CONFERENCE SUR LES INFECTIONS NOSOCOMIALES

Le 28 septembre 2021 – CHU d’Amiens

Je ne reviendrai pas sur l’importance de l’expertise médicale qui a déjà été rappelée, qui est éminemment nécessaire pour les magistrats, qui ne sont pas des « sachants », et qui est le plus souvent indispensable pour cadrer le débat contentieux et trancher le litige.

Mon propos aura donc pour finalité d’appeler votre attention sur deux grandes problématiques juridiques auxquelles sont confrontés les magistrats, les parties et leurs avocats et qui concernent bien sûr les experts dans leur souci de répondre au mieux à la mission confiée par la juridiction, à savoir, en 1er lieu, le régime légal de la responsabilité et la notion même d’infection nosocomiale qui ont été pour le moins mouvants, évolutifs mais qui semblent aujourd’hui stabilisés, et, en 2nd lieu, les difficultés liées au le lien de causalité entre l’infection nosocomiale et le dommage subi par le patient.

S’agissant du 1er point, à l’heure actuelle, comme vous le savez le régime de la responsabilité résultant des infections nosocomiales résulte de l’art L. 1142-1 du code de la santé publique (CSP) introduit par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé connue également sous le nom de loi Kouchner

Que dit cet article ? Le dernier aliéna du I pose le principe d’une responsabilité de plein droit des établissements de santé en cas d’infections nosocomiales, sauf si la preuve d’une cause étrangère est rapportée.

Formulation facialement simple et claire qui pose le principe d’une forme de responsabilité sans faute qui est tout à fait dérogatoire puisque le même article pose le principe d’une responsabilité pour faute des établissements de santé mis à part une réserve, la prise en charge au titre de la solidarité nationale des conséquences des accidents médicaux non fautifs, les aléas thérapeutiques, mais à la double condition qu’elles excèdent le seuil de 24% d’incapacité permanente partielle et qu’elles sont anormales au regard de l’état initial du patient et de son évolution prévisible. Les deux autres régimes qui coexistent sont donc clairement plus restrictifs.

Toutefois, force est de constater que cette rédaction ne comporte ni de définition de ce qu’est ou de ce que n’est pas une infection nosocomiale pas plus de ce qu’est une cause étrangère. En vérité, il s’agissait là d’une volonté du législateur qui estimait, dans sa grande sagesse, qu’il appartiendrait au juge de construire cette définition à partir de cas concrets.

En réalité, cette responsabilité de plein droit n’a pas été une révolution complète puisqu’elle est le prolongement du régime jurisprudentiel antérieur de présomption de faute qui résultait de la jurisprudence « Cohen » du 9 décembre 1988.

Cette décision n’utilisait pas le terme d’infection nosocomiale mais admettait une présomption de responsabilité d’un centre hospitalier en cas d’introduction accidentelle dans l’organisme du patient d’un germe microbien (CE n°65087, 9 déc 1988, Cohen au recueil). L’époque à laquelle est intervenu cette décision n’est pas neutre puisque, la même année, les comités de lutte contre les infections nosocomiales étaient créés dans les établissements de santé suite à l’affaire du sang contaminé. Ce nouveau régime de présomption de responsabilité revenait sur celui de la faute simple résultant d’une décision « Savelli » de 1960, faute simple qui était déjà d’ailleurs plus favorable que la faute lourde qui prédominait alors.

A contrario, une infection ayant pour origine un germe déjà dans l’organisme du patient et qui s’est déclarée à la suite d’une intervention était considérée comme endogène et n’entraînait pas la responsabilité de l’établissement public hospitalier (CE n°211370, 27 sept 2002, Mme N. au Recueil). Mais encore fallait-il que le caractère endogène de l’infection soit certain (CE n°320052, 2 févr 2011, Leverne aux Tables). Le doute profitait donc déjà à la victime.

Quelques mois plus tard, le conseil d’Etat va abandonner cette dichotomie infection endogène/exogène pour rejoindre la Cour de cassation qui, dès 1999, considérait que le caractère endogène d’une infection n’était pas une cause étrangère. Nous avions donc jusque-là une différence notable de traitement selon si le litige était porté devant l’ordre judiciaire ou l’ordre administratif.

Ainsi, par la décision n°328500 du 10 oct 2011, « CHU d’Angers » au Recueil, le conseil d’Etat va affirmer que la présomption de responsabilité s’applique également en cas d’infections endogènes et que la cause étrangère devait s’entendre comme une infection présentant un caractère d’imprévisibilité et d’irrésistibilité. L’imprévisibilité était a contrario exclue en cas de risque connu et l’irrésistibilité reposait sur le caractère inévitable du risque, de telle sorte qu’aucune mesure préventive n’aurait permis qu’il ne se réalise pas.

Avouons-le de tels critères cumulatifs, qui sont ceux de la force majeure qui est une cause exonératoire bien connue en matière de responsabilité administrative, rendait la preuve d’une cause étrangère presqu’impossible à rapporter, ce qui, finalement, permettait de sceller le sort de cette arlésienne du droit de la responsabilité hospitalière, qui dans les faits n’a jamais trouvé à s’appliquer directement dans la jurisprudence.

Toutefois, à ce stade, il n’y avait toujours pas de définition juridique de l’infection nosocomiale, il faudra attendre la décision du 21 juin 2013 n°347450 du 21 juin 2013, « CH du Puy-en-Velay » au Recueil pour qu’une définition en soit donnée, définition qui, en réalité reprend celle donnée dès 1984 par le comité des ministres du conseil de l’Europe dans une recommandation sur la prévention des infections hospitalières, puis, en 2007 par le comité technique national des infections nosocomiales, à savoir « une infection survenant au cours ou au décours d'une prise en charge et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de la prise en charge ».

Il était alors possible de penser que la jurisprudence serait stabilisée sur le sujet mais ce n’était pas encore le cas. Dans un 1er mouvement, la jurisprudence a eu une lecture rigide des critères posés par cette décision en estimant qu’il fallait et qu’il suffisait qu’une infection survienne au cours de l’hospitalisation pour être qualifiée de nosocomiale (CE n°394715, 8 juin 2017, Brinis). Une telle position n’était pas sans poser de nouvelles difficultés puisqu’elle laissait supposer que les pathologies provoquées par des germes endogènes étaient des infections nosocomiales lorsque ceux-ci n’étaient pas devenus pathogènes en raison d’un geste médical mais du fait de l’état du patient.

C’est pourquoi, un 2nd mouvement va intervenir, par la décision n°402237 du 23 mars 2018 « Telali » qui va préciser la définition donnée par la décision « CH du Puy-en-Velay » en y ajoutant une réserve, à savoir, n’est pas une infection nosocomiale une infection dont il est établi qu’elle a « une autre origine que la prise en charge ».

Dans cette espèce, cette autre origine était en réalité la pathologie dont souffrait le patient ab initio, qui avait nécessité sa prise en charge en milieu hospitalier et qui avait conduit à la pénétration dans les bronches de liquide gastrique suite à un phénomène de régurgitation.

Cette définition semble aujourd’hui stabilisée, et, à titre d’exemple, a amené la Cour administrative d’appel de Douai à estimer qu’une infection trouvant son origine dans une nécrose cutanée au niveau d’une fracture ouverte, nécrose elle-même favorisée par une insuffisance vasculaire préexistante implique que l’infection a une autre origine que la prise en charge (CAA de Douai n°17DA00434, 27 juin 2019, CH du Havre).

De même, la CAA de Nantes a quant à elle récemment jugé que la contamination d’un enfant à naître par des germes commensaux présents dans l’organisme de la mère et qui avaient été à l’origine d’une infection materno-fœtale dans un contexte de rupture de la poche des eaux ne constitue pas une infection nosocomiale (CAA de Nantes n°19NT03104, 9 avr 2021, Hamanache).

En revanche, toujours à titre d’exemple, la CAA de Douai a récemment jugé que la contamination par le Mers Co V d’un patient par un autre patient hospitalisé dans la même chambre, donc une transmission interhumaine intra-hospitalière, constituait une infection nosocomiale (CAA de Douai n°19DA01340, 20 oct 2020, CPAM du Hainaut).

Face à la définition légale du régime de responsabilité applicable, la jurisprudence a donc mis plus de 15 ans pour aboutir à une définition stabilisée qui, de facto, a remplacé la notion légale de « cause étrangère », par celle plus pragmatique « d’autre origine que la prise en charge » comme seule cause exonératoire pouvant être invoquée.

3/ Le 2nd point que je souhaitais soumettre à votre attention est celui du lien de causalité entre l’infection et le dommage, point extrêmement important puisqu’il conditionne le droit à indemnité de la victime, ce qui est en réalité, le nerf de la guerre dans ce type de contentieux.

La plupart du temps, la situation est simple même si les conséquences peuvent être dramatiques, l’infection est à l’origine exclusive du dommage. Dans ce cas, la seule question pour déterminer la personne responsable est de savoir si le taux d’atteinte permanente à l’intégrité physique ou de déficit permanent partiel (DFP) de la victime est supérieur à 25% et donc si la prise en charge du dommage relève de l’établissement de santé ou de l’ONIAM.

En revanche, la situation est bien plus complexe lorsque l’infection contractée n’a été à l’origine que d’une perte de chance d’éviter le dommage subi, en particulier dans le cas où l’infection fait perdre une chance d’amélioration de l’état de santé.

Comment fixer le taux de DFP résultant de l’infection nosocomiale ?

Faut-il imputer le taux de perte de chance au taux de DFP total ou déterminer ce taux indépendamment de la perte de chance d’éviter le dommage ?

D’une manière globale, il ne faut pas oublier que la notion de perte de chance résultant de la décision « CH de Vienne » du 21 décembre 2007, ne constitue qu’une modalité d’évaluation du préjudice subi par la victime et pas une méthode d’appréciation du dommage corporel.

Si une personne a souffert d’un pretium doloris de 4/7 en lien avec une infection nosocomiale qui lui a fait perdre une chance de 50% que le dommage ne survienne, ce pretium doloris ne vas pas être ramené à 2/7. Par contre, le taux de perte de chance sera imputé sur l’indemnité évaluée sur la base de 4/7, ce qui est différent, et ce d’autant que les barèmes d’indemnisation comme celui de l’ONIAM sont souvent exponentiels.

Dès lors, comme l’a rappelé le Conseil d’Etat, dans sa décision n°422754 du 12 févr 2020, « ONIAM » aux Tables, dans une telle situation, le taux de DFP doit correspondre à la différence entre, d’une part, la capacité que l'intéressé aurait eu une très grande probabilité de récupérer grâce à l'intervention en l'absence de cette infection et, d'autre part, la capacité constatée après consolidation du préjudice résultant de l'infection. Autrement dit, ce taux correspond au delta entre le DFP constaté après l’infection et le taux qui aurait dû être celui du patient sans l’infection.

L’idée sous-jacente est que toute opération ne conduit pas à la guérison complète du patient et que l’état antérieur peut générer un DFP propre.

Autre problème de causalité pouvant se poser, le cas où une infection nosocomiale a été à l’origine pour le patient d’une perte de chance d’éviter que le dommage ne survienne mais dans un contexte où cette infection est elle-même la conséquence d’une faute médicale. Dans une telle situation, la Cour de Douai a récemment jugé que, dès lors que la faute médicale commise était à l’origine exclusive de l’infection nosocomiale, il convient d’indemniser l’intégralité du préjudice subi sans tenir compte de la perte de chance (CAA de Douai n°19DA01479, 6 juill 2021, CPAM de l’Aisne). Il s’agissait en l’espèce d’une infection contractée au cours d’une opération du mauvais genou du patient. On ne peut pas ici raisonner en terme de perte de chance puisque, sans la faute médicale initiale, l’infection nosocomiale ne serait pas, de fait, intervenue.

Ce n’est donc pas neutre pour l’indemnisation de la victime.

Par ailleurs, il faut rappeler que la responsabilité de plein droit ne joue qu’au bénéfice de la victime, et, qu’en revanche, l’ONIAM ne peut se retourner contre l’établissement de santé qu’en cas de faute établie à l’origine du dommage tel que prévu par le I de l’art L. 1142-21 du CSP et en particulier dans le cas de manquements caractérisés de la prise en charge de cette infection (pour un ex récent CAA de Marseille n°20MA00109, 6 mai 2021, Lombardo). L’organisme de sécurité sociale et plus largement les tiers-payeurs disposent de la même action (CE n°384349, 17 févr 2016, CPAM de l’Artois aux Tables).

Il est donc très important de savoir s’il y a une faute à l’origine de l’infection nosocomiale, même si c’est indifférent en terme d’évaluation du dommage de la victime.

En revanche, si les fautes commises n’ont entraîné qu’une perte de chance d’éviter l’acte médical au cours duquel a été contracté l’infection, en ce cas, l’ONIAM pourra obtenir la condamnation de l’établissement de santé à le rembourser de l’indemnité allouée en proportion du taux de perte de chance (CE n°410142, 25 mai 2018, ONIAM c/AP-HP aux Tables).

Enfin, dernier cas de figure, celui dans lequel il n’existe pas de certitudes médicales sur le lien de causalité entre l’infection et le dommage. Dans une telle situation, le juge doit se fonder sur l’ensemble des éléments pertinents du dossier pour déterminer si cette imputabilité peut être retenue (CE n°387590, 27 juin 2016, Duez). Quels sont ces éléments ? Sans être exhaustif, cela peut être la temporalité des faits et le délai dans lequel est apparue l’infection, les antécédents du patient, les actes médicaux pratiqués ou les traitements dispensés. Bien entendu, une nouvelle fois, l’avis éclairé de l’expert est plus qu’utile.

Dans ce cadre, vous l’aurez compris, si les questions posées à l’expert sont souvent brèves, nous avons pourtant besoin du maximum de précisions possibles sur le contexte et le contour de l’infection contractée, tant les problèmes juridiques sont variés et sans quoi le juge peut très vite être démuni pour statuer.

Voilà les quelques éléments que je souhaitais porter à votre attention, en soulignant une nouvelle fois que l’expertise médicale en la matière est un outil indispensable pour les magistrats.