

## Le COVID 19 et infection nosocomiale : une nécessaire clarification.



**La confusion est trop souvent entretenue entre le sens épidémiologique et le sens juridique du terme d'infection nosocomiale. Si le COVID peut être considéré comme une infection nosocomiale pour les épidémiologistes, il devrait en aller autrement pour les juristes.**

Par le passé, pour les épidémiologistes, des infections respiratoires semblables au Covid ont pu être qualifiées d'infections nosocomiales. Ainsi, par exemple, le Ministère de la santé intègre dans la catégorie des infections nosocomiales plusieurs types d'infections relevant de modes de transmission différents dont les infections croisées transmises d'un malade à l'autre par les mains ou les instruments de travail du personnel médical ou paramédical, les infections provoquées par les germes du personnel porteur ou encore les infections liées à la contamination de l'environnement hospitalier (eau, air, matériel, alimentation...). La littérature médicale émanant de la communauté scientifique tend à la même approche lorsqu'elle vise par exemple, la « grippe nosocomiale ». Aussi, logiquement, les infections respiratoires d'origine virale acquises au sein d'un établissement de santé sont également classées parmi les infections nosocomiales par les autorités à l'origine de l'élaboration des plans de prévention et d'action de lutte contre les infections nosocomiales.

Pour autant, il nous semble important de distinguer les infections nosocomiales au sens épidémiologique des infections nosocomiales au sens juridique du terme. La seconde approche est bien plus stricte au regard des concepts habituellement retenus, de l'article R 6111-6 du CSP et de l'esprit de la loi qui a instauré un principe de responsabilité sans faute. Rappelons ainsi que, juridiquement, une infection nosocomiale est certes une infection contractée dans un établissement de santé, mais il doit s'agir d'une infection imputable à un acte de soins. En l'absence d'un tel lien, l'infection ne peut être qualifiée de nosocomiale (*Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-67.465*). Il incombe alors au demandeur de prouver que l'acte de soins prodigué est à l'origine de l'infection survenue (*Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2005, n° 03-16.789*). Certes, le Conseil d'Etat a pu se contenter parfois d'un simple critère temporel, en admettant qu'une infection absente lors de l'admission et présente après l'admission, était nécessairement nosocomiale (*CE, 8 juin 2017, n°394715*) mais il est depuis revenu sur ce raisonnement (*CE 23*

*mars 2018, n°402237*). Pour la Haute juridiction administrative, désormais, seule 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 peut être qualifiée de nosocomiale sauf si celle-ci a une autre origine que la prise en charge. Le critère temporel n'est donc pas suffisant, encore faut-il que l'infection soit bien imputable à un acte de soins. L'approche épidémiologique se contente d'un double critère temporel et géographique, là où le droit exige en plus un lien d'imputabilité entre l'infection et l'acte de soins.

Dans le cas précis du Covid, le mode de transmission, le nombre de personnes contaminées ainsi que la diversité des lieux de contamination permettent de penser que la contamination, lorsqu'elle survient au sein d'un établissement de soins, peut incontestablement avoir lieu en dehors de tout acte de soins. De la sorte faute de démontrer un lien certain avec un acte de soin identifié à l'origine de l'infection la qualification juridique d'infection nosocomiale de la COVID susceptible de déclencher le régime de responsabilité sans faute doit être écartée sauf à admettre que toute infection apparue dans un établissement de santé est une infection nosocomiale, ce qui n'est ni le texte ni l'esprit de la loi ;

Aussi, le débat devra porter le plus souvent, non pas sur le caractère nosocomial de l'infection, mais bien sur le caractère évitable de celle-ci par des mesures de prévention ou de précaution. Autrement dit, le vrai débat juridique devra être centré bien plus sur un éventuel défaut d'organisation des soins qu'une infection nosocomiale qui en réalité n'en n'est pas une.

## ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

### **L'importance du lien de causalité entre les facteurs de risques et le dommage subi : CE, 28 juin 2021, n°440981, inédit.**

La responsabilité médicale, à l'instar d'autres responsabilités civiles, repose sur le triptyque : une faute, un lien de causalité et un dommage. Le débat se focalise souvent sur la première de ces conditions délaissant la question de la causalité. La présente décision rappelle pourtant que cette condition est tout aussi importante que les autres y compris lorsqu'il s'agit de se prononcer sur une perte de chance.

En l'espèce, Mme A... a accouché en 2012, au centre hospitalier d'Avranches-Granville, de la jeune B..., atteinte de troubles moteurs et cognitifs que Mme A... et son conjoint, M. E..., ont imputés à des fautes commises par l'établissement lors de l'accouchement. Par un jugement du 28 mai 2018, le tribunal administratif de Caen a condamné le centre hospitalier d'Avranches-Granville à verser à Mme A... et à M. E... diverses indemnités en leur qualité de représentants légaux de leur fille et a rejeté les conclusions indemnitaires qu'ils présentaient en leurs noms propres. Par un arrêt du 2 avril 2020, la cour administrative d'appel de Nantes a annulé ce jugement en tant qu'il rejette la demande d'indemnisation des préjudices propres de Mme A... et a condamné le centre hospitalier à lui verser une indemnité à ce titre. En revanche, le montant des indemnités, que le centre hospitalier est condamné à verser à Mme A... et M. E... en leur qualité de représentants légaux de leur fille, a été diminué. La cour d'appel admet en effet simplement une perte de chance. Pour cette dernière, le manquement fautif du centre hospitalier à son devoir de surveillance lors de l'accouchement de Mme A... n'était en lien direct qu'avec une perte de chance pour l'enfant de se soustraire aux séquelles dont elle est atteinte. Pour parvenir à ce résultat la cour s'est fondée sur la circonstance que le diabète gestationnel dont souffrait la mère, l'hypotrophie du fœtus et la délétion chromosomique dont l'enfant est porteuse constituaient trois facteurs de risque susceptibles d'être chacun, même en l'absence de faute du service public hospitalier, la cause des dommages subis par l'enfant. Pour le Conseil d'Etat, le raisonnement de la cour administrative d'appel est critiquable sur le prétendu rôle causal de la délétion chromosomique. En effet, rien dans l'expertise ne révèle que la délétion chromosomique est un facteur de risque d'anoxie lors de sa naissance. Bien au contraire, l'expertise ordonnée par le tribunal administratif relevait l'absence de cas connus d'encéphalopathie néonatale précoce d'origine anoxique chez les personnes porteuses de cette délétion chromosomique. Dans ces conditions, les juges d'appel ont dénaturé les pièces du dossier qui leur était soumis. Il reviendra à la cour administrative d'appel de se prononcer sur la délicate question de la réparation. Si en présence de deux facteurs de risque d'anoxie, et non trois, il semble difficile d'admettre un lien de causalité exclusif entre la faute et le dommage subi, la détermination de la perte de chance sera tout aussi délicate. A suivre le raisonnement du Conseil d'Etat, il faudra sans doute que les juges revoient à la hausse le quantum de la chance perdue.

## Le préjudice des victimes par ricochet et l'ONIAM : Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 30 juin 2021, n°19-22787

Une femme âgée de 69 ans est décédée des suites d'un accident médical non fautif. Celui-ci est survenu à la suite de la mise en place d'un stimulateur cardiaque. D'abord atteinte d'un taux d'AIPP de 90 %, elle va décéder 5 ans après l'accident. Entre temps, elle avait initié une procédure devant une commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux. Son époux a repris l'action, au contentieux cette fois, et a obtenu la condamnation de l'ONIAM à indemniser le préjudice subi par son épouse. La question qui se pose est celle de l'indemnisation des préjudices subis par l'époux du fait du décès de son épouse. Rappelons que l'article L. 1142-1, II du Code de la santé publique précise que les préjudices de la victime indirecte éprouvés du vivant de la victime directe n'ouvrent pas droit à réparation au titre de la solidarité nationale. Il est seulement fait exception à la règle lorsque le dommage procède d'une infection nosocomiale grave (*CE, 9 déc. 2016, n° 390892- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 févr. 2017, n° 15-19.716*) en application de l'article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique. En revanche, une fois la victime décédée, les héritiers peuvent demander réparation des préjudices subis par la victime directe mais également réparation de leur propre préjudice en tant que victime par ricochet.

Dans l'affaire deux postes de préjudices faisaient débat. D'une part, le préjudice économique et d'autre part le préjudice sexuel. En ce qui concerne le premier, la victime directe assumait quotidiennement l'ensemble des tâches ménagères du foyer, soit le ménage, les courses et la préparation des repas. Elle assurait aussi les déplacements en voiture et exerçait une surveillance permanente sur son conjoint, de onze ans son aîné. L'ONIAM soutenait que l'accident médical n'avait fait que contribuer indirectement à la résurgence d'un besoin qui était lié à l'âge de la victime par ricochet et son état de santé. La Première chambre civile rejette ce raisonnement en estimant que la perte de l'assistance quotidienne que la victime apportait à son conjoint pour les tâches ménagères, qu'il n'est pas en mesure d'assumer, consécutive au décès de celle-ci du fait d'un accident médical constitue bien un préjudice économique indemnisable au titre de la solidarité nationale. Une telle solution est désormais classique (*Cass. crim., 24 oct. 2006, n° 05-87.753*).

En ce qui concerne le préjudice sexuel par ricochet, la décision apporte des précisions importantes, qui dépassent d'ailleurs le cadre des aléas thérapeutiques. Jadis étant considéré uniquement comme un préjudice subi par la victime directe, désormais le préjudice sexuel par ricochet est consacré depuis l'affaire dite du « Distilbène » dans laquelle la Cour de cassation a admis la réparation du préjudice sexuel subi par répercussion par le conjoint d'une femme exposée in utero à la molécule qui avait elle-même subi des atteintes sexuelles (*Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 2019, n° 18-16.236*). Fort de cette jurisprudence, le mari pensait obtenir la réparation de ce préjudice. L'ONIAM refuse en estimant que ce préjudice ne figure pas dans la nomenclature Dintilhac. Une telle argumentation peut étonner, la nomenclature n'étant ni impérative, ni exhaustive. Aussi, les juges écartent sans difficulté ce premier argument. De manière plus solide, l'ONIAM prétend que ce préjudice a déjà été indemnisé au titre du préjudice d'affection. Cette fois l'argument est accueilli. La Cour de cassation, de manière inédite, précise que « *les conséquences personnelles éprouvées par la victime indirecte, à la suite du décès de son conjoint, telles que la privation de relations sexuelles, sont indemnisées au titre du préjudice d'affection* ». La solution peut étonner en niant toute autonomie du préjudice sexuel par ricochet en cas de décès de la victime principale et semble limiter celui-ci aux situations dans lesquelles la victime principale est vivante. Une telle approche est sans doute critiquable dès lors que le préjudice d'affection peut parfaitement être reconnu à l'occasion d'un être cher alors même que la victime par ricochet n'entretenait pas de relations sexuelles avec la personne décédée. Faudra-t-il imaginer que le préjudice d'affection sera majoré en cas de privations de relations sexuelles ? L'avenir le dira.

- AUTEUR

Laurent BLOCH  
Professeur à l'Université de Bordeaux

— RESPONSABLE DE LA PUBLICATION

Annie BERLAND  
aberland@racine.eu