



Infection nosocomiale et risque médico-légal

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé améliore-t-elle le règlement des recours liés aux infections nosocomiales ?

Isabelle Lucas-Baloup
Avocat à la Cour de Paris

Si les travaux de Pasteur avaient précédé ceux de Sieyès, peut-être la discussion eût-elle été engagée plus sérieusement sur la place des bactéries, virus et champignons dans notre droit. Si la loi sur l'indemnisation de l'infection nosocomiale d'origine non fautive avait été votée avant l'évolution d'une jurisprudence protéiforme constamment au secours des patients, peut-être les établissements de santé ne seraient-ils pas aujourd'hui assurés d'être condamnés, la « cause étrangère » les exonérant ayant été sans arrêt écartée par nos juridictions bien avant la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades. Le droit de l'infection nosocomiale est passionnant. La manière dont il a été traité dernièrement est pourtant décevante : le droit du microbe a été contaminé par le droit à la réparation et le droit de l'infection est fondé sur une définition à géométrie variable de la nosocomialité, si bien que les milliards de microbes que chacun de nous héberge ou rencontre quotidiennement souffrent singulièrement d'une crise d'identité qui perdure. En effet, ces biens meubles, dans la *summa divisio* de notre Code civil (décrits à l'article 528 comme des animaux ou des corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère), n'appartiennent à personne et sont dépourvus de gardiens. *Res nullius* par nature, ces choses qui n'ont jamais eu de maître, qui s'avèrent vierges d'appropriation, relèvent par voie de conséquence du domaine public (article 539, Code civil) et, à ce titre, de l'État (article 713, même code, qui ne distingue pas entre les châteaux abandonnés et les staphylocoques

dorés). L'application stricte du Code civil n'a jamais eu lieu en cette matière ; les bactéries et les virus perdent leur identité juridique à proximité d'un patient, en même temps qu'ils changent de dénomination et deviennent brutalement des « germes » caractérisés par leur action nuisible uniquement, considérés collectivement ; ils deviennent alors « risque infectieux », voire « infection nosocomiale » du grec *nosos* (maladie) et *komein* (soigner) que nos hygiénistes les plus distingués avouent dans les revues de droit médical ne pas pouvoir complètement éviter [29] et que leurs avocats éprouvent bien des difficultés à définir juridiquement [51].

Quelques lignes sur l'état du droit et sur l'état des lieux (pas toujours communs).

L'infection nosocomiale dans la loi du 4 mars 2002

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé renoue avec la tradition du droit de la responsabilité en France en introduisant dans le Code de la santé publique (CSP) un article L. 1142-1 aux termes duquel les établissements et les professionnels de santé ne sont responsables « des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute » : sans faute, pas de responsabilité (avec un sort particulier lorsque le préjudice provient du défaut d'un produit de santé). Les soignants et les hôpitaux, publics et privés, n'ont pas à répondre eux-mêmes de l'aléa thérapeutique et le même article pose le principe que la complication d'origine non fautive est réparée au titre de la solidarité nationale.

Une procédure de règlement amiable « en cas d'accident médical, d'affection iatrogène ou d'infection nosocomiale » est organisée aux articles L. 1142-4 et suivants du CSP selon les étapes principales suivantes : saisine d'une commission régionale de conciliation et d'indemnisation par la victime ou ses ayants droit si le malade est décédé ; expertise et avis de la commission dans les quatre mois ; à nouveau dans les quatre mois : offre d'indemnisation, par l'assureur des responsables, à défaut par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, établissement public à caractère administratif, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé gérant un fonds alimenté par les organismes d'assurance maladie dont le montant est fixé annuellement par la loi de financement de la Sécurité sociale. Le règlement doit intervenir dans le mois de l'accord de la victime ou ses ayants droit, soit dans les neuf mois de la saisine initiale de la commission régionale. En cas de désaccord sur le montant proposé amiablement, le tribunal compétent peut intervenir. Pour bénéficier de la réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale, le patient doit justifier d'une incapacité permanente dont le taux sera fixé par un décret (non encore publié) qui déterminera un barème et un pourcentage, au plus égal à 25 %, prévoit la loi du 4 mars 2002.

Le nouveau dispositif apparaît tout à fait satisfaisant : rapidité et simplicité de la procédure d'indemnisation pour le patient, qui n'est plus tenu en outre à exposer le coût de l'expertise médicale et peut toujours saisir le tribunal si l'offre ne lui convient pas ; les soignants et établissements voient, en ce qui les concerne, d'un bon œil la déjudiciarisation des affaires de responsabilité qui en évitera la médiatisation et la fin d'une tendance jurisprudentielle à mettre à leur charge de plus en plus de complications relevant de l'aléa thérapeutique... sauf — le mieux étant l'ennemi du bien — celles qui nous occupent ! En effet, un amendement n° 204 à l'article 58 du projet déjà adopté, présenté par M. Lorrain, rapporteur au Sénat, en séance du 6 février 2002, a proposé « de consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les infections nosocomiales » (obligation de sécurité de résultat, trois arrêts du 27 juin 1999), ce à quoi M. le ministre délégué a cru devoir répondre « sagesse »*

* cf. débats parlementaires, compte rendu analytique officiel de la séance du 6 février 2002 www.senat.fr

si bien que l'article L. 1142. 1 -I susvisé est désormais entaché d'un deuxième alinéa excluant l'infection nosocomiale du champ d'application de la responsabilité pour faute et engage « pour les dommages résultant d'infections nosocomiales » automatiquement la responsabilité « des établissements, services et organismes, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

Contrairement aux accidents médicaux et aux affections iatrogènes, l'infection nosocomiale ne relèvera donc pas, en application de cette loi, de l'aléa thérapeutique. Elle engagera la responsabilité des établissements de santé publics et privés, dont les assureurs et non la « solidarité nationale » supporteront le coût de l'indemnisation, même sans faute de leurs assurés, puisque l'exception au principe, la preuve d'une cause étrangère, n'est jamais reconnue par la jurisprudence en cette matière.

La preuve de la cause étrangère jamais rapportée dans le contentieux de l'infection nosocomiale :

La cause étrangère, événement non imputable à l'établissement de santé ainsi qu'aux personnes et aux choses dont il répond, de nature à l'exonérer de tout ou partie de la responsabilité qui pèse sur lui, recouvre une grande variété de faits et particulièrement d'événements qualifiés de « cas fortuit » ou « cas de force majeure ». Le professeur Fabrice Deferrard, dans une brillante Analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, a décrit « la recherche des éléments constitutifs de l'obligation de sécurité entreprise à l'aune des conditions traditionnelles de la cause étrangère — extériorité, imprévisibilité et irrésistibilité (inévitabilité) —, de l'événement », pour observer, en conclusion, qu'« en matière d'atteintes à l'intégrité physique ou à la santé, la jurisprudence ne veut pas qu'une cause libératoire puisse, en pratique, triompher aux dépens de la victime. Cette volonté prétorienne a pour conséquence de modifier de facto le régime de l'obligation de sécurité de résultat [...] que nous choisirons de nommer obligation de sécurité de quasi-garantie. La preuve de la cause étrangère n'est pas expressément interdite dans son principe, mais elle n'est jamais accueillie en pratique ».

L'examen de la jurisprudence récente conforte la pertinence de cette analyse. Les six derniers arrêts publiés ayant eu à statuer sur l'argument de cause étrangère exonératoire de la responsabilité d'un établissement de santé du chef d'une infection nosocomiale l'ont

systématiquement écartée (comme tous les autres auparavant) :

– cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre, 11 février 2000 : patient ayant déjà eu des infections staphylococciques, « *ce risque n'étant pas imprévisible et irrésistible ne constitue par un cas de force majeure* » (Juris-Data n° 107 377),

– cour d'appel de Besançon, 1^{re} chambre, 28 mars 2000 : *proteus mirabilis* chez nouveau-né, infection d'origine materno-fœtale, « *la clinique ne rapporte pas la preuve d'une cause étrangère puisque l'infection du cordon ombilical est à l'origine de la méningite de l'enfant, considérée comme nosocomiale si elle apparaît après un délai de 48 heures d'hospitalisation* » (Juris-Data n° 117 608),

– cour d'appel de Toulouse, 1^{re} chambre, 26 juin 2000 : infection endogène (staphylocoque épidermitis), circonstance indifférente, cause étrangère : non (Juris-Data n° 121 031),

– cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10^e chambre, 4 octobre 2000 : légionellose, ni imprévisible ni irrésistible, pas de cause étrangère (Juris-Data n° 135 804),

– cour d'appel d'Aix en Provence, 10^e chambre, 4 janvier 2001 : greffe de cornée, germe à gram négatif pyocyanique, indifférence du caractère endogène de l'infection, pas de cause étrangère (Juris-Data n° 134 469),

– cour d'appel de Besançon, 1^{re} chambre, 12 septembre 2001 : « *il est vrai que les complications post-opératoires telles que celles subies ne sont pas imputables à une faute médicale et devraient pouvoir être indemnisées dans le cadre d'une loi sur les aléas thérapeutiques, laquelle n'est encore qu'en projet [...]* » (Juris-Data n° 152 454).

Cet arrêt est particulièrement intéressant puisqu'il démontre, contrairement à ce qui a été affirmé pendant les débats parlementaires, que les magistrats attendaient l'entrée en vigueur de la loi organisant l'indemnisation de l'aléa thérapeutique pour cesser de condamner des établissements et professionnels de santé sans faute en matière de lutte contre le risque infectieux ! Au lieu de répondre à l'attente légitime de la jurisprudence, qui a dû, pour pallier la carence de la loi, créer de toutes pièces une « obligation de sécurité de résultat » pour indemniser sans faute les victimes d'une infection nosocomiale, celle du 4 mars 2002 exclut du dispositif qu'elle instaure le risque infectieux ! « Sagesse » ... ? ■