B..., qu'il ne pouvait présenter un caractère nosocomial au sens de l'article L1142-1 du code de la santé publique. Le pourvoi plaide **l'erreur de droit à avoir écarté la qualification d'infection nosocomiale alors que le critère temporel était rempli**.

6. Votre première tentation pourrait être d'accueillir ce moyen d'erreur de droit et de confirmer l'approche de l'arrêt R..., n°394715. Vous en tenir strictement aux critères dégagés par la jurisprudence *CH du Puy-en-Velay* aurait le grand mérite de la simplicité, surtout que la preuve de l'absence de lien avec les soins risque d'être difficile à rapporter. Par ailleurs, le législateur a prévu la possibilité, pour un centre hospitalier, de s'exonérer de sa responsabilité en faisant valoir la « cause étrangère », ce qui pourrait suffire à limiter les inconvénients d'une définition assez frustrante de l'infection nosocomiale par la seule prise en compte du critère spatio-temporel.

Cette approche se heurte à des objections qui tiennent autant aux difficultés de maniement de la cause étrangère qu'à des considérations qui relèvent davantage de l'opportunité.

La **cause étrangère**, dont on parle beaucoup mais qu'on ne voit guère, apparaît à bien des égards comme **l'arlésienne du droit de la responsabilité hospitalière**, tant la jurisprudence peine à donner une illustration concrète de cette notion lorsque sont en cause les infections nosocomiales.

Il s'agit d'une notion qui, bien qu'issue du droit civil¹⁸, est loin de vous être inconnue, en particulier dans vos raisonnements de juge de plein contentieux. Le Pr Chapus¹⁹ la définit

¹⁸ C'est en effet une cause d'exonération légale dans certains cas de responsabilité contractuelle ou délictuelle. L'article 1147 du code civil prévoit ainsi qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au

comme **tout fait juridique susceptible de jouer un rôle dans la réalisation du dommage et donc de venir atténuer la responsabilité du défendeur**. Il mentionne comme cause étrangère le comportement de la victime, le fait du tiers et la force majeure. Il existe dans la doctrine une acception plus étroite²⁰ qui limite la cause étrangère à l'hypothèse de la force majeure, au motif qu'elle seule détruit le lien de causalité entre le fait et l'administration. Depuis une note du doyen Hauriou sous l'arrêt *Ambrosini* du 10 mai 1992 (S. 1912, 3, p. 161) vous veillez en principe à distinguer le cas fortuit de la force majeure, les deux notions étant départagées par les concepts d'intériorité et d'extériorité (concl. Latournerie sur CE, 25 janv. 1929, *Sous-secrétaire d'État aux PTT c/ Sté Gaz de Beauvais* : Rec. CE 1929, p. 94. – concl. Théry sur CE, 20 juill. 1971, *Département du Var* : CJEG 1971, p. 235). La retenue avec laquelle vous avez recours à la notion de cas fortuit, pour l'essentiel quelques arrêts du contentieux des dommages des travaux publics²¹ et une relative faiblesse théorique, ont pu conduire certains auteurs à considérer qu'il s'agissait d'une notion tombée en désuétude (voir Ph. Ségur, *Le cas fortuit en droit administratif ou l'échec d'une construction doctrinale* AJDA 1994, p. 171), tout comme d'ailleurs le concept de « cause inconnue » esquissé par l'arrêt précité du 25 janvier 1929 *Compagnie du Gaz de Beauvais* (voir surtout note Bonnard S. 1929. III.1) qui n'a guère connu de postérité contentieuse.

Quoi qu'il en soit, vous avez toujours appréhendé la notion de « cause étrangère » s'agissant des infections nosocomiales en vous référant à l'approche civiliste qui ne lui fait produire son caractère exonératoire qu'à la condition **qu'elle présente les caractéristiques qui sont celles de la force majeure** : elle doit être **extérieure** au demandeur, **imprévisible** dans sa survenance et **irrésistible** dans ses effets.

La rigueur de ces critères est toutefois susceptible de rendre **la preuve de l'existence d'une cause étrangère presque impossible à rapporter**. Son caractère insaisissable explique qu'aucune de vos décisions n'en ait, jusqu'ici, reconnu l'existence, alimentant le scepticisme des commentateurs sur l'intérêt de la notion²². Certes, les arrêts s'y réfèrent, mais toujours pour l'écarter : ainsi l'état initial fortement dégradé du patient ne suffit pas à rapporter la preuve d'une cause étrangère dès lors que la condition d'extériorité n'était pas remplie, puisque l'infection trouvait son origine dans les mesures de réanimation dont la victime avait fait l'objet (CE, 17 février 2012, *Consorts M...* n°342366, aux Tables p. 985). Dans votre décision du 10 octobre 2011 *CHU d'Angers*, (n°328500, Lebon p. 458, note C. Lantero, AJDA 2011, p.2536 et S. Boussard D.A, n°1, janvier 2012, 11) vous avez estimé qu'une infection endogène provoquée par un germe présent sous une forme non pathogène dans l'organisme²³, qui constituait un risque connu bien que très difficile à prévenir, n'était ni

paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (...) ». La cause étrangère constitue ainsi la seule cause d'exonération lorsqu'existe une obligation de résultat, entraînant un régime de responsabilité objective sans faute. En matière de responsabilité délictuelle, c'est également la seule cause permettant d'écarter la présomption de responsabilité posée par l'article 1384 du code civil pour le fait de personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde.

¹⁹ *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., Montchrétien, 2001, n°1415, T. 1, p.1248

²⁰ En droit privé, la coïncidence entre la cause étrangère et la force majeure est tout aussi discutée. Le Pr. Jourdain indique dans le fascicule du juriscasseur *Responsabilité civile et assurances*, art 1382-1386, fasc 16, n°3 intitulé Droit à réparation (lien de causalité, cause étrangère) que l'expression « cause étrangère » avait une double signification : « *dans un sens large, elle englobe tous les événements, quelle que soit leur origine, susceptibles d'avoir une influence sur le lien de causalité, et, partant, sur la responsabilité du défendeur (...). En un sens plus étroit, la cause étrangère est celle qui présente certaines caractéristiques attribuées aujourd'hui à la force majeure* ».

²¹ CE, 28 nov. 1986, *Communauté urbaine de Lille* : Dr. adm. 1987, comm. 50, pour la projection d'un éclat d'obus par l'hélice d'une tondeuse à gazon.

²² C. Lantero, *Une infection déclarée à l'hôpital n'est pas nécessairement une infection contractée à l'hôpital* AJDA 2013.

²³ Mais c'était bien l'intervention chirurgicale pour neurinome de l'acoustique qui avait conduit à ce que germe endogène soit libéré.

imprévisible ni irrésistible, ce qui empêchait de conclure à l'existence d'une cause étrangère exonératoire.

La Cour de cassation, qui a pourtant davantage de recul sur la question puisqu'elle maniait la cause étrangère en la matière avant 2002, est tout aussi parcimonieuse²⁴. Il apparaît que si l'irrésistibilité de l'infection est en général peu contestée, **les conditions d'extériorité et surtout d'imprévisibilité font en revanche souvent défaut**²⁵. Elle exclut ainsi la cause étrangère lorsque l'infection a été provoquée par la pathologie de la patiente, faute d'incidence sur le fait qu'elle est « *consécutive aux soins dispensés et ne procède pas d'une circonstance extérieure à l'activité de l'établissement* » (1^{ère} ch. civ 14 avril 2016 14-23.909 *Mme Y. c/ clinique St Jean*, à publier au Bull.)²⁶ et juge qu'un risque connu de complication, fût-elle ou non fautive, ne peut constituer une cause étrangère exonérant un établissement de santé de sa responsabilité (Civ. 1^{ère}, 18 février 2009, *Chatrenet c. Sté polyclinique de Franche-Comté*, D. 2009. 630 n°08-15.979, D. 2009. 630, RDSS 2009. 359 obs. A. Vignon-Barrault, RTD civ. 2009. 503 obs. P. Jourdain). Les hypothèses dans lesquelles une complication possible ne peut être anticipée par le corps médical sont finalement assez rares. Le risque de contracter une infection nosocomiale fait, d'une manière générale, partie des aléas connus auxquels s'expose toute personne hospitalisée, spécialement si elle séjourne dans un service de réanimation ou d'urologie ou si une prothèse doit lui être implantée.

Constatant la difficulté à remplir le critère de l'imprévisibilité en matière d'infection nosocomiale, risque connu, qui paraît foncièrement contradictoire avec la dimension inopinée de la notion de force majeure, Sophie-Justine Lieber avait proposé dans ses conclusions sur l'affaire précitée *CHU d'Angers*, sans être suivie sur ce point, d'aménager les critères de la cause étrangère en suggérant de se fonder sur « **l'inévitabilité du risque** ». L'exigence que le risque soit imprévisible et irrésistible traduisait bien l'idée, vous disait-elle, qu'il ne pouvait être paré à cet aléa par des mesures préventives. Si cette preuve était rapportée et que le risque était alors inévitable, il n'était pas illogique de regarder remplis les critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.

Nous ne vous proposons pas de vous engager dans cette voie, aussi stimulante soit-elle. Faire de l'inévitabilité de l'infection la limite au devoir de réparation pesant sur les hôpitaux reviendrait, en effet, à **reconstituer subrepticement un régime de responsabilité pour faute que le législateur a clairement entendu exclure**. Il nous semble par ailleurs assez vain de déployer autant d'efforts pour tenter d'êtreindre le mirage d'une cause étrangère qui ne présente d'intérêt qu'en cas de préjudice mineur. La cause étrangère n'est en effet mentionnée que par les dispositions traitant de la responsabilité des établissements au titre des infections nosocomiales (art. L.1142-1, I, 2^{ème} al. CSP) et non par celles relatives à la prise en charge par l'ONIAM des infections les plus graves (article L 1142-1-1 CSP). Dès lors qu'une infection qualifiée de nosocomiale a été la cause d'un préjudice dont l'ampleur justifie une prise en charge au titre de la solidarité nationale, la notion de cause étrangère perd tout intérêt, sauf à ce que vous combliez de manière prétorienne le vide laissé par le législateur.

7. Nous ne pensons pas, pour autant, en dépit de l'impasse que constitue la cause étrangère, qu'il faille se résoudre à vous en tenir aux seuls critères chronologiques pour caractériser le caractère nosocomial d'une infection contractée à l'hôpital.

²⁴ Voir D. Duval-Arnould, *Les infections nosocomiales, point de jurisprudence*, Rec. Dalloz 2007, p. 1675

²⁵ C. Alonso, *La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir*, RFDA, 2011 p. 329

²⁶ Il s'agissait en l'espèce d'un hématome qui s'était infecté, alors même que la clinique n'avait commis aucune faute d'asepsie et que les deux germes en cause n'étaient habituellement pas pathogènes.

Ces critères sont pertinents pour qualifier la plupart des infections nosocomiales. Nous constatons d'ailleurs qu'ils coïncident, et c'est heureux, avec la manière dont le corps médical appréhende la notion d'infection nosocomiale, qui fait l'objet comme vous le savez d'un suivi attentif. Toute infection survenant à l'hôpital, sauf si elle était en incubation, est en effet considérée par les praticiens comme nosocomiale sans que cette qualification ait toutefois une quelconque incidence pratique, puisque ne font l'objet d'un recensement ou d'un signalement externe que les infections qui présentent un intérêt médical ou épidémiologique particulier (germes rares ou inattendus, ayant provoqué un décès, cas groupés / épidémie etc..).

L'enjeu est évidemment autre lorsqu'il s'agit d'indemniser le patient des dommages subis du fait de l'infection ainsi contractée au cours de son séjour à l'hôpital. L'ONIAM n'a certes pris en charge en 2016 que 52 demandes d'indemnisation au titre des infections nosocomiales²⁷ alors que plusieurs milliers de décès (4 000 en 2012) en seraient la conséquence directe chaque année. Vous pouvez ainsi mesurer le risque financier attaché à une reconnaissance trop systématique du caractère nosocomial des infections survenant à l'hôpital. Le législateur a certes construit un régime de responsabilité sans faute, mais il serait particulièrement déroutant, et d'une certaine manière démobilisant, qu'un établissement soit condamné à indemniser un patient des préjudices endurés du fait d'une pathologie qui se serait déclarée pendant une hospitalisation, dont il apparaîtrait avec évidence qu'elle serait sans lien avec les soins ou le séjour. On pourrait de surcroît voir dans cette prise en charge très généreuse une forme d'inéquité vis à vis des patients qui n'auraient pas eu en quelque sorte la « bonne fortune » de déclarer une infection principale ou secondaire au cours d'une hospitalisation. Nous pensons enfin que le développement des pratiques d'hospitalisation à domicile doit vous dissuader d'enfermer l'indemnisation des infections nosocomiales dans un cadre trop rigide. Le juge, doté du seul critère spatio-temporel, risque en effet de se trouver démuni lorsqu'il devra rechercher si une infection survenant au domicile d'un patient après une intervention chirurgicale effectuée en hôpital de jour doit être qualifiée de nosocomiale.

L'instauration d'un régime de responsabilité sans faute s'explique par le souci du législateur de ne pas faire peser sur la victime la charge de la preuve d'une faute de l'hôpital, fort difficile à rapporter. Pour autant, l'esprit de la législation nous paraît bien être **qu'un préjudice n'est indemnisable que si l'infection qui en est à l'origine est imputable à la prise en charge hospitalière**, c'est-à-dire aux conditions de séjour ou aux soins reçus. Dès lors que l'établissement hospitalier - ou l'ONIAM pour les dommages les plus graves - serait en mesure de rapporter, avec suffisamment de certitude, que l'infection n'est pas la conséquence d'actes, de traitement ou d'absence de soins, il nous paraît normal qu'il soit dégagé de sa responsabilité. L'hypothèse ne nous semble pas de pure école : en dehors de l'exemple de la pneumopathie de déglutition subie par Mme B..., on peut imaginer par exemple qu'un virus dormant tel un zona ou un herpès, contracté dans l'enfance, se réveille à l'occasion d'une pathologie qui aurait justifié une hospitalisation.

Cette approche nous paraît cohérente tant avec votre jurisprudence antérieure, réserve faite de votre toute récente décision *Mme R...*, n°394715, qu'avec celle de la Cour de cassation.

Il nous semble en particulier que vous ne remettrez pas en cause votre jurisprudence **qui ne fait pas de l'état immunodéprimé du patient un obstacle à la reconnaissance du caractère nosocomial d'une infection**. Si l'immunodépression est la conséquence ou la condition d'un traitement médical, ce qui est fréquent dans le cas de chimiothérapie ou de maladies sanguines, il ne pourra être invoqué un défaut de lien avec les soins prodigués. Si

²⁷ Source : rapport d'activité de l'ONIAM 2016.

l'immunodépression est inhérente à la pathologie ayant justifié l'hospitalisation, il nous semble que l'hôpital devra précisément redoubler de vigilance pour préserver le patient des germes susceptibles de déclencher un épisode infectieux.

La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée explicitement sur la question qui vous réunit aujourd'hui mais il nous paraît possible de dire, sans nous livrer à une exégèse trop audacieuse, que **plusieurs décisions consacrent l'idée qu'une infection nosocomiale devait être en lien avec les soins dispensés** (décision n° 09-67465 du 1^{er} juillet 2010, Civ 1 26 mai 2011, n° 10-17.446, inédite et 1^{ère} ch. civ 14 avril 2016 14-23.909 *Mme Y. c/ clinique St Jean* à publier au Bull., précitée).

Enfin la **littérature médicale** fait du lien avec les soins un élément de caractérisation des infections nosocomiales. Ainsi, pour ne donner qu'un seul exemple, l'Académie de médecine indiquait en 2005 que « *les infections nosocomiales sont celles scientifiquement prouvées imputables aux soins quelles que soient la qualité du soignant et la structure où est donné le soin, qu'il s'agisse d'un acte de diagnostic, de thérapeutique, de prévention ou de santé publique* »²⁸.

Résumons l'état du droit et la manière dont s'organisera la dialectique de la preuve si vous nous suivez :

Une infection nosocomiale sera définie comme une infection due à une prise en charge médicale, ce qui recouvre deux hypothèses : une infection causée par un germe contracté en raison des conditions de cette prise en charge ou du séjour dans l'environnement hospitalier (infection exogène) ou due à un germe normalement présent dans l'organisme mais devenu pathogène du fait des soins (infection endogène). Compte tenu de la difficulté à établir les modalités de contamination, **le caractère nosocomial se présumera comme aujourd'hui à partir d'un critère temporel** : l'infection devra être apparue au cours ou au décours de la prise en charge d'un patient, et n'avoir été ni présente ni en incubation au début de cette prise en charge. C'est au demandeur qu'il appartiendra d'établir que cette dernière condition sur l'absence d'infection au moment de la prise en charge est remplie selon un régime de preuve objective (il suffira le plus souvent de se référer au dossier médical pour prouver l'absence d'infection). S'appliquera alors un **régime de présomption du caractère nosocomial** de l'infection puisque les apparences chronologiques la rendront imputable à l'hospitalisation. La précision que vous apporterez sera que **cette présomption peut céder s'il est établi par l'hôpital que l'infection n'a pas été causée par les soins ou le séjour dans l'environnement hospitalier**, en particulier lorsque l'infection endogène est causée par la pathologie du patient. Quant à la cause étrangère, elle n'est pas nécessairement disqualifiée par la difficulté à surmonter l'imprévisibilité du dommage. Elle pourrait en particulier permettre d'exonérer la responsabilité d'un centre hospitalier si une infection nosocomiale était contractée du fait d'un tiers à l'établissement, qu'il s'agisse d'un autre professionnel de santé ou d'un proche de la victime.

8. Il nous reste à appliquer cette grille de lecture au litige.

Précisons qu'à l'instar de ce que juge la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 21 juin 2005, Bull. Civ. I, n°276, n°04-12.066), il nous semble que l'appréciation du caractère nosocomial d'une infection revêt une dimension essentiellement factuelle et doit, dès lors, être laissée à

²⁸ Rapport au nom d'un groupe de travail et de la commission VI (Maladies infectieuses et parasitaires) « *la lutte contre les infections nosocomiales* », P. Vayre.

l'appréciation souveraine des juges du fond, sous réserve de la dénaturation des pièces du dossier ou de l'erreur de droit.

Si vous nous suivez, s'agissant de la première infection contractée par Mme B..., **vous écarterez le moyen d'erreur de droit** ainsi que la contestation de l'appréciation à laquelle s'est livrée la cour. Aucun élément du dossier ne permet d'étayer une quelconque dénaturation des pièces du dossier compte tenu des conclusions du rapport d'expertise selon lequel l'infection subie avait été causée par la régurgitation du liquide gastrique ayant pénétré dans ses bronches en raison de troubles de la déglutition consécutifs à l'accident vasculaire cérébral dont la patiente avait été victime quelques jours auparavant.

Vous devrez, en revanche, faire droit au moyen du pourvoi qui critique l'arrêt en tant qu'il a exclu toute indemnisation de la requérante au seul motif que les **autres infections** contractées par sa mère n'avaient pas provoqué de séquelles et avaient été traitées efficacement. En dehors de la pneumopathie dont nous vous avons longuement entretenus, Mme B... a subi plusieurs épisodes infectieux au cours de ses nombreuses hospitalisations entre janvier 2003 et mai 2005 telles que des infections urinaires à la suite de la pose de sondes, des infections cutanées ou des épisodes de gastro-entérite. Le caractère nosocomial s'impose avec évidence pour certaines de ces pathologies mais est plus discutable pour les deux infections bronchiques et cutanées survenues au domicile. Mais la cour s'est de toute façon uniquement fondée sur l'absence de préjudice pour écarter les prétentions des requérants. Ces épisodes infectieux, d'une grande banalité, n'ont certes pas provoqué de séquelles comme le souligne l'arrêt, même s'ils n'ont pu que contribuer à affaiblir encore davantage le corps déjà bien éprouvé de Mme B.... Ils ont sans nul doute occasionné des souffrances supplémentaires et justifient à ce titre une indemnisation, certainement symbolique s'agissant d'une personne dont l'état général était considérablement dégradé, mais qui ne saurait être nulle. Rappelons que l'ensemble des préjudices subis par la victime, qu'ils soient matériels ou personnels, sont désormais transmissibles aux ayants droit, (CE, Section, 29 mars 2000, *APHP de Paris c/ Consorts J...*, Lebon p. 147, concl. D. Chauvaux)²⁹, ce qui inclut la souffrance de la victime, même si celle-ci n'a été que temporaire et n'a pas emporté de conséquences permanentes. En se contentant de relever l'absence de préjudice au motif que les infections en cause avaient été traitées efficacement sans laisser de séquelles à Mme B..., la cour a entaché son arrêt d'une **erreur de droit**.

EPCMNC à :

- **l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur les conséquences dommageables des infections contractées par Mme B... autres que celles survenues en janvier 2003 ;**
- **au renvoi de l'affaire dans cette mesure à la CAA de Douai ;**
- **à ce que le CH d'Elbeuf verse une somme de 3 000 euros à Mme B..., ep. T... au titre de l'article L 761-1 du CJA et au rejet du surplus des conclusions présentées par Mme T... ainsi que par l'ONIAM**

²⁹ Réserve faite de la perte de chance de survie, entendue comme perte de chance de vivre plus longtemps et de percevoir plus longtemps des revenus (CE 24 octobre 2008, *T...*, n°301 851, *Rec. p. 359*) qui n'est pas en cause ici.