N° 440852 – M. I...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 17 janvier 2022

Décision du 1^{er} février 2022

Mentionnée aux tables

Conclusions

Mme Cécile Barrois de Sarigny, Rapporteuse publique

Souffrant d'une maladie inflammatoire chronique de l'intestin (maladie de Crohn), M. I... a vu son état de détériorer au printemps 2009. Pris en charge au centre hospitalier universitaire de Rennes, le patient a été transféré le 30 avril 2009 à l'hôpital Saint-Louis, dépendant de l'AP-HP, où une intervention chirurgicale a été décidée en urgence au début du mois de mai 2009, consistant en une ablation subtotalaire du colon. Une complication est survenue au cours de cette intervention qui a entraîné une septicémie grave, nécessitant le jour même une nouvelle opération en urgence.

M. I... a saisi la commission régionale de conciliation et d'indemnisation d'une demande d'indemnisation des préjudices résultant pour lui des conditions de sa prise en charge et notamment de cet incident opératoire. Cette dernière ayant estimé que la prise en charge de la demande relevait de la solidarité nationale, l'intéressé a saisi l'ONIAM. Devant le refus de celui-ci, M. I... s'est tourné vers la juridiction administrative en mettant également en cause le centre hospitalier de Rennes et l'AP-HP. Les premiers juges ont condamné à la fois l'ONIAM et les centres hospitaliers, en faisant cependant porter l'essentiel de la charge de l'indemnisation sur l'Office au nom de la solidarité nationale, à raison de l'existence d'une infection nosocomiale grave au sens de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique. Les établissements de santé ont été condamnés à indemniser la victime pour deux autres infections subies par cette dernière, aux conséquences moindres, qualifiées également de nosocomiales.

C'est cette solution que la cour administrative d'appel de de Nantes, saisie par l'ONIAM, a remis en cause par l'arrêt attaqué aujourd'hui devant vous.

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

La cour a en premier lieu écarté la qualification d'infection nosocomiale, ce qui l'a conduite à rejeter la demande dirigée contre l'ONIAM.

Un détour par les faits s'impose. La situation du patient a dégénéré après que celui-ci a été victime au cours de l'opération d'une rétractation de la colostomie en intra-péritonéal, ce qui a entraîné la contamination de sa cavité abdominale avec des germes digestifs de son intestin.

On comprend de l'arrêt de la cour, succinctement motivé, - ce qui est d'ailleurs critiqué – que celle-ci a exclu la qualification d'infection nosocomiale au motif que les germes à l'origine de l'infection présentaient un caractère endogène et que la contamination avait pour origine un accident médical non fautif.

Sur ces deux points, les juges d'appel ont commis **une erreur de droit**.

L'infection nosocomiale, non définie par les textes, correspond, dans le dernier état de votre jurisprudence à « *une infection survenant au cours ou au décours de la prise en charge d'un patient et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de celle-ci, sauf s'il est établi qu'elle a une autre origine que la prise en charge* » (Section, 23 mars 2018, Mme B... , épouse T... , 4022378, p. 90). Dans l'acception qui est la vôtre, l'appréciation du caractère nosocomial d'une infection ne dépend donc pas de l'origine du germe, mais seulement de l'origine de l'infection du patient par ce germe (son effet pathogène). Le caractère endogène de l'infection de M. L... est dès lors une donnée inopérante, ainsi qu'il résulte de votre décision du 10 octobre 2011, Centre hospitalier universitaire d'Angers (n° 328500, Rec).

Il en va de même de la circonstance que la contamination ait pour origine un **accident médical non fautif**.

Trois régimes peuvent, vous le savez, être mobilisés pour l'indemnisation des infections nosocomiales, celui de responsabilité pour faute du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique (avec une responsabilité de plein droit pour les établissements de santé, sauf cause étrangère), celui de l'aléa médical du II de cet article, et celui des indemnisations nosocomiales les plus graves de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique.

Les deux derniers, qui reposent sur la solidarité nationale sont pris en charge par l'ONIAM. Il n'en va pas nécessairement de même lorsqu'est en cause l'application de l'article L. 1142-1-1.

Cette disposition a pour origine la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, dite loi About, qui, quelques temps après l'entrée en vigueur de la loi du 2 mars 2002 est venue sous la pression des assureurs, tempérer les effets de cette dernière à l'égard des établissements hospitaliers en matière d'indemnisation des infections nosocomiales les plus lourdes. Une procédure d'indemnisation dérogatoire a été instituée qui fait peser la charge de l'indemnisation sur l'ONIAM dès que l'infection nosocomiale entraîne un taux d'incapacité permanente supérieur à 25 % ou le décès du patient. Son champ d'application est plus restreint que celui de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique (et des deux régimes qu'il prévoit) dès lors qu'il ne mentionne pas comme lui les « *professionnels de santé* », mais seulement les établissements, services ou organismes de santé.

Contrairement à ce qu'a jugé la cour, nous croyons que le dépassement du seuil de gravité posé à l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique implique pour les établissements concernés un basculement dans le régime d'indemnisation qu'il prévoit, excluant donc l'application du II de l'article L. 1142-1.

Votre décision ONIAM du 13 juillet 2007, au Recueil (293196), qui a précisé les conditions d'application dans le temps de cette disposition rappelle qu'elle permet la prise en charge des

victimes « à la seule condition » que les infections aient entraîné un taux d'incapacité permanente supérieure à 25%. L'ONIAM ne peut par exemple s'exonérer de son obligation en invoquant la faute d'un établissement¹, même s'il dispose de la faculté de se retourner contre l'établissement fautif, en exerçant l'une des actions subrogatoire ou récursoire, prévues aux articles L. 1142-17 et L. 1142-21 du code de la santé publique². Il n'y a pas de raison qu'il puisse davantage se prévaloir des dispositions du II de l'article L. 1142-1 relative à l'aléa médical.

Certes, l'indemnisation relève également dans ce cas de la solidarité nationale mais les conditions posées pour en bénéficier sont plus défavorables pour la victime tenue d'établir l'existence d'un dommage « anormal » ce qui, vous le savez peut être malaisé, notamment lorsqu'une intervention s'avère indispensable pour la victime (cf., sur ce point, votre jurisprudence 12 décembre 2014, ONIAM c/ M. X... , n° 355052, p. 385 et ses suites, notamment les décisions, 4 février 2019, M. G... , n° 413247, T. pp. 1004-1020 et 30 novembre 2021, M. R... , 443922, Rec. T.) En l'espèce la cour a jugé que cette condition n'était pas remplie pour M. I... qui, bien que victime d'une infection nosocomiale dont les experts ont jugé qu'elle avait entraîné une incapacité permanente partielle de 40% n'a bénéficié d'aucune indemnisation. La distinction opérée entre les victimes d'infections nosocomiales graves selon qu'une faute ou un aléa en est à l'origine nous paraît inéquitable. S'il a été adopté pour satisfaire les demandes des assureurs des établissements, et limiter la responsabilité de ces derniers à l'égard des victimes, l'article L. 1142-1-1 n'en poursuit pas moins la finalité de satisfaire le besoin d'indemnisation des victimes des affections les plus graves.

Une telle différenciation entre les victimes ne résulte pas du texte de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique ni des travaux préparatoires de la loi du 30 décembre 2002. Et, contrairement à ce que soutient l'ONIAM devant vous, la définition que vous avez donné de l'infection nosocomiale ne permet pas davantage d'exclure les victimes d'aléas. Le lien de causalité que vous exigez entre l'acte de soin et le dommage repose sur l'unique circonstance que l'infection ait eu lieu « au cours ou au décours » de la prise en charge du patient, soit que l'infection soit bien imputable à l'acte de soin. L'idée est appuyée par la précision de la décision B... selon laquelle l'infection ayant une origine « autre que la prise en charge », n'est pas une infection nosocomiale, soit, pour reprendre les mots de Laurence Marion dans ses conclusions sur la décision de section lorsque « l'infection n'a pas été causée par les soins ou le séjour dans l'environnement hospitalier »³.

Dans ces conditions, dès lors qu'elle est bien consécutive à la prise en charge du patient, l'infection résultant d'un aléa médical peut être qualifiée de nosocomiale. En réalité, et comme le rappelle Domitille Duval-Arnould dans son ouvrage de référence, le II de l'article L. 1442-1 ne trouve quasiment jamais à jouer pour les établissements relevant du champ de l'article L. 1442-1-1 dès lors que le taux d'incapacité permanente partielle qui peut conduire à l'indemnisation de l'aléa a été fixé par décret à 24%⁴. Dès que ce taux est dépassé, on bascule dans le champ des infections nosocomiales graves.

C'est le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui juge assez nettement que la circonstance qu'un aléa thérapeutique soit à l'origine de l'infection est inopérante pour

¹ 31 juillet 2007, ONIAM, 293196, Rec.

² Soit avec l'exigence pour l'Office, d'établir qu'une faute est à l'origine du dommage, notamment un manquement caractérisé de l'établissement aux obligations posées pour la prévention des infections nosocomiales, 21 mars 2011, Centre hospitalier de Saintes, 334501, p. 132.

³ La « cause étrangère » n'est mentionnée qu'à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique.

⁴ D. Duval-Arnould, Droit de la santé, n° 214.321, p. 963.

l'application de l'article L. 1442-1-1 (18 février 2009, 08-15979, Bull I, p. 37, 14 avril 2016, 14-23909, Bull I, n° 1248). Le présent dossier vous donne l'occasion de le faire même si on trouve déjà dans votre jurisprudence une décision inédite en ce sens (30 décembre 2014, M. M... , n°366415, inédite).

Vous pourrez, si nous nous suivez, annuler l'arrêt de la cour en tant qu'il statue sur la prise en charge des préjudices subis par M. I... par l'ONIAM, au nom de la solidarité nationale.

Le requérant critique également la partie de l'arrêt qui écarte l'indemnisation de la victime sur le fondement d'une responsabilité pour faute de l'AP-HP⁵.

Sur ce point, M. I... reproche aux juges du fond d'avoir refusé de tirer de la perte de son dossier l'existence d'un manquement fautif dans sa prise en charge. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond qu'aucune donnée médicale n'a pu être retrouvée pour la période du 1^{er} au 6 mai 2009, qui a immédiatement précédé l'intervention chirurgicale décidée en urgence à l'hôpital Saint-Louis au cours de laquelle l'infection nosocomiale s'est déclarée. Du fait de la perte de son dossier, le requérant estime avoir été empêché d'établir qu'il n'avait pas fait l'objet d'une surveillance adéquate à l'hôpital Saint-Louis, où il venait d'être transféré.

L'obligation pour un établissement hospitalier d'établir, puis de conserver le dossier médical du patient, résulte des articles R. 1112-2 et R. 1112-7⁶ du code de la santé publique. La méconnaissance de cette obligation par l'hôpital Saint-Louis n'est pas contestée en l'espèce⁷.

Si votre jurisprudence est peu fournie sur ce sujet (voir toutefois, admettant indirectement que l'absence d'archives hospitalières constitue une faute, 21 octobre 2009, Delange, 309022, inédite), celle des cours administratives d'appel l'est d'avantage, ces dernières n'hésitant pas à qualifier de faute la perte d'un dossier, (CAA Bordeaux, 14 novembre 2008, n° 07BX01758, CAA de Paris, 7 février 2011, 10PA02035, 12 novembre 2012, 10PA03678,) ou la destruction anticipée d'archives médicales (CAA Marseille, 25 juin 2009, Mme Levy et autres, AJDA 2009, p. 1911, voir aussi, pour une erreur de transcription d'une fiche médicale, CE, 8 janvier 1959, C... et Centre hospitalier du Mans, p.19, AJDA 1959, p. 96). Nous inclinons également à penser qu'il y a là la manifestation défaut d'organisation du service public hospitalier, dans sa partie purement administrative.

La question qui vous est posée n'est toutefois pas celle de la reconnaissance d'une faute mais du préjudice qui peut être indemnisé en lien avec celle-ci, notamment le préjudice résultant d'une mauvaise prise en charge du malade.

Il ne fait pas de doute à nos yeux que la perte de son dossier médical pour un malade génère un préjudice indemnisable. Il en effet certainement possible d'admettre que la perte du dossier est source pour le patient d'un préjudice moral lié à l'impossibilité pour lui d'avoir accès aux données médicales le concernant, accès que le code de la santé publique consacre comme un droit (cf. article L. 1111-7). C'est la voie qu'ont déjà empruntées les juges du fond (CAA de Paris, 19 décembre 2014, 14PA00078, CAA Lyon, 23 mars 2010, 07LY01554, en exigeant parfois, s'agissant du dossier d'un ayant droit, la démonstration d'une atteinte morale spécifique CAA de Bordeaux, 14 novembre 2008, 07BX01758). Plus indirectement, vous

⁵ Ce qu'il incombe d'examiner pour s'assurer qu'une cassation plus large ne peut pas être envisagée.

⁶ Voir aussi u décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement des données de santé à caractère personnel, modifiant certaines dispositions du code de la santé publique, et l'arrêté interministériel du 11 mars 1968 portant règlement des archives hospitalières

⁷ Les documents ont été sollicités dans les délais de conservation.

avez déjà retenu l'existence d'une faute médicale dont l'origine se trouvait dans la perte des données relatives au malade, entraînant un retard de diagnostic, indemnisé en lui-même (cf. CE, 19 mars 2003, Centre hospitalier régional et universitaire de Caen, nos 195007 211317, p. 138 ; voir aussi, Cass, Civ, 1^{ère}, 3 février 2016, n° 15-10.228).

Le pourvoi vous suggère **d'emprunter une voie nouvelle**, consistant à poser en principe, en cas de perte du dossier médical, une inversion de la charge de la preuve de la faute médicale pour le patient, et de faire ainsi reposer sur le seul établissement de santé la démonstration que les soins, ou le suivi comme en l'espèce, ont été appropriés. C'est la voie empruntée par la Cour de cassation depuis 2012, dans les hypothèses dans lesquelles l'absence ou l'insuffisance des éléments fournis par les professionnels ou les établissements de santé ne permet pas de se prononcer sur les causes d'un dommage (Cass, 1^{ère} civ, 13 décembre 2012, 11-27347, Bulletin 2012, I, n° 261, Cass, 1^{ère} civ, 9 avril 2014, 13-14964, Cass, 1^{ère} civ, 26 septembre 2018, n° 17-20143). Elle permet l'engagement de la responsabilité de l'établissement, dès lors que celui-ci ne démontre pas qu'il a délivré des soins adéquats, le plus souvent au titre de la perte de chance, compte tenu de l'incertitude sur ce qu'aurait été l'état du patient en l'absence de faute⁸.

Le droit de la responsabilité administrative n'est pas sans connaître des régimes de présomptions de faute, y compris dégagés par voie jurisprudentielle. L'exemple le plus classique étant celui des dommages nés du défaut d'entretien normal des ouvrages publics (17 avril 1963, G... , Section, 13 octobre 1972, Caisse régionale de réassurance mutuelles agricoles, p.635). Il est d'autres illustrations, notamment dans le domaine médical, s'agissant des contaminations post-transfusionnelles par le virus de l'hépatite C indemnisée selon les règles posées par l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 dès lors que le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que la contamination a pour origine la transfusion.

Nous sommes pourtant réservée à l'idée de franchir le pas qui vous est proposé.

L'instruction des affaires devant le juge administratif repose vous le savez sur une logique de liberté de la preuve, qui cadre plutôt mal avec l'instauration d'un régime de présomption de faute. Il nous semble d'autant plus délicat de poser une règle de présomption dans l'hypothèse d'une perte du dossier du patient que si cette perte empêche le demandeur d'établir l'existence d'une faute elle empêche tout autant l'administration de s'en défendre. C'est ce qui explique que vous vous soyez refusés, précisément dans l'hypothèse de la perte du dossier, à étendre la règle de présomption d'imputabilité de la contamination à la transfusion posée à l'article 102 de la loi du 4 mars 2002, à l'existence même de la transfusion (Mme L H... et F... , 20 février 2008, 286505, Rec. T. p. 907, voir auparavant, 25 juillet 2007, Etablissement français du sang, n° 271247, T pp. 1063, 1067, 1093, 1095). Ainsi que l'indiquait Terry Olson dans ces conclusions sur cette affaire, la solution face à ce type de situation réside probablement dans un maniement souple de la charge de la preuve. Cette souplesse, vous le savez, caractérise déjà votre jurisprudence, lorsque les parties qui saisissent le juge ne sont pas en mesure d'établir les faits qu'elles avancent (Sect. 20 juin 2003, Sté des établissements Lebreton, p. 273)⁹. Ne pèsent alors sur ces dernières que la charge de l'allégation, qui les libères de la contrainte d'établir la réalité des faits qu'elles avancent tout en imposant qu'elles convainquent le juge de leur vraisemblance, par un faisceau d'éléments confortatifs. En excès de pouvoir, la méthode est posée en principe par votre décision Cordière (26 novembre 2012, 354108, p. 394), mais elle n'est pas ignorée du plein contentieux, et notamment du contentieux de la responsabilité comme en témoignent vos décisions Sté des établissements

⁸ cf. Cass, civ, 1^{ère}, 26 septembre 2018, n° 17-20143.

⁹ La preuve devant le juge administratif, H de Gaudemar, DA, 2009, n° 6, ét. 12

Lebreton et Mme L H... et F... (n°286505). Nous vous proposons d'en faire application dans l'hypothèse dans laquelle la perte du dossier médical empêche d'exclure toute faute dans la prise en charge d'un patient en exigeant du requérant qu'il fasse au moins état d'éléments de nature à mettre en doute la qualité de cette prise en charge. Il appartiendra alors au juge, compte tenu de ces éléments, de tenir compte de ce que le dossier médical était incomplet, dans son appréciation des fautes reprochées à l'établissement.

Si vous nous avez suivie, vous écarterez le moyen d'erreur de droit dirigé contre l'arrêt de la cour, laquelle a refusé d'engager la responsabilité pour faute de l'AP-HP dans la prise en charge de M. I... pour la période du 1^{er} au 6 mai, après son transfert du CHU de Rennes, au seul motif que son dossier était incomplet.

PCMNC au rejet du pourvoi.