



HAL
open science

Merci de bien vouloir MOPer le régime de responsabilité des dommages issus d'infections nosocomiales

Caroline Lantero

► To cite this version:

Caroline Lantero. Merci de bien vouloir MOPer le régime de responsabilité des dommages issus d'infections nosocomiales. *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, 24, pp.1379. halshs-02220505

HAL Id: halshs-02220505

<https://shs.hal.science/halshs-02220505>

Submitted on 12 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Merci de bien vouloir MOPer le régime de responsabilité des dommages issus d'infections nosocomiales

AJDA, 2015, p. 1379.

Caroline Lantero, Maître de Conférences en droit public, Université d'Auvergne, EA4232, Avocate.

CE 6 mars 2015, centre hospitalier de Roanne, req n° 368520, sera publié au recueil.

Mme B. a demandé au tribunal administratif de Lyon de condamner le centre hospitalier de Roanne à réparer les préjudices ayant résulté pour elle d'une intervention chirurgicale pratiquée le 26 juin 2008 dans cet établissement. Par un jugement n° 0907255 du 27 mars 2012, le tribunal administratif a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 12LY01386 du 14 mars 2013, la cour administrative d'appel de Lyon a annulé ce jugement et condamné le centre hospitalier de Roanne à verser à l'intéressée une indemnité de 6 500 euros.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et des observations complémentaires enregistrés les 14 mai, 14 août et 13 novembre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le centre hospitalier de Roanne demande au Conseil d'État d'annuler cet arrêt.

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, le 26 juin 2008, Mme B. a subi au centre hospitalier de Roanne une césarienne, pratiquée en urgence en raison d'une hémorragie, et a donné naissance à des jumeaux ; qu'au cours de l'intervention, une plaie du côlon transverse a été occasionnée par le médecin accoucheur et prise en charge immédiatement avec la mise en place d'une colostomie ; qu'une reprise chirurgicale a été pratiquée le 3 juillet 2008, devant un tableau d'état septique faisant suspecter une péritonite, et que des germes divers ont alors été mis en évidence, nécessitant une antibiothérapie ; que Mme B. a présenté contre le centre hospitalier de Roanne un recours indemnitaire que le tribunal administratif de Lyon a rejeté, par un jugement du 27 mars 2012, au motif que les médecins n'avaient pas commis de faute ; que, par un arrêt du 14 mars 2013, la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé cette appréciation, mais a estimé que le dommage était imputable à une infection nosocomiale engageant la responsabilité de l'hôpital ; que la cour a, en conséquence, annulé la décision des premiers juges et condamné l'établissement à verser à Mme B. une indemnité de 6 500 euros ; que le centre hospitalier de Roanne se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il retient sa responsabilité au titre d'une infection nosocomiale ; que Mme B. , par la voie d'un pourvoi incident, conteste l'arrêt en tant qu'il écarte la responsabilité pour faute de l'établissement ;

Sur le pourvoi principal :

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique : « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième*

partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. / Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère » ;

3. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article R. 611-7 du code de justice administrative : *« Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué » ;*

4. Considérant que, dans ses écritures d'appel, Mme B. demandait à être indemnisée des conséquences des fautes commises, selon elle, par les médecins ; que si elle mentionnait, parmi ces conséquences, la péritonite ayant justifié la reprise chirurgicale pratiquée le 3 juillet 2008, elle ne fondait pas sa demande sur l'existence d'une infection nosocomiale lui ouvrant droit à indemnité sur le fondement du second alinéa du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ; que, dans ces conditions, la cour administrative d'appel de Lyon s'est méprise sur la portée des écritures de la requérante en estimant qu'elle devait « être regardée comme soutenant également qu'elle avait été victime d'une infection nosocomiale » résultant de la libération intra-péritonéale de germes à la suite de la plaie colique accidentelle survenue lors de la césarienne du 28 juin 2008 ;

5. Considérant, il est vrai, qu'eu égard à l'objet des dispositions du second alinéa du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, issues de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, rapprochées de celles de son premier alinéa, il appartient au juge, lorsqu'il ressort des pièces du dossier qui lui est soumis que les conditions en sont remplies, de relever d'office le moyen tiré de la responsabilité de plein droit qu'elles instituent ;

6. Mais considérant que le juge ne peut se fonder d'office sur un tel moyen sans en avoir au préalable informé les parties, conformément aux dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, afin notamment de permettre à l'établissement de faire valoir, le cas échéant, l'existence d'une cause étrangère ; qu'il suit de là qu'en retenant la responsabilité du centre hospitalier à ce titre, alors que les parties n'avaient pas été mises en mesure d'en débattre, la cour a statué au terme d'une procédure irrégulière ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi du centre hospitalier de Roanne, l'arrêt attaqué doit être annulé en tant qu'il statue sur la responsabilité encourue par cet établissement au titre du second alinéa du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ;

Sur le pourvoi incident :

7. Considérant, en premier lieu, que pour juger que le centre hospitalier n'avait pas commis de faute en ne procédant pas à des examens préopératoires qui

auraient pu leur permettre de diagnostiquer l'adhérence anormale du côlon à la paroi abdominale et la faiblesse de cette dernière, à l'origine selon l'expert de la plaie intestinale survenue lors de la césarienne, la cour administrative d'appel a relevé que les médecins ne disposaient d'aucun élément leur permettant de soupçonner l'existence de telles lésions, consécutives à une blessure par balle ancienne qui n'avait pas été portée à leur connaissance ; qu'en déduisant de ces constatations, qui ne résultent pas d'une dénaturation des pièces du dossier, que les médecins n'avaient pas commis de faute en ne procédant pas à d'autres examens que ceux qui doivent être normalement pratiqués préalablement à une césarienne, la cour n'a pas commis d'erreur de qualification juridique ;

8. Considérant, en second lieu, que pour écarter l'existence d'une faute dans la réalisation de la césarienne, la cour administrative d'appel a relevé qu'il résultait de l'instruction, notamment du rapport d'expertise, que la grossesse gémellaire, se caractérisant par un placenta praevia antérieur, présentait des risques hémorragiques importants, que la césarienne avait été pratiquée dans un contexte d'extrême urgence du fait d'une grave hémorragie et des anomalies du rythme cardiaque fœtal de l'un des jumeaux, qui mettaient en jeu, à court terme, le pronostic vital de la mère et des enfants, et que l'équipe médicale ignorait l'existence d'adhérences intestinales ; qu'en se fondant sur ces éléments pour juger que la plaie colique procédait uniquement d'un accident non fautif et n'engageait dès lors pas la responsabilité du centre hospitalier, la cour n'a pas commis d'erreur de qualification juridique ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme B. n'est pas fondée à demander que l'arrêt du 14 mars 2013 de la cour administrative d'appel de Lyon soit annulé en tant qu'il écarte la responsabilité pour faute du centre hospitalier de Roanne ;

Sur l'application des dispositions des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991 :

10. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge du centre hospitalier de Roanne, qui n'est pas la partie perdante, la somme que demande l'avocat de Mme B. ;

Dans un arrêt du 6 mars 2015, le Conseil d'État décide que le moyen tiré de la responsabilité des établissements de santé en cas de dommages résultant d'infections nosocomiales est d'ordre public et doit être soulevé d'office par le juge. S'agissant d'un régime légal de responsabilité dit « de plein droit » ou parfois qualifié de sui generis, deux questions se posent légitimement : La Haute juridiction a-t-elle ?

En jugeant que le moyen tiré de la responsabilité des établissements de santé en cas de dommages résultant d'infections nosocomiales doit être soulevé d'office par le juge, le Conseil d'État a-t-il isolé un moyen d'ordre public (MOP) inédit, entériné l'appartenance au régime de responsabilité sans faute des dommages issus d'infections nosocomiales, ou consacré l'hyper-spécificité de ce régime de responsabilité ?

Le 26 juin 2008, au cours d'une césarienne pratiquée en urgence en raison d'une hémorragie, Mme A. a subi une plaie du côlon ayant nécessité une reprise chirurgicale et a développé une infection. Par un jugement du 27 mars 2012, le tribunal administratif de Lyon a rejeté son recours indemnitaire dirigé contre le centre hospitalier de Roanne au motif que les médecins n'avaient pas commis de faute. Par un arrêt du 14 mars 2013, la cour administrative d'appel de Lyon a également conclu à l'absence de faute, mais a estimé que le dommage était en lien avec une infection nosocomiale et que la responsabilité du centre hospitalier de Roanne était engagée. Le centre hospitalier a saisi le Conseil d'État, estimant que la cour aurait retenu à tort sa responsabilité au titre d'une infection nosocomiale. Mme A. l'a également saisi par la voie du pourvoi incident, sur le fondement de ce que la cour aurait écarté à tort le moyen tiré de l'absence de faute. Le Conseil d'État censure la cour pour n'avoir pas régulièrement soulevé d'office le moyen tiré de la responsabilité de plein droit de l'établissement du fait de la survenue de l'infection nosocomiale.

A noter que s'agissant du pourvoi incident, le Conseil d'État confirme l'absence de faute des praticiens sur un point qui n'est pas à l'origine du classement de l'arrêt en « A » (ce qui indique qu'il sera publié au Recueil Lebon, la portée étant par ailleurs précisée par le fichage indiqué dans les « Abstrats »), mais qui n'en est pas moins intéressant. La patiente a subi une hémorragie, car la césarienne avait causé une plaie intestinale, elle-même expliquée par la présence d'une adhérence anormale du côlon à la paroi abdominale et par la faiblesse de cette dernière. La responsabilité de l'établissement était recherchée pour défaut d'examens préopératoires, mais le juge administratif écarte toute notion de manquement dans la mesure où les médecins ignoraient l'existence de telles lésions, séquelles d'une ancienne blessure par balle « *qui n'avait pas été portée à leur connaissance* ». Le cas est suffisamment rare pour être relevé dans un contexte où le devoir d'information des praticiens envers les patients confine à l'absolu. L'occasion est donc saisie de rappeler que la relation médicale est une relation de confiance, que la décision médicale est devenue « codécision » avec la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (art. L. 1111-4 du code de la santé publique). Dans le cadre de cette codécision médicale, le patient doit *a minima*, même s'il ne s'agit aucunement d'une obligation légale, informer loyalement le praticien de tout élément utile au diagnostic et au choix de la thérapeutique. La Cour de cassation a par exemple exonéré un praticien de sa responsabilité quant au défaut d'information que lui reprochait une patiente sur les risques de transmission de sa séropositivité à son bébé, effectivement né séropositif : la mère avait en effet dissimulé sa propre séropositivité alors qu'à l'époque de la naissance de l'enfant, il n'y avait pas de dépistage automatique (**Cass. Civ, 20 janvier 2011, n° 09-68042**). Ici, et dans une logique analogue, le Conseil d'État exonère l'établissement de sa responsabilité s'agissant du défaut de diagnostic.

L'arrêt commenté retient plus particulièrement l'attention avec l'affirmation que le régime de responsabilité des établissements de santé au titre des infections nosocomiales est d'ordre public.

Le juge d'appel avait, selon la formulation propre à l'exercice de requalification auquel se livre fréquemment le juge administratif, considéré que la requérante devait « être regardée comme soutenant » qu'elle avait été victime d'une infection nosocomiale et, partant, qu'elle avait soulevé le moyen tiré de la responsabilité de l'établissement à ce titre. Mais la Cour, peut-être par bienveillance, a semble-t-il surinterprété les écritures, ce qui est constitutif d'erreur de droit voire de dénaturation (V. sur ce point, **S. Deliancourt, Jusqu'où doit aller le juge dans la bienveillance à l'égard d'une partie ?, AJDA 2011, p. 58**). Le Conseil d'État sanctionne cette erreur en constatant que le moyen n'avait jamais été soulevé par la requérante et que la Cour l'avait donc soulevé d'office (il va toutefois valider le principe du MOP en l'espèce), sans avoir respecté les exigences procédurales (ce qui est donc irrégulier). Il fallait « MOPer ». Le verbe, emprunté au jargon des magistrats et des greffes des juridictions administratives est un barbarisme identifiant l'action de communiquer un moyen d'ordre public aux parties. Cette communication est obligatoire aux termes des dispositions de l'article R.611-7 du code de justice administrative qui exigent que les parties doivent être préalablement informées et mises en mesure d'en débattre (Voir **CE, sect., 30 oct. 1992, Min. Affaires étrangères et secrétaire d'État aux Grands travaux c/ Assoc. de sauvegarde du site Alma Champ de Mars, n° 140220, Leb. 384** et **CE 4 oct. 1999, Syndicat des copropriétaires du 14-16 boulevard Flandrin, n° 142377, Leb. 297** et, plus récemment, sur la mention du délai dans lequel les parties peuvent y répondre : **CE 29 avril 2015, Mme L., n° 382322, aux T.**)

Pour les besoins du présent commentaire, retenons que dans le cadre d'un procès administratif, le moyen d'ordre public est celui que le juge est tenu – dès lors que le moyen est opérant - de relever d'office en dépit de ce que les parties n'ont présenté aucune conclusion en ce sens (pour l'analyse et les définitions du moyen d'ordre public, V. **J. Monestier, Le moyen d'ordre public, thèse Toulouse, 1965** ; **C. Debouy, Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, thèse Poitiers, 1978**; Paris, PUF., 1980, XII-528 p. ; **E. Akoun, Les moyens d'ordre public en contentieux administratif français, Thèse Grenoble, 2013, 2 vol., 598 et 224 p.**). L'identification des moyens d'ordre public est prétorienne (v. le remarquable travail de recensement d'E. Akoun, Thèse Préc., tome 2) et, parmi les moyens d'ordre public propres à certains contentieux, celui tiré de la responsabilité extra-contractuelle sans faute en est un. La Haute juridiction administrative l'a reconnu implicitement dans l'arrêt *Cames* (**CE 21 juin 1895, Cames, Leb. 509**), puis explicitement dans l'arrêt *Regnault-Desrosiers* (**CE 28 mars 1919, Regnault Desrosiers, Leb. 329**) avant de préciser que les parties pouvaient soulever ce moyen à tout moment de la procédure (**CE 21 mai 1920, Colas, Leb. 532**; **CE 30 nov. 1923, Couitéas, Leb. 789**; **CE 24 juin 1961, Chevalier, Leb. 434**), y compris pour la première fois en appel (**20 déc. 1974, Cne de Barjols, RDP 1975. 536**). Par la suite, la responsabilité sans faute est demeurée admise comme étant d'ordre public, ce qui implique que le juge du fond statue nécessairement sur elle (fût-ce par prétérition) lorsqu'il rejette une requête dans laquelle le moyen n'était pas soulevé (**CE, Sect., 29 nov. 1974, Epx Gevrey, Leb. 599** ; **CE 18 nov. 1994, Epx Sauvi, Leb. 503** ; **CE 30 juil. 1997, Epx Kress, n°148902**). Retenons également que le moyen soulevé d'office pallie, à l'instar de la requalification, une carence d'une partie et constitue une autre forme d'intervention bienveillante du juge dans le procès administratif à l'égard de la partie à laquelle le moyen bénéficie.

Au-delà de la solution dégagée, les termes de l'arrêt du 6 mars 2015 ne permettent pas d'identifier avec une confortable certitude les raisons pour lesquelles le régime de responsabilité à l'œuvre a été érigé au rang de ceux ayant un caractère d'ordre public. La rédaction de l'arrêt pourrait tout à la fois suggérer que la Haute juridiction isole un moyen d'ordre public parfaitement inédit fondé sur un régime légal spécifique (I), qu'elle regarde ce régime comme un régime de responsabilité sans faute

(II), ou encore qu'elle souligne l'existence d'un régime de responsabilité *sui generis*, inclassable, mais d'ordre public (III).

I) Un moyen d'ordre public pour un régime légal ?

A) Le régime légal de responsabilité au titre de l'infection nosocomiale

À défaut de définition légale, l'infection nosocomiale dispose désormais d'une définition jurisprudentielle, calquée d'ailleurs sur la définition épidémiologique. Il s'agit d'une « *infection survenant au cours ou au décours d'une prise en charge* (au sein d'un établissement de santé) *et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de la prise en charge* » (CE 21 juin 2013, CH du Puy en Velay, n° 347450, Rec., AJDA 2013 p. 2171, note C. Lantero), « *qu'elle soit exogène ou endogène, à moins que la preuve d'une cause étrangère soit rapportée* (CE 10 octobre 2011, CH d'Angers, n° 328500, Rec. AJDA 2011. 2536, note C. Lantero et CE 21 juin 2013, CH du Puy en Velay, prec.).

Pour la réparation des préjudices issus d'une infection nosocomiale, le législateur a mis en place un régime différent selon la gravité du dommage. Si celui-ci dépasse le seuil de gravité fixé par les textes (article L. 1142-1 II et art. D. 1142-1 du code de la santé publique), la charge de l'indemnisation est automatiquement transférée (article L. 1142-1-1 du même code) à l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Infections Nosocomiales et des Affections Iatrogènes (ONIAM), sans que soit opérant le moyen tiré d'une éventuelle responsabilité de l'établissement (CE 21 mars 2011, CH Saintes, n° 334501, Leb. 132, Gaz. Pal, n°s 215 à 216, 2011, pp. 11-14, note C. Lantero). Si l'ONIAM estime alors que l'établissement de santé a commis une faute, il peut intenter une action récursoire contre ce dernier, à condition que la faute soit constitutive d'un « *manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales* » (art. L. 1142-21 du code de la santé publique). Lorsque le dommage est grave, le régime de responsabilité de l'établissement de santé pourrait donc être assimilé à celui de la faute caractérisée, pour ne pas dire lourde, même si la loi n'exige pas *stricto sensu* qu'une faute soit qualifiée juridiquement.

Lorsque les préjudices n'atteignent pas le seuil de gravité fixé par les textes, les établissements de santé « *sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* » (art. L. 1142-1 du code de la santé publique).

Le régime introduit par le législateur est donc tout à fait singulier : solidarité nationale automatique par l'ONIAM, mais possibilité pour ce dernier d'engager la responsabilité de l'établissement pour « *manquement caractérisé* » si le dommage est grave, et responsabilité de l'établissement si le dommage n'atteint pas le seuil de gravité requis. C'est de ce régime de responsabilité dont il est question dans l'arrêt commenté, régime qui n'avait reçu jusqu'alors aucune qualification. En exigeant que le moyen tiré de ce régime soit soulevé d'office par le juge, l'arrêt *Centre hospitalier de Roanne* du 6 mars 2015 pourrait suggérer qu'il l'est en vertu du régime légal très spécifique institué par la loi du 4 mars 2002, lequel est totalement orienté vers la réparation des dommages, que ce soit au titre de la solidarité nationale, ou de la contribution à la dette, ou de la responsabilité des établissements.

B) Un régime de réparation en partie déjà d'ordre public

Si le régime de responsabilité des dommages issus d'infections nosocomiales était celui d'une responsabilité pour faute présumée avant l'intervention de la loi du 4 mars 2002 (CE 9 décembre 1988, Cohen, n° 65087, Leb. 431 ; CE 27 sept. 2002, Neveu, n° 211370, Leb. 315 ; CE 2 février 2011, Leverne,

n° 320052, **Leb. T. 1144**), celui de l'aléa thérapeutique (dégagé par **CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi, req n° 69336, Rec. p. 127, concl. S. Dael**), en revanche, était un régime de responsabilité sans faute que le juge soulevait au besoin d'office. La loi Kouchner a substitué à ce régime un régime d'indemnisation par la solidarité nationale et inscrit dans le code de la santé publique que lorsque les conditions d'application d'un tel régime sont réunies, le juge doit appeler l'ONIAM en la cause (article L. 1142-21). Cela implique qu'il doit le faire « au besoin d'office », et nécessairement après avoir recherché si la réparation du dommage relève de l'indemnisation par l'ONIAM (**CE 30 mars 2011, J., n° 320581, Leb. 145**). La solidarité nationale est donc d'ordre public, à l'instar de feu la responsabilité sans faute en la matière. D'ailleurs, l'analyse proposée par le Conseil d'État à la suite de l'arrêt du 6 mars 2015 invite à rapprocher la solution « *s'agissant de la responsabilité au titre de la solidarité nationale lorsque les conditions du II de l'article L. 1142-1 du CSP sont remplies* », de la jurisprudence CE, 30 mars 2011, Mme Joncour, n° 320581, p. 146. (Sur Legifrance, les RJ – « Rapprochements de Jurisprudence » – ne sont pas anonymisés...). Pourtant, les dispositions du code de la santé publique s'appliquent au-delà du seul accident médical et la solution est valable pour les dommages liés à une infection nosocomiale qui impliquerait – par leur gravité – l'intervention de l'ONIAM (**CE 5 février 2014, n°362351, aux T.**). Ce n'est donc pas par héritage de la responsabilité sans faute que la solidarité nationale est d'ordre public.

La question n'est pas réglée quant à la justification du caractère d'ordre public de la responsabilité des établissements lorsque les dommages n'atteignent pas le seuil de gravité susceptible de faire intervenir l'ONIAM. Certes, le moyen d'ordre public a pu être admis pour un régime légal puisque le Conseil d'État avait saisi l'occasion d'en dégager à propos du régime la responsabilité de l'État du fait des attroupements en vertu de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 dite Deferre (**CE 30 juin 1999, Foucher, req. n° 190038, Leb. 232; RFDA 1999. 1210, concl. Bergeal. ; TA Paris ; 17 déc. 2013, n°1217943/3-1, AJDA 2014, p. 112, note E. Akoun**). Certes, il ne serait pas incongru de faire du régime légal spécifique propre aux infections nosocomiales un régime d'ordre public, tant il est assurantiel et favorable à l'indemnisation des victimes. Ce pourrait donc être tout le régime légal de responsabilité et d'indemnisation des dommages issus d'une infection nosocomiale qui est d'ordre public, indépendamment de toute réflexion sur les sub-catégories de régime applicables : sans faute, au titre de la solidarité nationale, de plein droit (cf *infra*). Mais cette explication n'est pas entièrement convaincante, car il subsiste une partie du régime qui ne peut évidemment pas être soulevé d'office : celui du « manquement caractérisé » sur le fondement duquel l'ONIAM peut exercer une action récursoire contre l'établissement de santé si celui-ci a commis un manquement caractérisé aux règles d'hygiène et d'asepsie. Même si encore une fois et en l'espèce, la loi n'exige pas que l'on qualifie juridiquement une faute, le Conseil d'État l'a déjà fait en évoquant le mécanisme de l'action récursoire de l'ONIAM contre un établissement de santé (**CE 21 mars 2011, CH Saintes, n° 334501, Leb. 132, préc.**). Or, la responsabilité pour faute n'est pas d'ordre public (**CE 14 mars 1962, Cie d'assurances Le Phénix Accidents, Leb. 169**).

Dès lors, il semble que le caractère d'ordre public attribué au régime de responsabilité des établissements par le Conseil d'État relève peut-être d'une assimilation (à laquelle il serait possible de se résoudre à défaut d'y souscrire) de ce régime à celui de responsabilité sans faute.

II) Un moyen d'ordre public pour une responsabilité sans faute ?

S'il est désormais interdit de le qualifier de régime de responsabilité pour faute, il ne semble pas tout à fait évident de le qualifier de régime de responsabilité sans faute. Avant la loi du 4 mars 2002, le Conseil d'État avait construit un régime de faute présumée, jugeant que même en l'absence de faute en matière d'asepsie, « *le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles* » (**CE 9 décembre 1988, Cohen, req. n° 65087, Leb. p. 431.**). Ce régime de responsabilité pour faute révélée était la synthèse anticipée de celui développé par le

juge judiciaire avec, dans un premier temps, la consécration d'une présomption de faute (**Civ. 1re, 21 mai 1996, Bull. civ. I, n° 219 ; D. 1997. Somm. 287, obs. Mazeaud, et 320, obs. Penneau**), puis, dans un second temps, la consécration d'une obligation de sécurité de résultat (**Civ. 1re, 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 220 et 222 ; D. 1999. Jur. 559, note Thouvenin**). Or, l'obligation de sécurité de résultat n'est pas parfaitement assimilable à une responsabilité sans faute. La première engage la responsabilité en cas de manquement à une obligation préexistante, fût-elle impossible à tenir. Le second n'exige *a priori* aucun manquement (pour aller plus loin et en partie *contra*, v. **B. Camguilhem, Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif, Dalloz, 2014, 490 p.**). En outre, le régime institué par la loi du 4 mars 2002 a été inséré de manière presque fortuite. A la lecture du projet de loi, il était d'ailleurs formellement exclu de « *remettre en question la jurisprudence relative au manquement à l'obligation de sécurité en cas d'infection nosocomiale* » (Projet de loi n° 3258). La volonté était même de conserver l'idée selon laquelle « *toute infection nosocomiale est imputable à une faute* » (Rapport n° 3263, tome IV). Ce n'est que par le jeu d'un amendement proposé au Sénat, après que l'Assemblée eût adopté le texte, que la phrase « *Toutefois, les établissements de santé sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* » a été ajoutée à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Dans un « *souci de responsabilisation et de clarification* » (avis n°175 de M. P. Fauchon), un régime de responsabilité du fait des infections nosocomiales a donc été voté et se retrouve aujourd'hui à mi-chemin entre une obligation de sécurité de résultat et une responsabilité sans faute. Un régime de responsabilité au demeurant mutant, puisque lorsque le préjudice est grave, il se transforme en un régime de responsabilité pour « manquement caractérisé ». Un régime inclassable donc, encore parfois situé dans la catégorie de la responsabilité pour faute présumée (**J.-P. Dubois, Responsabilité pour faute, Répertoire Dalloz, § 134 ; D. Truchet, Hôpitaux (Responsabilité des services hospitaliers), Répertoire Dalloz, § 165-168**) y compris par le Conseil d'État, lequel range encore dans son dossier thématique relatif à *L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics* la survenue d'une infection nosocomiale au nombre des fautes « *dans l'organisation et le fonctionnement du service* » et indique que la loi du 4 mars 2002 a élargi la présomption de faute dérogée par le juge (site Internet).

Mais pour le Rapporteur public ayant conclu sur cet arrêt¹ il s'agit à l'évidence d'un régime de responsabilité sans faute. Selon elle, « *la responsabilité de plein droit prévue par le I de l'article L. 1142-1 est (...) indépendante de toute faute prouvée ou présumée, et doit donc être regardée comme un régime de responsabilité sans faute.* » Et c'est à ce titre qu'elle a proposé à la formation de jugement d'admettre que le régime de responsabilité était d'ordre public. C'est au demeurant par déduction du premier alinéa des dispositions de l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique (qui consacre la responsabilité pour faute), que ladite formation estime que le moyen doit être relevé d'office. Le Conseil d'État estime « *qu'eu égard à l'objet des dispositions du second alinéa du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, issues de la loi du 4 mars 2002 (...), rapprochées de celles de son premier alinéa, il appartient au juge, lorsqu'il ressort des pièces du dossier qui lui est soumis que les conditions en sont remplies, de relever d'office le moyen tiré de la responsabilité de plein droit qu'elles instituent* ».

S'agit-il d'une stricte logique d'opposition entre responsabilité pour faute et sans faute consacrant l'appartenance à la seconde du régime de responsabilité des établissements de santé au titre des infections nosocomiales ? Dans la mesure où l'arrêt n'utilise précisément pas le vocable « sans faute », on peut aussi entrevoir la consécration d'un régime de responsabilité *sui generis* inédit susceptible d'être soulevé d'office.

¹ L'auteur remercie chaleureusement Mme Fabienne Lambolez pour la très aimable communication de ses conclusions.

III) Un moyen d'ordre public pour une responsabilité *sui generis* ?

Le Conseil d'État n'évoque pas de « responsabilité sans faute », mais fait bien référence à une « responsabilité de plein droit » instituée par les dispositions de la loi du 4 mars 2002. Il consacre ainsi pour la première une telle qualification, jusqu'alors utilisée par la seule doctrine (**D. Duval-Arnould, Les infections nosocomiales, D. 2007, p. 675 ; C. Alonso, La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir, RFDA 2011, p. 329 ; C. Lantero, Que reste-t-il des fondements de la responsabilité sans faute des établissements publics de santé ?, RDSS 2015, p. 37**), et notamment la doctrine civiliste, compte tenu de l'obligation de sécurité de résultat dégagée par la Cour de cassation en la matière, obligation communément assimilable à une responsabilité « de plein droit » (par ex. **P. Jourdain, La cause étrangère peut-elle être exonératoire de la responsabilité qu'un établissement de santé encourt en cas d'infection nosocomiale ? RTD Civ. 2009, p. 543**). Il était donc logique de désigner formellement ce régime en ces termes puisque la loi du 4 mars 2002 a précisément entendu faire siens les mécanismes de l'obligation de sécurité de résultat dégagée par le juge judiciaire.

La qualification choisie par le Conseil d'État est d'autant plus heureuse qu'elle contribue à souligner la très grande spécificité du régime de responsabilité concerné qui, en pratique, se distingue très nettement d'un « simple » régime de responsabilité sans faute.

Sur le papier, le régime de responsabilité du fait des infections nosocomiales est en effet caractérisé par la possibilité pour l'établissement de santé de s'en exonérer en rapportant la preuve d'une « cause étrangère ». On pourrait, au risque de faire défaillir une partie de la doctrine, évoquer ici une présomption de responsabilité sans faute (l'hérésie est là, dès lors que la notion de présomption ne peut par nature que concerner une faute). Relevons que la cause étrangère, que le législateur n'a jamais pris le soin de définir, n'est plus caractérisée comme elle le fût un temps, par le fait que le germe à l'origine de l'infection soit endogène (**Civ. 1^{re}, 14 juin 2007, n° 06-10.812, Bull. civ. I, n° 233 ; D. 2007. 1870 ; CE 10 oct. 2011, centre hospitalier d'Angers, n° 328500, Leb. 458 ; AJDA 2011. 2536, note C. Lantero, et 2012. 1665, étude H. Belrhali-Bernard**). Classiquement, les deux causes d'exonération ou d'atténuation généralement admises pour la responsabilité sans faute sont la faute de la victime et la force majeure. On n'a jamais vu un juge incriminer une victime pour avoir souffert d'une infection nosocomiale, ni exonérer un établissement sur le fondement de la force majeure dont les critères que sont l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité sont strictement impossibles à réunir s'agissant d'infections contractées à l'hôpital (absence d'extériorité), par des patients qui y sont de fait exposés (absence d'imprévisibilité), en dépit de ce que de telles infections sont parfois inévitables (irrésistibilité). Ainsi, que la « cause étrangère » inédite au régime de responsabilité du fait des infections nosocomiales soit réduite au critère d'extériorité ou qu'elle soit comprise comme devant réunir les critères de la force majeure, elle est impossible à établir. La doctrine civiliste évoquée plus haut a déjà constaté depuis longtemps que l'obligation de sécurité de résultat confine, en matière d'infections nosocomiales, à une obligation de sécurité de garantie (par ex. **F. Defferard, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », D., 1999, chron. p. 364 ; C. Clément, « La responsabilité des établissements de santé du fait des infections nosocomiales », LPA, 1999, n°175, p. 12.**) qui prive les établissements de santé de faire valoir une cause étrangère exonératoire de responsabilité. Le même constat s'impose à celui qui observe la jurisprudence administrative (**CE 4 juill. 2012, M^{me} F. et autre, n° 341418 ; CE 17 févr. 2012, M^{me} Mau, n° 342366, Leb. T. ; AJDA 2012. 1665, étude H. Belrhali-Bernard**). Et si la responsabilité sans faute est caractérisée par l'impossibilité de s'exonérer par une absence de faute (**R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, thèse, 1935, Ed. La Mémoire du Droit, 2010, p. 267**), la responsabilité du fait

des infections nosocomiales se caractérise par l'impossibilité de rapporter la preuve d'une cause étrangère. Il s'agit donc, au risque d'achever la doctrine encore debout, d'un régime de présomption irréfragable de responsabilité sans faute. Comment, dès lors, classer un tel régime et ne pas se satisfaire de ce qu'on le sorte des catégories classiques de responsabilité de la puissance publique ?