

# L'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale au Québec : les leçons du droit français

Lara Khoury

Volume 45, numéro 4, 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043811ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043811ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Khoury, L. (2004). L'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale au Québec : les leçons du droit français. *Les Cahiers de droit*, 45(4), 619–657.  
<https://doi.org/10.7202/043811ar>

## Résumé de l'article

Les infections nosocomiales sont un des plus graves problèmes auxquels fait face la médecine moderne et revêtent une ampleur qui leur a valu de faire récemment l'objet d'une attention médiatique et sociale accrue au Québec. Bien qu'il soit habituellement aisé de relier l'apparition de l'infection à l'acte ou au milieu médical, il est souvent impossible de déterminer la cause de cette infection. Cette incertitude empêche par la suite de déterminer si une faute est à l'origine de la contraction de l'infection. La victime d'une infection nosocomiale fait donc face à la lourde tâche de prouver la cause probable de son préjudice et de démontrer si celle-ci peut être reliée à une faute du médecin, du personnel hospitalier ou de l'hôpital. L'augmentation du nombre de victimes d'une infection contractée en milieu hospitalier met donc au défi la structure, les éléments constitutifs, et même le champ d'application des règles traditionnelles de la responsabilité civile élaborées pour satisfaire aux cas classiques de responsabilité. Dans le texte qui suit, l'auteure s'intéresse au contentieux de l'infection nosocomiale au Québec et en France et étudie de quelle façon la jurisprudence de ces ressorts répond aux difficultés soulevées par la question de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale.

# L'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale au Québec : les leçons du droit français<sup>\*</sup>

---

Lara KHOURY\*\*

*Nosocomial infections occur worldwide and affect both developed and resource-poor countries. Infections acquired in health care settings are among the major causes of death and increased morbidity among hospitalized patients. They are a significant burden both for the patient and for public health<sup>1</sup>.*

*Les infections nosocomiales sont un des plus graves problèmes auxquels fait face la médecine moderne et revêtent une ampleur qui leur a valu de faire récemment l'objet d'une attention médiatique et sociale accrue au Québec. Bien qu'il soit habituellement aisé de relier l'apparition de l'infection à l'acte ou au milieu médical, il est souvent impossible de déterminer la cause de cette infection. Cette incertitude empêche par la suite de déterminer si une faute est à l'origine de la contraction de l'infection. La victime d'une infection nosocomiale fait donc face à la lourde tâche de prouver la cause probable de son préjudice et de démontrer si celle-ci peut être reliée à une faute du médecin, du personnel hospitalier ou de l'hôpital. L'augmentation du nombre de victimes d'une infection contractée en milieu hospitalier met donc au défi la structure, les éléments constitutifs, et même le champ d'application des règles traditionnelles de la responsabilité civile élaborées pour satisfaire aux cas classiques de responsabilité. Dans le texte qui suit, l'auteure s'intéresse au contentieux de l'infection nosocomiale au Québec et en France et étudie de quelle*

---

\* L'auteure tient à remercier le professeur Frédéric Bachand pour ses généreux commentaires sur une version antérieure du présent texte, ainsi que Mmes Delphine Deleau et Laura Stone pour leur assistance à la recherche. La rédaction de ce texte a été rendue possible grâce à des subventions du Research Development Fund de l'Université McGill et du Fonds Wainwright de la Faculté de droit de l'Université McGill.

\*\* Professeure adjointe, Faculté de droit, Université McGill ; membre de l'Institut de droit comparé.

*façon la jurisprudence de ces ressorts répond aux difficultés soulevées par la question de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale.*

---

*Nosocomial infections are one of the most serious problems facing modern medicine and have become widespread enough to receive increasing media and social attention in Québec. While it is often easy to relate the appearance of the infection to a medical act or environment, it is often impossible to determine the cause of the infection. This uncertainty becomes an obstacle in determining whether or not some fault is at the origin of the contracted infection. The victim of a nosocomial infection thus faces the onerous burden of proving the probable cause of the injury and then demonstrating if such cause can be related to a fault committed by a physician, hospitable staff or the hospital. The increase in the number of victims of an infection contracted in a hospital environment thus questions the structure, the components, and even the scope of the traditional rules of civil liability instituted to satisfy classic cases of liability. In the following paper, the author focuses interest on litigation issuing from nosocomial infections in Québec and France and studies how the courts have ruled on the difficulties raised by the issue of compensating nosocomial infected victims.*

---

	<i>Pages</i>
<b>1 L'infection nosocomiale : définition et contexte</b> .....	624
<b>2 La réponse jurisprudentielle</b> .....	628
2.1 La réponse jurisprudentielle québécoise .....	628
2.2 La réponse jurisprudentielle française .....	634
2.2.1 Les juridictions administratives .....	635
2.2.2 Les juridictions civiles .....	637
<b>3 Une analyse comparative</b> .....	642
3.1 Les objections doctrinales .....	644
3.2 La solution législative : le retrait du droit commun .....	649
<b>Conclusion</b> .....	655

---

Les progrès de la médecine, qui profitent à l'ensemble de la collectivité, s'accompagnent souvent d'un accroissement des risques engendrés par certaines techniques médicales. L'augmentation de ces risques, accompagnée de leur réalisation de plus en plus fréquente, a fait naître au cours des dernières décennies une nouvelle forme de problématique en milieu hospitalier, celle de la hausse des cas d'accidents médicaux. Ces derniers se caractérisent par la survenance d'un préjudice nouveau apparu à l'occasion de l'acte médical et qui ne doit rien à la maladie que cet acte est destiné à soigner<sup>2</sup>. Qui n'a pas entendu parler des décès causés par les infections contractées en milieu hospitalier (ou «infections nosocomiales»), de la propagation du VIH et de l'hépatite C par l'entremise de transfusions de sang contaminé et de la transmission de la maladie de Creutzfeld-Jakob par des injections d'hormones de croissance extraite d'hypophyses de cadavres humains ? À ces exemples s'ajoutent, entre autres, les dommages causés par les instruments, produits ou appareils utilisés dans l'exercice de la médecine.

Les infections nosocomiales<sup>3</sup> constituent un des plus graves problèmes auxquels fait face la médecine moderne. Bien que ce problème ne soit pas nouveau<sup>4</sup>, son ampleur l'est, ce qui lui a valu de faire récemment l'objet d'une attention médiatique et sociale accrue au Québec. Les patients les plus à risque sont ceux qui ont un bris cutané (par exemple : cathéter veineux, plaie chirurgicale), ceux qui nécessitent une intubation, une sonde urinaire ou des antibiotiques à large spectre et ceux qui ont un système immunitaire affaibli. Les infections nosocomiales les plus fréquentes sont

- 
1. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), *Prevention of Hospital-acquired Infections. A Practical Guide*, 2<sup>e</sup> éd., [En ligne], 2002, [www.who.int/csr/resources/publications/drugresist/en/whocdscsreph200212.pdf] (3 janvier 2005).
  2. Y. LAMBERT-FAIVRE, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », D. 2002.chr.1367 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », J.C.P. éd. G. 1997.I.4016. La définition de l'accident médical est cependant controversée.
  3. Le terme vient du latin *nosocomium* (« hôpital ») et du grec *nosos* (« maladie ») et *komien* (« soigner ») : P. DUNETON, P. ASTAGNEAU et G. BRÜCKER, « Organisation et structures de lutte contre les infections nosocomiales en 1995 », (1995) 11 *Médecine & droit* 2.
  4. Le rapport d'avril 2004 du Comité sur les infections nosocomiales du Québec remarque qu'elles font l'objet de recherches depuis plus de trois décennies. De tous les accidents évitables, les infections nosocomiales seraient les mieux étudiées : COMITÉ SUR LES INFECTIONS NOSOCOMIALES DU QUÉBEC, *Normes en ressources humaines pour la prévention des infections au Québec*, [En ligne], 2004, [ftp.msss.gouv.qc.ca/publications/acrobat/f/documentation/preventioncontrole/maladiestransmissibles/recominfections.pdf] (3 janvier 2005).

les infections de plaies chirurgicales, les infections urinaires et les infections respiratoires. Elles sont causées par des bactéries, des virus ou des parasites et des champignons<sup>5</sup>. Plusieurs facteurs favorisent leur développement : le manque d'hygiène ; les déficiences immunitaires des patients ; l'augmentation de la variété des procédures médicales et des techniques invasives de plus en plus sophistiquées ; et la surpopulation des hôpitaux<sup>6</sup>. De plus, l'usage répandu des antibiotiques à des fins thérapeutiques ou prophylactiques contribue à l'antibiorésistance de certaines bactéries, ce qui amplifie évidemment le problème<sup>7</sup>.

Bien qu'il soit habituellement aisé de relier l'apparition de l'infection à l'acte ou au milieu médical, ne serait-ce qu'à l'aide de données spatio-temporelles, il est souvent impossible de déterminer la cause de cette infection. Cette dernière peut, selon les cas, provenir d'un germe dont le patient était porteur préalablement à son admission, d'une bactérie présente chez un autre patient ou un membre du personnel hospitalier ou encore d'un virus se propageant en raison du manque d'asepsie des locaux ou du matériel utilisés. La même incertitude empêche par la suite de déterminer si une faute se trouve à l'origine de l'infection. La victime d'une infection nosocomiale désirant être indemnisée pour son préjudice fait donc face à un double problème : celui de prouver la cause probable de son préjudice et de démontrer si celle-ci peut être liée à une faute du médecin, du personnel hospitalier ou de l'hôpital. L'augmentation du nombre de victimes d'une infection contractée en milieu hospitalier met donc au défi la structure, les éléments constitutifs et même le champ d'application des règles traditionnelles de la responsabilité civile élaborées pour satisfaire aux cas classiques de responsabilité.

Alors que ce problème ne faisait pas l'objet d'une attention particulière de la part des juristes québécois, le droit français a été particulièrement réceptif à ce sujet. Il a eu recours à différentes techniques afin de favoriser l'indemnisation des victimes pour le préjudice découlant de l'infection nosocomiale, soit la modification des règles substantielles de la responsabilité médicale, et le retrait de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale du champ d'application de la responsabilité civile de droit commun. Depuis 2002, l'État français opte pour cette dernière approche en prenant partiellement en charge l'indemnisation des victimes

---

5. *Id.*, p. 6-7, pour plus de détails.

6. *Id.*, p. 1.

7. *Id.*, p. 3, J. GUIGUE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999, *Gaz. Pal.* 1999, juris. 679.

d'une infection contractée en milieu hospitalier<sup>8</sup>. Antérieurement, la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État acceptait d'imposer aux cliniques, hôpitaux et médecins une obligation de résultat, ce qui allégeait ainsi le fardeau de preuve des victimes. Les développements français offrent donc au juriste québécois un terrain fertile pour alimenter sa réflexion quant à la question de la responsabilité des acteurs médicaux à l'égard de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale.

Le présent texte s'intéresse aux développements jurisprudentiels français et québécois, ainsi qu'à leur exploitation des techniques mentionnées plus haut. Bien que les systèmes médicaux français et québécois présentent des différences importantes, l'éventail des mécanismes juridiques permettant de faire face aux difficultés de preuve de la faute et de la causalité est en grande partie identique en droit québécois et en droit français<sup>9</sup>. Il est donc intéressant de comparer leur utilisation — ou leur absence d'utilisation — dans ces deux ressorts. Cependant, avant d'entreprendre cette revue jurisprudentielle (2), nous porterons notre regard sur la définition de l'infection nosocomiale et le contexte dans lequel elle se situe (1). Enfin, nous conclurons par une analyse de l'utilité des développements français dans le contexte québécois (3).

---

8. *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, J.O. 2002, p. 4118 (ci-après citée : « *Loi du 4 mars 2002* ») et *Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale*, J.O. 2002, p. 22100 (ci-après citée : « *Loi du 30 décembre 2002* »).

9. Il faut cependant noter que les standards de preuve français diffèrent en théorie de ceux qui existent en droit québécois, ce qui peut sans doute influencer sur les choix faits dans chaque ressort. À titre d'exemple, alors que le standard de preuve civile de la causalité au Québec est la balance des probabilités (art. 2804 *Code civil du Québec*, ci-après cité : C.c.Q.), le droit français requiert en théorie la certitude (l'intime conviction du juge à l'égard du lien entre le préjudice et la faute. Cependant, cette exigence n'est pas appliquée strictement et, en pratique, les tribunaux français se contentent souvent d'un « degré suffisant de probabilité » : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1998, par. 362 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1965, par. 1677 ; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962, par. 195 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – Les Obligations*, t. 1 : « La responsabilité délictuelle », 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1996, par. 449 et 1441 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1994, p. 126 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4 : « Les obligations », 22<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, p. 391 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil. Les obligations*, t. 2 : « Le fait juridique », Paris, Armand Colin, 1997, par. 133 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil « Permanences et transformations »*, Paris, LGDJ, 1955, p. 174 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1972, par. 213.

## 1 L'infection nosocomiale : définition et contexte

La notion d'infection nosocomiale fait l'objet de débats en France et, à ce jour, aucune définition officielle n'a été adoptée. En février 2002, le sénateur Jean-Louis Lorrain proposait de la définir comme « toute infection qui apparaît au cours ou à la suite d'une hospitalisation alors qu'elle était absente à l'admission dans l'établissement de santé »<sup>10</sup>. Le ministre de la Santé de l'époque, Bernard Kouchner, s'était cependant opposé à cette définition en raison des difficultés d'interprétation auxquelles elle pouvait mener et qui pourraient causer préjudice aux patients<sup>11</sup>. Par conséquent, aucune définition n'a été officiellement retenue<sup>12</sup>. Le ministère de la Santé propose cependant la définition suivante :

[L]es infections nosocomiales sont les infections qui sont contractées dans un établissement de soins. Une infection est considérée comme telle lorsqu'elle est absente à l'admission du patient. Lorsque l'état infectieux du patient à l'admission est inconnu, l'infection est classiquement considérée comme nosocomiale si elle apparaît après un délai de 48 heures d'hospitalisation. Ce délai est cependant assez artificiel et ne doit pas être appliqué sans réflexion<sup>13</sup>.

Quant à l'Organisation mondiale de la santé (OMS), elle suggère ceci :

Nosocomial infections [...] are infections acquired during hospital care which are not present or incubating at admission. Infections occurring more than 48 hours after admission are usually considered nosocomial<sup>14</sup>.

On constate dans ces définitions une idée centrale : l'infection doit avoir été absente chez le patient au moment de son admission dans l'établissement de soins<sup>15</sup>. De plus, elles sont suffisamment larges pour englober à la fois l'infection d'origine exogène et celle qui a un mode de transmission endogène<sup>16</sup>. L'infection d'origine exogène se transmet d'un

10. Cette définition fut suggérée à l'occasion de débats parlementaires concernant la *Loi du 4 mars 2002*. Voir à ce sujet P. SARGOS, « Le nouveau régime juridique des infections nosocomiales. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 », J.C.P. éd. G. 2002.I.1118, n° 276.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*

13. MINISTÈRE DE LA SANTÉ, *La lutte contre les infections nosocomiales*, [En ligne], 2001, [www.sante.gouv.fr/htm/actu/34\_010528.htm#1] (3 janvier 2005).

14. OMS, *op. cit.*, note 1, p. 4.

15. Cette définition large a été retenue par le CONSEIL SUPÉRIEUR D'HYGIÈNE PUBLIQUE DE FRANCE, « 100 recommandations pour la surveillance et la prévention des infections nosocomiales », (1992) *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, numéro spécial, [En ligne], 1992, [www.sante.gouv.fr/htm/pointsur/nosoco] (3 janvier 2005). Pour des applications de cette définition : Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 30 sept. 2003 : *Juris Data* n° 229789 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 4 janv. 2001 : *Juris Data* n° 134469.

16. Voir Y. LACHAUD, « Responsabilité médicale : l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'infection nosocomiale », *Gaz. Pal.* 1999.I.doctr.1619, 1622.

malade à l'autre par les mains ou les instruments de travail du personnel médical ou paramédical. Elle peut aussi résulter de germes dont le personnel est porteur ou de la contamination de l'environnement hospitalier (eau, air, matériel, alimentation)<sup>17</sup>. Les actes de soins invasifs, par exemple, favorisent particulièrement ce genre de transmission par l'utilisation de perfusions, de sondes urinaires, de ventilation artificielle et, bien entendu, d'actes chirurgicaux<sup>18</sup>. L'infection nosocomiale se propage de façon endogène lorsque le malade s'infecte avec ses propres germes à la faveur d'un acte invasif ou en raison d'une fragilité particulière. À l'heure actuelle, la distinction exogène/endogène fait l'objet de contestation, et plusieurs jugements français considèrent que l'infection d'origine endogène est nosocomiale pourvu qu'elle ait été absente au moment de l'admission à l'hôpital<sup>19</sup>. Cependant, nous verrons que certaines décisions québécoises considèrent implicitement qu'il ne peut y avoir de responsabilité médicale pour la propagation d'une infection endogène<sup>20</sup>.

Les statistiques concernant la prolifération des décès causés par les infections nosocomiales inquiètent. En 2003, l'Association des médecins microbiologistes infectiologues du Québec (AMMIQ) annonçait que de 2 000 à 3 000 patients meurent chaque année des suites d'infections contractées dans les hôpitaux québécois faute de mesures de prévention efficaces, ce chiffre excédant celui des décès causés par les accidents de la route. Ce nombre s'élève à 8 000 dans l'ensemble du Canada<sup>21</sup>. Les infections nosocomiales figurent au deuxième rang des accidents médicaux évitables après les erreurs médicamenteuses<sup>22</sup> et constituent la quatrième

---

17. OMS, *op. cit.*, note 1, p. 2.

18. H. GROUDEL, « L'infection nosocomiale dans le secteur privé : un revirement de jurisprudence exemplaire », (1999) *Resp. civ. ass.* 6.

19. Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 4 janv. 2001, précité, note 15 ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2001 : *Juris Data* n° 173922 ; Besançon Ass. plén., 8 oct. 2003 : *Juris Data* n° 223786 ; Besançon 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000 : *Juris Data* n° 117608 ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 26 juin 2000 : *Juris Data* n° 121031.

20. Voir, par exemple, l'affaire *Bérubé c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [2003] R.R.A. 374 (C.A.), dans laquelle la Cour d'appel du Québec semble énoncer, *a contrario*, qu'elle ne considère pas qu'il puisse y avoir faute d'asepsie lorsque l'infection est endogène.

21. Il y a de 8 000 à 12 000 décès pour 225 000 infections annuelles, selon l'ASSOCIATION POUR LA PRÉVENTION DES INFECTIONS À L'HÔPITAL ET DANS LA COMMUNAUTÉ, *Brief to the National Advisory Committee on SARS and Public Health*, [En ligne], 2003, [www.chica.org/nacsph.html] (3 janvier 2005). Les infections urinaires sont les plus fréquentes, mais sont associées à moins de cas de morbidité et de décès : OMS, *op. cit.*, note 1, p. 4. Les bactériémies (ex. : infections au *staphylococcus* ou au *candida*) sont les infections les plus rares, mais sont associées au plus haut taux de fatalité (plus de 50 % pour certains organismes) : OMS, *op. cit.*, note 1, p. 6.

22. COMITÉ SUR LES INFECTIONS NOSOCOMIALES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 4.



cause de mortalité au pays, après les maladies coronariennes, le cancer et les accidents cérébraux vasculaires. On estime que les infections nosocomiales au Québec touchent de 5 à 10 % des patients avec un taux de décès de 4 %<sup>23</sup>. Au Canada, une étude de prévalence effectuée en février 2002 dans 29 centres hospitaliers de soins de courte durée (CHSCD), à laquelle participaient neuf provinces, dont le Québec, a mis en évidence des infections nosocomiales chez 9,9 % des patients adultes et 8 % des enfants hospitalisés pendant la période étudiée. Cela représente environ 60 000 infections nosocomiales par année au Québec dans les seuls CHSCD<sup>24</sup>.

Parmi les infections contractées à l'hôpital, les bactériémies<sup>25</sup> au virulent staphylocoque doré résistant à la méthicilline (SARM) ont le plus de répercussions cliniques<sup>26</sup>. Le nombre de patients hospitalisés porteurs du SARM a augmenté de 70 % en deux ans, soit de 2000 à 2002. Un sondage effectué auprès d'établissements québécois révèle que le taux de décès varie de 14 à 53 % chez ces patients<sup>27</sup>. La propagation du clostridium difficile<sup>28</sup> soulève également l'inquiétude ; à la fin d'octobre 2004, l'AMMIQ qualifie d'épidémie la poussée de *C. difficile* dans les hôpitaux de Montréal et de Sherbrooke depuis le printemps 2003. L'AMMIQ confirme par la même occasion que 7 000 patients ont contracté la bactérie en un an au

---

23. *Ibid.* et DIRECTION DES COMMUNICATIONS DU MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Programme national de santé publique*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2003, p. 53 : le ministère parle plutôt de 6 %.

24. COMITÉ SUR LES INFECTIONS NOSOCOMIALES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 4, p. 3.

25. Ce terme désigne le passage d'un germe dans le sang.

26. De plus, une fois introduit dans le milieu hospitalier, le SARM est très difficile à éradiquer : DIRECTION DES COMMUNICATIONS DU MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Mesures de contrôle et de prévention des infections à staphylococcus aureus résistant à la méthicilline (SARM) au Québec*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2002, p. 13. Pour plus ample information, voir : AGENCE DE SANTÉ PUBLIQUE DU CANADA, *Le programme canadien de surveillance des infections nosocomiales : résultats des 18 premiers mois de surveillance des infections à staphylococcus aureus résistant à la méthicilline dans les hôpitaux canadiens*, [En ligne], 1997, [www.phac-aspc.gc.ca/publicat/ccdr-rmtc/97vol23/rm2306fa.html] (3 janvier 2005).

27. ASSOCIATION DES MÉDECINS MICROBIOLOGISTES INFECTIOLOGUES DU QUÉBEC (AMMIQ), *Infections à SARM – Augmentation de la mortalité et de la morbidité dans les hôpitaux du Québec*, [En ligne], 2003, [mesnouvelles.branchez-vous.com/communiqués/cnw/HEA/2003/06/c9709.html] (3 janvier 2005). Selon la DIRECTION DES COMMUNICATIONS DU MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 26, p. 18, le risque de mortalité attribuable aux infections au SARM est de 28 %.

28. Le *C. difficile* est une bactérie naturellement présente dans l'organisme qui profite d'un traitement aux antibiotiques pour proliférer et cause alors de violentes diarrhées.

Québec et que 600 en sont morts<sup>29</sup>. En raison de l'existence d'une souche plus virulente et résistante aux antibiotiques que par le passé, le C. difficile est mortel dans 7 à 8 % des cas, alors que la normale est de 1 à 2 %<sup>30</sup>.

Ces infections engendrent un coût important pour le système de santé. À titre d'exemple, le coût des soins supplémentaires nécessités par chaque infection au SARM s'élève à 14 000 \$. Extrapolé à l'ensemble du Québec, ce coût correspond à environ 70 à 100 millions de dollars par année pour le réseau de la santé<sup>31</sup>. De telles statistiques préoccupent d'autant plus que bon nombre de ces infections peuvent être en partie évitées par des mesures préventives simples, telles que les techniques aseptiques, les précautions de base (lavage de mains régulier ; port de blouse et de gants ; et isolement), ainsi qu'un environnement propre. L'AMMIQ dénonce cependant le manque de ressources financières et professionnelles pour prévenir les infections nosocomiales. À son avis, un programme efficace de prévention pourrait diminuer jusqu'au tiers les infections contractées en milieu hospitalier. Or, selon les données recueillies par l'AMMIQ pour 2000, 52 % des centres hospitaliers n'effectuaient aucune surveillance des infections nosocomiales et moins de 5 % d'entre eux avaient le matériel et le personnel qualifié pour le faire. Enfin, seulement 2 % des établissements atteignaient la norme d'un infirmier en prévention des infections pour 114 lits<sup>32</sup>.

Le phénomène atteindrait des proportions beaucoup plus importantes en France. Le nombre de décès annuels attribuables aux infections nosocomiales serait de 10 000 selon le ministère de la Santé<sup>33</sup>. Certains avancent cependant que ces infections causent 60 000 décès par année, c'est-à-dire sept fois plus que ceux qui sont provoqués par les accidents de

---

29. Ces chiffres sont fournis par un groupe de travail de l'AMMIQ présidé par la docteure Vivian Loo, microbiologiste infectiologue au Centre universitaire de santé McGill : L.-M. RHOX SOUCY, « C. difficile a fait 217 morts à Montréal et Sherbrooke », *Le Devoir [de Montréal]*, [En ligne], 2004, [www.ledevoir.com/2004/10/21/66620.html ?268] (3 janvier 2005). Une centaine de décès sont survenus au Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke au cours des dix-huit derniers mois.

30. *Id.*

31. ASSOCIATION DES MÉDECINS MICROBIOLOGISTES INFECTIOLOGUES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 27.

32. *Ibid.*

33. Cependant, Bernard Kouchner parle de 400 000 accidents nosocomiaux annuellement, dont 18 000 morts : B. KOUCHNER, *Le premier qui dit la vérité*, Paris, Robert Laffont, 2002, p. 206 et suiv. En 2003, le ministère de la Santé n'annonçait plus que 4 500 victimes : HÔPITAL DE FRANCE, *Infections nosocomiales : une urgence hospitalière*, [En ligne], 2003, [www.hopital-de-france.org/info\_77.php] (12 septembre 2004).

la route<sup>34</sup>. De 500 000 à 800 000 patients contractent chaque année une infection nosocomiale. En 1999, Yves Lachaud rapportait que depuis 1989 les cas d'infections nosocomiales avaient été en augmentation croissante et affectaient de 6 à 7 % des patients hospitalisés<sup>35</sup>. Le coût qui en découle varierait de 2 à 5 milliards de francs par année (environ de 300 à 750 millions d'euros).

Sur la base de la définition proposée par l'OMS, et en incluant l'infection d'origine endogène et exogène, nous avons repéré les cas de jurisprudence québécoise (2.1) et française (2.2) traitant de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale. Cette recherche ne nous a permis de trouver qu'un nombre limité de décisions québécoises pertinentes, dont la majorité se solde par un refus d'indemnisation, en raison d'une preuve insuffisante de la causalité ou de la faute. Le contentieux français est cependant plus prolifique et contraste de façon marquée avec la jurisprudence québécoise en raison de la générosité dont la jurisprudence française fait preuve envers les victimes.

## 2 La réponse jurisprudentielle<sup>36</sup>

### 2.1 La réponse jurisprudentielle québécoise

Les plus anciennes décisions québécoises impliquant des infections nosocomiales datent des années 80. Dans l'une d'entre elles, l'affaire *Jablonski c. Marosi*<sup>37</sup>, le demandeur poursuit un chirurgien orthopédique et l'hôpital où il a subi une opération au genou (ménisectomie). Il réclame notamment<sup>38</sup> d'être indemnisé pour le préjudice causé par une grave infec-

---

34. J. GONTIER, J. ICARD et F.-J. PANSIER, « Bilan jurisprudentiel des trois dernières années en matière de responsabilité médicale », *Gaz. Pal.* 2002.I.doctr.1748.

35. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16. Voir également les statistiques du MINISTÈRE DE LA SANTÉ, *Fréquence des infections nosocomiales*, [En ligne], 1999, [www.sante.gouv.fr/html/pointsur/nosoco/nosoco2-2.html] (12 septembre 2004). L'OMS rapporte les résultats d'une étude faite sous son auspice dans 55 hôpitaux de 14 pays de l'Europe, la Méditerranée de l'Est, l'Asie du Sud-Est et le Pacifique Ouest qui a révélé une moyenne de 8,7 % de patients ayant contracté une infection nosocomiale : OMS, *op. cit.*, note 1, p. 1.

36. Nous excluons la question de la contamination par transfusion de sang contaminé qui mérite un traitement séparé vu sa complexité. Il est à remarquer d'ailleurs que les tribunaux français établissent une distinction, dans le cas de l'hépatite C, entre la transmission transfusionnelle et la transmission nosocomiale.

37. *Jablonski c. Marosi*, J.E. 85-657 (C.S.).

38. En outre, le demandeur soutient qu'il y a eu faute dans le processus opératoire et il déplore l'absence d'information quant aux complications possibles, arguments qui ont été rejetés.

tion dont il a souffert pendant plusieurs mois. Trois jours après l'opération, un staphylocoque *aureus* (ou doré) déclenche une infection dans le champ opératoire. Malgré un traitement antibiotique, elle récidive et persiste pendant plusieurs mois. Le patient argumente que son affection a été causée par le non-respect des règles d'asepsie par le médecin et l'hôpital, outre qu'il plaide ne pas avoir été informé des risques d'infection. Il se plaint particulièrement des soins apportés avant et pendant l'opération qui seraient la cause de l'infection. Pour faire face aux difficultés de preuve de la faute, il invoque la maxime *res ipsa loquitur*.

La Cour supérieure rejette la réclamation en s'appuyant sur les mesures de précaution révélées par les témoignages et la preuve documentaire. Elle observe que la salle d'opération en question avait été utilisée le même jour avant et après l'intervention en question et qu'aucune autre contamination par staphylocoque n'avait été découverte à la suite d'interventions chirurgicales dans cet hôpital longtemps avant et après l'opération. Elle décide également que, à l'époque des faits, l'établissement se conformait à tous les règlements établis et possédait des appareils de stérilisation appropriés. La Cour remarque qu'il n'existait à l'époque aucune pratique permettant de déceler, avant une intervention chirurgicale, le staphylocoque doré chez le patient ou le personnel. De plus, un prélèvement fait avant l'opération, mais dont le rapport n'a été consultable qu'après l'opération, révélait que le demandeur était porteur d'un staphylocoque positif et qu'il risquait ainsi de s'auto-infecter. Le rejet découle donc de façon prépondérante de l'absence de preuve d'une faute concernant les mesures générales d'asepsie adoptées. L'origine endogène de l'infection semble également avoir permis de considérer que celle-ci avait une cause étrangère.

Dans une autre affaire, *Dineen c. Queen-Elizabeth Hospital*<sup>39</sup>, le demandeur avait subi une infection grave causée par un streptocoque pyogène à la suite d'une intervention chirurgicale à son genou droit. Il a dû être hospitalisé et traité pendant plusieurs mois et en a conservé de graves séquelles à la jambe. À l'hôpital, il reproche principalement la violation des règles habituelles d'asepsie qui auraient été négligées pendant une longue grève s'étant réglée la veille de l'opération. La Cour d'appel confirme le rejet de cet argument par la Cour supérieure. Tout en constatant qu'il a été prouvé que les mesures d'asepsie nécessaires ont été prises, la Cour estime qu'exiger de l'hôpital qu'il prenne les précautions d'asepsie nécessaires pour éviter ce genre d'infection lui imposerait un fardeau trop lourd :

---

39. *Dineen c. Queen-Elizabeth Hospital*, [1988] R.R.A. 658 (C.A.).

Le premier juge [...] conclut qu'en dépit de la grève, l'hôpital avait maintenu les précautions usuelles d'asepsie [...] Par ailleurs, comme le streptocoque pyogène se développe sur un porteur humain, il serait absolument impossible d'en prévenir à l'avance toute infiltration dans un hôpital. Il faudrait, à toute fin pratique, que l'hôpital se consacre complètement à la vérification de l'état de tous les membres de son personnel, comme de tous les visiteurs et à une asepsie continue de tous ses locaux. Il ne pourrait guère opérer dans ces conditions. « Une telle précaution est impensable et matériellement irréalisable », selon la Cour supérieure<sup>40</sup>.

Dans l'affaire *Pelletier c. Centre hospitalier de Val-d'Or*<sup>41</sup>, le demandeur développe une infection à une plaie à la suite d'une intervention pour hernie. Le tribunal conclut à l'absence de dérogation aux normes d'asepsie applicables en pareilles circonstances et constate que l'enquête interne minutieuse qu'a enclenchée le dépôt de la plainte du requérant démontre en fait le contraire<sup>42</sup>. La Cour reconnaît cependant que la cause de l'infection est inconnue et que des facteurs autres que la faute médicale peuvent en expliquer la présence<sup>43</sup>. Enfin, la Cour rejette l'argument basé sur la faute dans la prise en charge de l'infection<sup>44</sup>, en particulier vu l'absence de symptômes de la présence d'infection lors du séjour du demandeur à l'hôpital<sup>45</sup>.

Plus récemment, la Cour d'appel s'est prononcée sur un cas d'infection nosocomiale dans l'affaire *Bérubé c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*<sup>46</sup>. Après une réduction mammaire, la patiente éprouve certaines difficultés à

---

40. *Id.*, 659. Le tribunal semble ici vouloir se garder d'imposer une obligation de résultat au défendeur.

41. *Pelletier c. Centre hospitalier de Val-d'Or*, C.Q. Val-d'Or, n° 615-32-001988-011, 17 septembre 2002, j. Lavergne.

42. *Id.*, par. 20.

43. *Id.*, par. 23.

44. *Id.*, par. 26.

45. *Id.*, par. 29.

46. *Bérubé c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, précité, note 20. Pour des exemples d'infection endogènes, voir : *Girouard c. Hôpital Royal Victoria*, [1987] R.R.A. 858 (C.S.) (bactérie vaginale (peptococcus) présente dans la paroi abdominale de la patiente après une ligature des trompes) : le tribunal conclut qu'aucune preuve de manquement aux règles d'asepsie n'est apportée, mais il trouve une faute dans le suivi postopératoire ; *Lévesque c. Baribeau*, [2001] R.R.A. 639 (C.S.) (infection causée par une bactérie présente à l'état naturel dans le vagin ou l'intestin) : la demanderesse reproche au médecin une faute dans l'intervention, l'omission de l'informer des risques liés à l'opération et l'absence de suivi approprié, arguments rejetés par la Cour ; *Moreau c. Fugère*, [2002] R.J.Q. 404 (C.S.) (péritonite fécale résultant d'une perforation rectale postopératoire causant un choc septique entraînant le décès de la patiente) : les demandeurs plaident la faute dans le suivi postopératoire, argument accepté par le tribunal ; *Painchaud-Cleary c. Pap*, [2002] R.J.Q. 1420 (C.S.) (perforation duodénale causant un choc septique) : la Cour conclut à une faute

se remettre de l'intervention. Son état ne s'améliorant pas, les médecins, qui croient successivement à la présence d'une pneumonie, d'une infection intestinale et d'une salpingite, décident de procéder à une opération exploratoire pour tenter de déterminer la source d'infection. Peu de temps avant la procédure, la patiente fait un choc toxique, interprété à tort comme un choc septique. Le personnel infirmier lui administre des antibiotiques qui lui sauvent la vie, mais lui causent un certain degré de surdité. De plus, une nécrose périphérique a eu le temps de s'installer et la patiente doit subir une amputation des premières phalanges des mains et des orteils.

Dans sa poursuite contre l'hôpital, la patiente reproche au personnel infirmier de ne pas avoir été suffisamment alerté par les symptômes dont elle était porteuse et qui pouvaient indiquer qu'elle faisait une infection au staphylocoque doré. Elle plaide que, si les éléments de ce diagnostic avaient pu être réunis et connus des médecins plus rapidement, ses chances d'échapper à la nécrose auraient été meilleures. Il est intéressant de noter que la demanderesse ne plaide pas que la présence de la bactérie dans la salle d'opération ait été fautive, mais se rabat sur un argument de faute dans la prise en charge du choc toxique. Cela lui permet d'éviter d'avoir à s'acquitter de la tâche de prouver qu'une faute était bel et bien à l'origine de la présence de la bactérie sur les lieux de l'hôpital. Il ressort d'ailleurs du jugement de la Cour supérieure que cet argument aurait échoué. Le juge de première instance remarquait que personne n'avait témoigné sur la question de la propreté et de l'asepsie des locaux, équipements et instruments. De plus, la demanderesse aurait probablement été elle-même porteuse de la bactérie à la source de la complication (transmission endogène).

Le juge Baudouin conclut donc dans cette affaire à la faute du personnel infirmier dans la prise en charge du choc toxique<sup>47</sup>, mais à l'absence d'un lien causal puisque rien n'aurait pu être fait par le personnel hospitalier pour l'anticiper, le prévenir et l'éviter. Il remarque qu'en situation postopératoire le choc toxique est extrêmement rare et imprévisible et qu'il se

---

dans le traitement de la patiente, y compris des fautes dans le diagnostic et le traitement d'une infection intra-abdominale endogène. La Cour conclut également que la majorité du préjudice résulte du retard à diagnostiquer l'infection ; *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 (C.A.) (œdème infectieux sur la dure-mère à la suite d'une intervention chirurgicale) : cette séquelle est normalement possible lors d'interventions extrêmement délicates et n'est pas nécessairement imputable à une faute du défendeur.

47. Cependant, le juge Baudouin est d'avis que le médecin n'a pas commis de faute puisque l'ouverture de la plaie ne lui aurait pas permis de déceler l'infection : *Bérubé c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, précité, note 20, par. 28 (la demanderesse s'est cependant désistée de sa poursuite contre les différents médecins qui l'ont traitée).

manifeste progressivement et sournoisement. Il prend plusieurs jours à s'installer, mais, lorsqu'il se déclare brusquement, il est fulgurant et complètement irréversible<sup>48</sup>.

Un argument basé sur l'absence d'information constitue une solution de rechange intéressante permettant de surmonter les difficultés de preuve de l'origine de l'infection et de la présence d'une faute d'asepsie. À titre d'exemple, dans l'affaire *Chouinard c. Landry*<sup>49</sup>, le juge Jacques, dissident, retient un manquement au devoir d'informer le patient des risques d'infection du fémur par staphylocoques pyogènes dans le contexte d'une opération nécessitée par une fracture :

L'obligation de divulgation existe précisément parce que le patient n'a aucune connaissance médicale quelconque qui lui permet d'évaluer les risques d'une intervention. Il peut fort bien savoir qu'un décès est toujours possible, mais il s'agit d'une connaissance générale et diffuse qui fait abstraction des faits et circonstances de son cas particulier, e.g. son état de santé, etc.

La décision que le patient doit prendre est dans l'ordre empirique, qui vise des résultats concrets, plutôt que théorique. Même si le patient sait, ou devrait savoir, qu'il y a une possibilité d'infection, ce qui est loin d'être une prémisse généralement admise, il est tout aussi important, sinon plus, qu'il sache le degré de probabilité, le degré d'incidence d'infection et sa gravité<sup>50</sup>.

Cependant, les juges de la majorité arrivent à une conclusion différente. Le juge Tyndale considère qu'un risque d'infection variant de 2 à 3 % n'est pas très sérieux et équivaut à un aléa inhérent à l'intervention

---

48. Le juge Baudouin ne discute pas de la possibilité de prouver la causalité par présomption de fait puisqu'il la considère comme absente. La Cour supérieure avait cependant évalué cette possibilité, la rejetant toutefois pour les mêmes raisons, citant deux affaires : *Cardin c. Cité de Montréal*, [1961] R.C.S. 655 et *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745. Voir également : *Lamontagne c. Lefrançois*, [1994] R.R.A. 26 (C.A.), où, au lieu d'argumenter qu'une faute de l'hôpital ou du médecin a été la cause de l'infection, le patient se rabat sur une faute dans la prise en charge de l'infection, argument rejeté par la Cour d'appel. Le demandeur dans cette affaire n'avait présenté contre l'hôpital aucun argument basé sur le manquement aux règles d'asepsie ; *Garceau c. Lalonde*, C.Q. Saint-Jérôme, n° 700-02-002471-952, 30 janvier 1998, j. Soumis (infection virale majeure (ostéite) au maxillaire inférieur à la suite de l'extraction de dents de sagesse) : le tribunal souligne que la cause de l'infection est inconnue. La Cour conclut, sur la base de présomptions de fait, que la « cause » de l'infection est l'absence de prise en considération des prédispositions du patient, l'omission de donner des antibiotiques préopératoires, opératoires et postopératoires, la durée anormale de l'opération et l'absence de suivi approprié du patient. Le tribunal relève également une faute concernant l'obligation de renseignement.

49. *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).

50. *Id.*, 1962 et 1963.

chirurgicale que le patient aurait accepté même s'il avait été informé. Le juge LeBel, de son côté, affirme que l'obligation d'information ne concerne que les risques spéciaux et propres à un traitement particulier, soit les complications au moins possibles : « L'obligation deviendrait incommensurable s'il fallait qu'elle s'étende à toutes les possibilités, même les plus incertaines<sup>51</sup>. » Il ajoute que le risque d'infection dans une intervention chirurgicale est déjà minime (2 %). Dans le cas du demandeur, la virulence particulière de l'infection dont il a été frappé démontre son caractère imprévisible et échappe donc à l'obligation de renseignement. Enfin, même s'il avait été informé, il était peu plausible que le demandeur aurait refusé l'intervention.

Dans une autre affaire, *Jablonski c. Marosi*<sup>52</sup>, le défendeur admet ne pas avoir révélé un risque d'infection par staphylocoques allant de 1 à 5 % lors d'une intervention orthopédique. Le tribunal conclut toutefois qu'il n'avait pas l'obligation de divulguer cette information en raison de la faible prévisibilité de ces infections et de l'absence, depuis une longue période de temps, d'infections par staphylocoques lors d'interventions chirurgicales dans l'établissement défendeur. De plus, rien dans le témoignage du patient ne permet de conclure qu'il aurait refusé l'opération s'il avait connu cette éventualité<sup>53</sup>. Des circonstances différentes pourraient cependant mener à une conclusion contraire selon l'étendue du risque en cause et la nature de l'acte médical. Par exemple, dans l'affaire *Cantin-Cloutier c. Gagnon*<sup>54</sup>, impliquant une intervention buccale élective<sup>55</sup>, la Cour supérieure estime qu'un risque d'infection de 10 % devait être divulgué<sup>56</sup>.

Cette brève revue de la jurisprudence québécoise semble confirmer que les chances de succès d'une action en responsabilité entreprise par la victime d'une infection nosocomiale sont faibles. L'échantillon restreint

---

51. *Id.*, 1970.

52. *Jablonski c. Marosi*, précité, note 37.

53. Voir aussi : l'affaire *Girouard c. Hôpital Royal Victoria*, précitée, note 46, dans laquelle un risque de 1,9 % de complication ou d'infection par suite d'une laparoscopie a été jugé comme constituant un risque inhérent à l'intervention ; *Galarneau c. Beaudoin*, C.S. Montréal, n° 500-05-003409-925, 31 mai 2001, j. Tellier, par. 51 : « il est généralement connu qu'une intervention comporte des risques d'infection ». Dans ce cas, le risque avait cependant été divulgué. Voir les critiques de R.P. KOURI et S. PHILLIPS-NOOTENS, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*, Sherbrooke, RDUS, 1999, p. 300, à l'égard de l'absence d'obligation de divulguer le risque d'infection.

54. *Cantin-Cloutier c. Gagnon*, [2001] R.R.A. 75 (C.S.).

55. Cette intervention n'était pas urgente ni nécessaire à court terme.

56. *Cantin-Cloutier c. Gagnon*, précité, note 54, par. 131.



sur lequel repose notre analyse nous oblige cependant à faire montre de prudence avant d'en tirer des conclusions. Toutefois, certaines tendances intéressantes se dégagent. Tout d'abord, dans les cas répertoriés en jurisprudence québécoise, la faute d'asepsie est difficile à invoquer avec succès, car les tribunaux semblent prêts à se contenter de la preuve de la mise en œuvre des règles d'asepsie *habituelles* afin de démontrer l'absence de faute, sans analyser la présence d'une faute dans l'application de ces règles dans le cas particulier. Ils tendent également à considérer qu'exiger plus que le simple respect des règles habituelles et générales d'asepsie imposerait un fardeau trop lourd aux centres hospitaliers. En outre, la possibilité de prouver la cause étrangère en démontrant la source endogène de l'infection ouvre une large porte à l'exonération basée sur l'absence de lien causal. Par ailleurs, la prétention d'une faute dans la prise en charge de l'infection ne mènera à la responsabilité que si la victime réussit à prouver que l'infection était prévisible, capable d'être prévenue ou d'être diagnostiquée à temps et qu'il était possible d'éviter le préjudice une fois les symptômes apparents, ce qui est une preuve évidemment difficile à apporter<sup>57</sup>. Enfin, quelques décisions considèrent que le risque d'infection n'a pas à être divulgué, bien qu'il soit permis de croire que, si ce risque prenait, comme ici, des proportions inhabituelles, les tribunaux québécois pourraient arriver à une conclusion différente.

Les difficultés auxquelles font face les demandeurs tentant d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice découlant d'une infection nosocomiale ne se limitent pas au droit québécois, mais elles constituent également le lot de la jurisprudence française. Une distinction majeure entre les deux ressorts, cependant, est le fait que les tribunaux français se sont efforcés de pallier ces difficultés en allégeant la charge de la preuve pour la victime par des modifications, à l'avantage des victimes, des règles classiques de la responsabilité médicale.

## 2.2 La réponse jurisprudentielle française

La réponse française se caractérise par la volonté de favoriser les chances d'indemnisation de la victime. Ce but a été atteint en adaptant, de façon prétorienne, les règles de la responsabilité civile, par l'imposition de présomptions de faute et d'obligations de sécurité-résultat aux établissements publics et privés de santé, ainsi qu'aux médecins. Cette prise de position a été instaurée par les juridictions administratives (2.2.1) pour ensuite être adoptée par les juridictions civiles (2.2.2).

---

57. Voir *Painchaud-Cleary c. Pap*, précité, note 46.

### 2.2.1 Les juridictions administratives

Les tribunaux administratifs français imposent rapidement aux hôpitaux publics une doctrine rigoureuse en matière d'infections nosocomiales<sup>58</sup> en acceptant, bien avant les juridictions civiles, de présumer la faute médicale<sup>59</sup>. Par l'arrêt *Cohen* du 9 décembre 1988, le Conseil d'État confirme l'application d'une présomption de faute en matière d'infection contractée par un patient en milieu hospitalier public<sup>60</sup>. Le postulat posé par cette jurisprudence est qu'une personne ne doit pas contracter à l'hôpital une maladie dont elle ne souffrait pas en y entrant<sup>61</sup>.

À l'occasion d'interventions chirurgicales à la colonne vertébrale, un homme présente une infection méningée provoquée par l'introduction d'un germe microbien lors d'une des opérations. Cette infection le laisse paraplégique. Une faute d'asepsie des locaux, du matériel et des produits utilisés, ainsi que des acteurs médicaux, n'est cependant pas établie<sup>62</sup>. Toutefois, il est démontré que l'infection ne provient pas de germes dont le patient aurait été porteur, mais a plutôt été contractée pendant le séjour hospitalier. Le commissaire du gouvernement conclut alors au rejet de la demande en se basant, notamment, sur le fait qu'il est impossible d'exiger des hôpitaux une asepsie parfaite, qui n'est d'ailleurs pas réalisable<sup>63</sup>. Le Conseil d'État estime néanmoins que l'apparition de l'infection révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public hospitalier auquel il incombe de fournir au personnel médical du matériel et des produits stériles. Par conséquent, du seul constat de l'introduction

---

58. P. SARGOS, *loc. cit.*, note 10, 1119.

59. Cons. d'Ét. 9 déc. 1988, *Cohen*, D. 1990.487, D. 1989.somm.347, note Modern, et *Bon*, D. 1990.298 ; Cons. d'Ét. 1<sup>er</sup> mars 1989 : *Juris Data* n° 640306. Voir également N. GOMBAULT, « Les maladies nosocomiales : point de vue des assurances médicales », (1995) 11 *Médecine et droit* 9.

60. Cons. d'Ét. 9 déc. 1988, précité, note 59 ; P. SARGOS, *loc. cit.*, note 10, 1119. Cette présomption avait été établie par la décision du Conseil d'État du 18 novembre 1960, *Lebon*.640, citée dans J. GOLDENBERG, « Infections nosocomiales : responsabilité pour faute présumée ou pour faute prouvée ? », *Pet. Aff.*, 2002.14, 17. Voir également : Cons. d'Ét. 3 mars 1989, *Lebon*.908 ; et Cons. d'Ét. 14 juin 1991 ; *Maalem*, *Lebon*.1184, cités dans J. GOLDENBERG, *loc. cit.*, 14 ; et C. adm. Nancy, 6 avril 2000, *Didienne* : *Juris Data* n° 119689.

61. J. GOLDENBERG, *loc. cit.*, note 60, 14.

62. À l'époque, la preuve d'une faute lourde de la part des hôpitaux publics était encore requise.

63. Ce cas peut être comparé avec l'affaire *Chouinard c. Landry*, précitée, note 49.

accidentelle d'un microbe dans l'organisme du patient, le juge déduit la faute malgré l'absence de preuve d'une faute d'asepsie<sup>64</sup>. En 1995, le Conseil d'État renchérit :

[...] alors même que les médecins n'auraient commis aucune faute, notamment en matière d'asepsie, et qu'une telle infection se produirait dans une proportion non négligeable des interventions du même type, le fait que cette infection ait pu néanmoins se produire, alors que rien ne permet de présumer que le patient aurait été porteur d'un foyer infectieux avant l'intervention, révèle une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service de nature à engager la responsabilité de l'établissement<sup>65</sup>.

Selon Chabas, cette présomption de faute se renverse difficilement<sup>66</sup>. Puisque la preuve d'absence de faute ne semble pas permettre l'exonération du défendeur, le seul moyen exonératoire réside dans la démonstration que le patient était porteur de l'infection avant son hospitalisation<sup>67</sup>, ce qui amène certains auteurs à argumenter que cette présomption fait peser sur les hôpitaux une véritable obligation de résultat<sup>68</sup>.

---

64. Cela exclut ainsi apparemment la défense d'absence de faute : Cons. d'Ét. 9 déc. 1988, précité, note 59. Voir également : Cons. d'Ét. (5<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-sect. réun.), 14 juin 1991, *Maalem*, D. 1992.somm.148, note anonyme ; N. GOMBAULT, *loc. cit.*, note 59, 9 ; C. CLÉMENT, « La responsabilité des établissements de santé du fait des infections nosocomiales » *Pet. Aff.* 1999.13 ; J. GOLDENBERG, *loc. cit.*, note 60, 17.

65. Cons. d'Ét. 31 mars 1995, D. 1999.somm.385, note Penneau ; *Gaz. Pal.* 1998.pan.adm.172. Voir une application dans Cons. d'Ét. 19 nov. 2003 : *Juris Data* n° 066201. Voir cependant : Trib. adm. Rouen, 17 août 2001, *Pet. Aff.* 2002.14, note Goldenberg : la responsabilité est basée sur une faute d'asepsie prouvée (omission de porter masque et bonnet en néonatalogie et d'isoler les patients infectés).

66. F. CHABAS, « Les infections nosocomiales. Responsabilité en droit privé et en droit public », *Gaz. Pal.* 2002.I.doctr.661, 663.

67. C. CLÉMENT, *loc. cit.*, note 64, 13.

68. S. DAËL, « Nouveaux progrès du droit de la responsabilité en matière de santé publique », (1993) *RFDA* 573, 575, note sous Cons. d'Ét. 9 avril 1993 ; *Bianchi*, D. 1993.IR.118, J.C.P. éd. G. 1993.II.22061, note Moreau. Dans une circulaire du 20 octobre 1997, la ministre de l'Emploi et de la Solidarité (Direction générale de la santé) de l'époque indiquait que l'obtention de l'état stérile et son maintien jusqu'au moment de l'utilisation correspondent à une obligation de résultat : DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ, *Circulaire DGS/VS2 – DH/EM1/EO1 n° 97-672 du 20 octobre 1997 relative à la stérilisation des dispositifs médicaux dans les établissements de santé*, [En ligne], 1997, [www.sante.gouv.fr/htm/pointsur/nosoco/nosoco3-2-672.html] (3 janvier 2005). Le Conseil d'État précisait cependant que la ministre n'entendait pas, par cette circulaire, prendre parti au sujet des conditions d'engagement de la responsabilité des établissements de santé. Voir J. BONNEAU, note sous Cons. d'Ét. 24 févr. 1999, *Gaz. Pal.* 1999.n168, 98.

Pendant ce temps, les juridictions civiles continuaient d'appliquer la jurisprudence *Mercier* selon laquelle les cliniques et médecins ne sont tenus qu'à une obligation de moyens<sup>69</sup>. Les victimes d'une infection contractée en clinique privée étaient donc rarement indemnisées<sup>70</sup>. Cette situation a été décrite comme créant une profonde inégalité entre les victimes d'une infection selon que cette dernière a été contractée à l'hôpital public ou en clinique privée<sup>71</sup>.

## 2.2.2 Les juridictions civiles

En 1996, les juridictions civiles acceptent d'imposer une présomption de faute (ou obligation de moyens renforcée) aux cliniques lorsque l'infection résulte d'une intervention ayant eu lieu dans une salle d'opération<sup>72</sup>. La présomption est d'une générosité limitée puisqu'elle exclut les médecins et oblige le patient à faire la difficile démonstration de l'origine spatiale de son infection<sup>73</sup>. Le 16 juin 1998<sup>74</sup>, la Cour de cassation étend l'application de cette règle aux infections contractées dans les salles d'accouchement, et elle maintient ainsi la difficulté de prouver l'origine de l'infection. Bien que ce régime permette une défense d'absence de faute, la Cour de cassation se montre particulièrement exigeante quant à la preuve

---

69. Voir, par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin et 29 nov. 1989, D. 1991.somm.180, note anonyme, D. 1990.413, note Dagorne-Labbe. Dans la seconde espèce cependant, la Cour de cassation conclut à la faute sur la base de présomptions de faits. Il ne s'agit pas là encore de la création d'une véritable présomption prétorienne de faute.

70. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16.

71. N. GOMBAULT, *loc. cit.*, note 59, 8.

72. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1996, *Bull. civ.* 1996.I.219, J.C.P. éd. G. 1996.I.3985, note Viney ; *Resp. civ. et ass.* 1996. Comm.265 (1996) ; *Rev. trim. dr. civ.* 913, note Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1997.2.565, note Hocquet-Berg ; D. 1997.somm.320, note Penneau et 1997.somm.286, note Mazeaud ; *Défrenois* 1997.art.36526, 408, note Bénabent ; J.C.P. éd. G. 1996.somm.1560 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1998, *Gaz. Pal.* 1998.pan.312 ; J.C.P. 1999.II.10122, note Denis-Chaubet ; D. 1998.IR.190, J.C.P. 1998.IV.2807. Ce jugement parle de façon erronée de « présomption de responsabilité », alors que la décision relève l'application d'une présomption de faute puisqu'il y est indiqué ceci : « à moins que la clinique prouve absence de faute ». Cependant, dans ce cas précis, le tribunal a fait montre de générosité quant à la preuve nécessaire pour renverser la présomption : P. SARGOS, « Infections nosocomiales : de la présomption de faute à l'obligation de sécurité de résultat », J.C.P. éd. G 1999.II.10138, p. 1469, et D. MAZEAUD, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1996, précité, note 72, 287. Voir également : Paris 1<sup>re</sup> B, 1<sup>er</sup> mars 1996, *Bull. civ.* 1998.I.juris.4 : *Juris Data* n° 020832 ; Paris 1<sup>re</sup> ch., 17 oct. 1997, D. 1997.IR.242 ; Pau 1<sup>re</sup>, 17 sept. 1997 : *Juris Data* n° 047902 ; Nancy 1<sup>re</sup>, 19 oct. 1998 : *Juris Data* n° 056199 ; Grenoble 1<sup>re</sup>, 10 juin 1997 (non publiée).

73. D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 72, 287.

74. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1998, précité, note 72.

nécessaire à l'exonération du défendeur, en précisant qu'il n'est pas suffisant d'argumenter que des mesures sérieuses de stérilisation ont été prises ; il faut en outre démontrer qu'aucune faute dans la mise en œuvre de ces méthodes n'a été commise<sup>75</sup>. Bien qu'elle permette l'exonération du défendeur sur la base d'une preuve d'absence de faute, d'aucuns ont prétendu que cette exigence équivaut à requérir la preuve d'une cause étrangère, ce qui place dès lors le régime instauré sur le terrain de l'obligation de résultat<sup>76</sup>.

Malgré sa générosité envers les victimes, cette jurisprudence a été critiquée. Il a été soulevé principalement que l'exigence de preuve de l'origine exacte de l'infection anéantit l'avantage de la présomption<sup>77</sup>, outre qu'elle lui donne un champ d'application très limité<sup>78</sup> puisqu'il est ardu pour la victime hospitalisée de déterminer avec exactitude l'endroit où l'infection a été contractée. C'est ce qui a amené Denis Mazeaud à affirmer ceci :

On peut raisonnablement penser [...] que malgré l'allègement et le déplacement de la charge de la preuve qu'emporte la présomption étudiée au profit de la victime, celle-ci demeure alors confrontée à une *diabolica probatio*. Pour qu'il en soit vraiment autrement et que l'arrêt commenté améliore réellement la situation des victimes de cette espèce d'accidents médicaux, la présomption « devrait au moins être accompagnée de la présomption que l'infection trouve son origine dans l'intervention »<sup>79</sup>.

En 1999, la Cour de cassation répond à ces objections en imposant aux médecins<sup>80</sup> et aux cliniques une obligation de sécurité-résultat ne pouvant

---

75. Paris 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1997, précité, note 72. Voir également : Pau 1<sup>re</sup>, 17 sept. 1997, précité, note 72 ; Nancy 1<sup>re</sup>, 19 oct. 1998, précité, note 72.

76. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16 ; G. VINEY, « La responsabilité des professionnels de la santé. Les infections nosocomiales », J.C.P. éd. G. 1999.I.72, 72. Voir Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1998 : *Juris Data* n° 003295.

77. Note anonyme sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2001, D. 2001.n16, 1284, J.C.P. éd. G. 2001.IV.1076, n1972 et 1973, *Droit & patrimoine* 2001.n95, p. 106, note Chabas, *Contrats, concurrence, consommation* 2001.n7, 16, note anon. Voir également : S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 72, faisant la même remarque au sujet de la jurisprudence de 1996 ; D. MAZEAUD, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1996, précité, note 72.

78. Le conseiller Sargos le reconnaît d'ailleurs dans son rapport préliminaire aux décisions du 29 juin 1999 : P. SARGOS, *loc. cit.*, note 10, 1473.

79. D. MAZEAUD, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1996, précité, note 72 ; D. 1997.somm.p287, citant H. Groutel. Voir aussi les critiques suivantes : S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 72, 568 ; Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16 ; P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 72, 915. Jourdain critique également le fait que cette présomption s'applique uniquement aux cliniques médicales et non aux médecins qui pratiquent en cabinet privé.

80. Cette responsabilité est en effet étendue au médecin exerçant à titre libéral dans la clinique (clinique et médecin sont responsables *in solidum*) : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999, *Bull. civ.* 1999.I.220 et 222, J.C.P. éd. G. 1999.II.10138, rapp. Sargos, D. 1991.somm.180, D.

être écartée que pour une cause étrangère<sup>81</sup>. Jamais auparavant une telle obligation n'avait été imposée aux établissements de soins et aux médecins dans un contrat dont l'objet principal est de dispenser des soins<sup>82</sup>. Cette règle découle de trois décisions de la Cour de cassation concernant des patients qui, à la suite d'une opération au genou, avaient souffert d'une infection leur causant de sérieux préjudices. Dans les trois cas, la Cour impose une obligation de résultat au médecin et à la clinique. Bien qu'elle

---

1999.395, note Penneau ; *Gaz. Pal.* 2000.somm.18, *Gaz. Pal.* 1999.juris.678, note Guigue, D. 1999.comm.560, note Thouvenin. Une décision du 13 février 2001 étend cette responsabilité encore plus loin, en imposant l'obligation de résultat au médecin exerçant dans son cabinet : Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2001, *Bull. civ.* 2001.I.n32, J.C.P. éd. G. 2001.IV.1639 ; D. 2001.3083, note Penneau ; *Gaz. Pal.* 2002.227, 327, note Bonneau. Voir les commentaires de F. CHABAS, *loc. cit.*, note 77, 105.

81. Voir les « arrêts des staphylocoques dorés » : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999, précité, note 80. Les cours d'appel, agissant comme juridictions de renvoi, confirment l'application de l'obligation de sécurité-résultat : Amiens Ch. sol., 18 juin 2001 : *Juris Data n° 153105* (Mechin) ; Amiens Ch. sol., 26 févr. 2001 : *Juris Data n° 141173* (Follet). L'imposition de cette obligation de sécurité-résultat a été confirmée dans de nombreux jugements, dont : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 2002 (non publiée) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2001, précité, note 80 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 10 déc. 2003 : *Juris Data n° 237567* ; Besançon Ass. plén., 8 oct. 2003, précité, note 19 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 30 sept. 2003, précité, note 15 ; Metz 1<sup>re</sup>, 6 mai 2003 : *Juris Data n° 216198* ; Riom 1<sup>re</sup>, 17 avril 2003 : *Juris Data n° 217922* ; Lyon 1<sup>re</sup>, 27 mars 2003 : *Juris Data n° 209585* ; Paris 1<sup>re</sup>, 13 mars 2003 : *Juris Data n° 217859* ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2002 : *Juris Data n° 199261* ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 17 sept. 2002 (non publiée) ; Bordeaux 5<sup>e</sup>, 27 juin 2002 : *Juris Data n° 193195* ; Paris 1<sup>re</sup>, 16 mai 2002 : *Juris Data n° 185192* ; Paris 1<sup>re</sup>, 11 avril 2002 : *Juris Data n° 2002-175554* ; Nancy 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2002 : *Juris Data n° 209333* ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2002 : *Juris Data n° 180017* ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 12 déc. 2001 : *Juris Data n° 169187* ; Grenoble 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2001 : *Juris Data n° 182633* ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2001, précité, note 19 ; Aix-en-Provence 1<sup>re</sup>, 21 juin 2001 : *Juris Data n° 151211* ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 10 avril 2001 : *Juris Data n° 143167* ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 24 janv. 2001 (non publiée) ; Besançon 1<sup>re</sup>, 12 sept. 2001, *Resp. civ. et ass.* 2001.n12, p. 20 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup> ch., 7 nov. 2000, J.C.P. éd. G. 2001.IV.1650, n2473 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 18 oct. 2000 : *Juris Data n° 128542* ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 4 oct. 2000, J.C.P. éd. G. 2001.IV.1650, n2473 ; Besançon 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, précité, note 19 ; Lyon 1<sup>re</sup>, 7 déc. 2000 : *Juris Data n° 130013* ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 26 juin 2000, précité, note 19 ; Paris 1<sup>re</sup>, 11 févr. 2000 : *Juris Data n° 107377* ; Pau 1<sup>re</sup>, 18 mai 2000 : J.C.P. éd. G. 2001.1909, p. 967 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2001, précité, note 77. Elle s'applique évidemment même si une preuve d'absence de faute est apportée : Paris, 21 mars 2002, *Pet. Aff.* 2003.14. Auparavant, certains jugements avaient imposé une obligation de résultat : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1989, précité, note 69.

82. J. GUIGUE, *loc. cit.*, note 7 ; S. HOCQUET-BERG, « Commentaire des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 juin 1999 en matière d'infection nosocomiale », *Gaz. Pal.* 2000.I.doctr.624, 625. Auparavant, cette obligation n'avait été reconnue que dans le contexte du contrat de fourniture de produits sanguins conclu avec un centre de transfusions sanguines et le contrat de fourniture de prothèses dentaires.

dispense la victime de la preuve de la faute, le fardeau de prouver la causalité entre son préjudice et l'inexécution contractuelle (la survenance d'une infection nosocomiale) demeure le sien<sup>83</sup>. De plus, la victime doit prouver que l'infection résulte d'un acte médical accompli dans un établissement de santé ou dans le cabinet du médecin, c'est-à-dire que l'infection n'était ni en incubation ni présente au moment de l'admission du malade<sup>84</sup>. Cette exigence probatoire allégée n'échappe pas à la critique de Hocquet-Berg :

Si tel est le cas, cette *diabolica probatio* demeure et le renforcement de la responsabilité risque d'être un leurre. Cependant, tout laisse à penser, qu'à défaut de recourir à une présomption de droit, les juges déduiront largement en fait l'existence du lien causal, en se contentant d'un faisceau d'indices largement révélés par le rapport d'expertise ou d'absence d'autres circonstances de nature à expliquer le phénomène<sup>85</sup>.

Jourdain aussi critique l'exigence de preuve de la causalité entre l'acte médical et l'infection qui n'est pas, selon lui, conforme aux règles de l'obligation de résultat : l'absence de résultat, démontrée par la présence de l'infection, devrait être suffisante pour imposer la responsabilité sans preuve supplémentaire de la causalité<sup>86</sup>. Conformément à cette position, la causa-

---

83. Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 10 déc. 2003, précité, note 81 ; Besançon, 8 oct. 2003, précité, note 19 ; Bordeaux 5<sup>e</sup>, 15 mai 2003 : *Juris Data* n° 217613 ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2002, précité, note 81 ; Bordeaux 5<sup>e</sup>, 12 nov. 2002 : *Juris Data* n° 196124 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 24 sept. 2002 : *Juris Data* n° 192017 ; Nancy 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2002, précité, note 81 ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2002, précité, note 81 ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 4 sept. 2000, D. 2001.179. Cette règle fut également exprimée sous la jurisprudence de 1996 : Lyon 1<sup>re</sup>, 16 mars 2000 : *Juris Data* n° 112067. Voir, par exemple, Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 4 mars 2003 : *Juris Data* n° 212221.

84. Si elle apparaît moins de 48 heures après l'admission du patient, on en déduit que l'infection n'aurait pas été contractée dans l'établissement de soins : J. GONTIER et autres, *loc. cit.*, note 34.

85. S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 82, 14. Voir pour des exemples dans lesquels le tribunal conclut à l'existence de la causalité sur la base de présomptions de fait : Metz 1<sup>re</sup>, 6 mai 2003, précité, note 81 ; Riom 1<sup>re</sup>, 17 avril 2003, précité, note 81 ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2002, précité, note 81 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 12 déc. 2001, précité, note 81 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 18 oct. 2000, précité, note 81 (présumée sur la base du fait que les éléments de preuve permettant d'établir le lien de causalité ne sont pas disponibles par le fait de la clinique) ; Paris 1<sup>re</sup>, 11 févr. 2000 : *Juris Data* no112307. Voir également Bordeaux, 5<sup>e</sup>, 15 mai 2003, précité, note 83, et Aix-en-Provence, 7 nov. 2000, précité, note 81, qui confirment que cette preuve peut être faite par présomptions. S'il est vrai que la causalité est parfois présumée, d'autres tribunaux scrutent avec soin l'existence de cette « causalité allégée » : par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2001, précité, note 77. Voir la critique de P. JOURDAIN, « Infections nosocomiales : l'obligation de résultat et la preuve du lien de causalité », (2001) *Rev. trim. dr. civ.* 596, et de F. CHABAS, *loc. cit.*, note 66, 662. Voir également D. DENDONCKER, « Responsabilité médicale et infection nosocomiale » (note sous Paris, 21 mars 2002), *Pet. Aff.* 2003.17.

86. L'impact de cette jurisprudence sur l'évaluation judiciaire du lien de causalité fait l'objet d'une étude concomitante de l'auteur.

lité est tenue pour acquise dans plusieurs affaires, ce qui renverse ainsi le fardeau de la preuve en ce qu'il appartient au défendeur de prouver l'existence d'une cause étrangère revêtant les caractéristiques de la force majeure. Plusieurs reconnaissent d'ailleurs les difficultés liées à la preuve de la force majeure<sup>87</sup>. Elle nécessite la difficile démonstration que l'infection ne provient pas de l'hospitalisation, mais résulte de l'état antérieur du patient ou d'une infection contractée à l'extérieur de la clinique<sup>88</sup>. Facilitant davantage la preuve du patient, une série de décisions considère que le caractère endogène de l'infection ne constitue pas une cause étrangère, puisque c'est l'acte médical qui donne une voie d'accès à la bactérie, lui permettant de provoquer l'infection<sup>89</sup>.

Enfin, comme en droit québécois, certaines décisions françaises traitent de l'infection nosocomiale dans le contexte de l'accomplissement par le médecin de son devoir d'information. Par exemple, dans son jugement du 29 juin 1999<sup>90</sup>, la Cour de cassation considère que le médecin a méconnu cette obligation en n'avertissant pas le patient du risque d'infection nosocomiale<sup>91</sup>. À la différence du droit québécois, cependant, le droit français met à la charge du médecin la preuve de la réalisation de cette obligation d'information et étend son contenu à l'ensemble des risques graves<sup>92</sup>. Il est cependant possible pour le défendeur de s'exonérer en démontrant que le patient aurait probablement accepté le traitement proposé eu égard à l'évolution prévisible de son état<sup>93</sup>.

---

87. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16, observe que l'élément d'extériorité fait défaut.

88. *Id.*, 4.

89. Toulouse 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2001, précité, note 19 ; Besançon Ass. plén., 8 oct. 2003, précité, note 19 : la présence de germes dans la conjonctive est un phénomène commun et susceptible de conduire à l'infection de l'œil en cas d'incision de la conjonctive. Leur présence n'était donc pas imprévisible et la prolifération de ceux-ci postérieurement à l'opération n'était pas irrésistible ; Lyon 1<sup>re</sup>, 27 mars 2003, précité, note 81. *Contra* : Aix-en-Provence 10<sup>e</sup> ch., 20 nov. 2001 : *Juris Data* n° 171771.

90. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999, précité, note 80.

91. Voir également : Besançon Ass. plén., 8 oct. 2003, précité, note 19 ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 5 févr. 2003 : *Juris Data* n° 204601 ; Bordeaux 5<sup>e</sup>, 12 nov. 2002, précité, note 83 ; Nancy 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2002, précité, note 81 ; Besançon 1<sup>re</sup>, 12 sept. 2001, précité, note 81.

92. Voir Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16.

93. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr. 1997, en appel de Angers, 11 sept. 1998, D. 1999.47, note Penneau ; Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 5 févr. 2003, précité, note 91 ; Toulouse 1<sup>re</sup>, 4 sept. 2000, précité, note 83 ; Nancy, 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2002, précité, note 81 : argument accepté, mais la Cour retient que l'absence d'information a fait perdre une chance de mettre en œuvre plus rapidement le traitement de l'infection, car elle a retardé le moment des doléances de la part des parents de la patiente.



La Cour de cassation et le Conseil d'État n'ont pas hésité à adapter le droit substantiel de la responsabilité civile afin d'atteindre les objectifs compensatoires poursuivis par ce domaine du droit. Ils y sont parvenus en introduisant des exceptions à la règle de l'obligation médicale de moyens en vue de favoriser ces victimes particulièrement méritantes à leurs yeux et de créer, selon Chabas, un régime d'indemnisation quasi automatique<sup>94</sup>. Sur cette base, Chabas a argumenté que l'utilité d'une intervention législative est douteuse, sauf dans la mesure où la loi désigne qui devra supporter la charge de ces indemnisations (l'assurance de personne, un fonds de solidarité ou l'assurance de responsabilité médicale)<sup>95</sup>. C'est la solution qu'a choisie en définitive le législateur français, soit le retrait partiel de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale du champ d'application du droit commun pour la soumettre à un processus administratif basé sur un mécanisme d'assurance obligatoire et un fonds d'indemnisation s'appuyant sur la solidarité nationale, option dont nous ferons état dans la section 3.

L'entreprise comparative nous amène naturellement à nous demander si la position française a des enseignements à fournir au droit québécois en l'encourageant à une flexibilité plus grande en matière d'appréciation de la preuve de la faute et de la causalité pour faciliter l'indemnisation des victimes de ce grave problème de santé publique.

### 3 Une analyse comparative

Toute comparaison entre l'activisme français et la tiédeur québécoise en matière d'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale doit être entreprise avec circonspection, car plusieurs données peuvent nuire à sa validité. Tout d'abord, l'ampleur du phénomène semble beaucoup plus importante en France qu'au Québec. Cependant, pour se prononcer avec certitude à cet égard, il faudrait étudier les statistiques à la lumière des différences démographiques entre les deux régions<sup>96</sup>. Ensuite, la culture française de responsabilité médicale est beaucoup plus axée sur l'indemnisation

---

94. F. CHABAS, *loc. cit.*, note 66, 661 et 663.

95. *Id.*, 661.

96. En effet, le rapport Francœur remarque qu'« il n'y a aucune raison de penser que la nature, la gravité et la fréquence des accidents évitables en milieu de santé au Québec sont substantiellement différentes de celles qui prévalent dans les pays qui ont déjà procédé à un examen approfondi de ce phénomène » : MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Les accidents évitables dans la prestation des soins de santé. La gestion des risques, une priorité pour le réseau* (comité Francœur), Québec, Gouvernement du Québec, 2001, p. 1.

du patient qu'au Québec, où l'obligation médicale de résultat, par exemple, demeure exceptionnelle. Il existe en France un phénomène absent au Québec, soit l'objectivation croissante de la responsabilité médicale ayant pour objet de faciliter l'indemnisation des victimes<sup>97</sup>. Cette tendance ne s'exprime pas uniquement en matière de préjudice causé par les infections nosocomiales, mais également à l'égard des accidents médicaux en général, y compris la contamination par produits sanguins et la transmission de la maladie de Creutzfeld-Jakob par des injections d'hormones de croissance d'origine humaine ou animale.

L'expérience française demeure cependant une excellente source d'inspiration pour notre réflexion quant à l'éventail des réactions judiciaires possibles au phénomène. En effet, elle fait clairement la démonstration des points de friction entre les solutions prétoriennes retenues pour assister les victimes d'une infection nosocomiale et le droit classique de la responsabilité civile. Les réactions doctrinales françaises à l'imposition jurisprudentielle d'une obligation de résultat démontrent que l'obstacle principal à l'adoption de ces solutions réside dans une résistance à l'égard de toute modification des règles classiques de la responsabilité civile contractuelle. Ce constat prouve la nécessité pour les tribunaux québécois, avant d'aborder la question de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale, de se poser la question fondamentale à savoir s'ils sont prêts, pour des motifs essentiellement d'équité, à assouplir ces règles afin de répondre aux besoins des victimes de ce nouveau type de préjudice. Dans cette optique, l'étude des objections de la doctrine française s'avère utile pour la réflexion qu'auront à faire les tribunaux québécois qui se pencheront vraisemblablement à court terme sur de telles réclamations (3.1). Ce questionnement nous oblige nécessairement à envisager brièvement l'utilité d'une réponse législative à ce problème, option ayant été ultimement retenue depuis 2002 en droit français (3.2). Enfin, la viabilité de la mise en place d'un fonds d'indemnisation étatique sans égard à la faute constitue une question complexe qui ne fera cependant pas ici l'objet d'une analyse approfondie, sauf dans la mesure où elle peut enrichir la réflexion quant à l'adoption d'une solution prétorienne au problème de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale.

---

97. J. GONTIER, *loc. cit.*, note 34. Au Québec, le rapport du comité Francœur recommande à la ministre québécoise de la Santé d'alors d'étudier la possibilité de mettre sur pied un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité pour les victimes d'un accident médical évitable : MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 96, p. 70.

### 3.1 Les objections doctrinales

La doctrine française se prononce, entre autres, contre l'imposition d'une obligation de résultat en matière d'infection nosocomiale en raison de l'inégalité qu'elle cause entre les différentes victimes d'un acte médical. Les instances d'allègement de la charge de la preuve du patient introduiraient entre les victimes des formes d'inégalités « puisqu'elles sont traitées différemment selon la nature de l'activité et/ou l'origine du dommage<sup>98</sup> ». La question est donc de savoir sur quelle base les victimes d'une infection nosocomiale méritent davantage l'assistance de la loi que les autres victimes d'un préjudice. L'ampleur du problème sert ici de justification valable : il est clair que la décision de favoriser ces victimes plutôt que d'autres n'est pas une question à proprement parler juridique, mais relève plutôt d'un choix social relativement à ce qui est considéré aujourd'hui comme un grave problème de santé publique. Ce choix peut évidemment sembler arbitraire lorsqu'il est mis en parallèle avec les besoins des victimes d'autres types de préjudice<sup>99</sup>. Cependant, une fois acceptée l'idée que les victimes d'une infection nosocomiale méritent un assouplissement des règles de la responsabilité, il reste à justifier la validité juridique de cet assouplissement, tâche en elle-même ardue.

Le premier défi posé par la modification des règles substantielles de la responsabilité médicale par l'entremise de l'imposition d'une obligation de résultat concerne la prévisibilité du phénomène de l'infection contractée en milieu hospitalier. Vu l'ampleur de ce dernier, il est facile de prétendre que ces infections sont généralement prévisibles<sup>100</sup> et qu'elles font partie des risques inhérents à toute intervention. Il serait donc inutile de tenter de trouver un responsable alors que la manifestation de ces infections résulte de risques inhérents à une science médicale encore imparfaite. Cette position permet également de soutenir que les patients devraient connaître ces risques et qu'ils les acceptent implicitement lorsqu'ils consentent à une intervention chirurgicale ou à un traitement<sup>101</sup>. Bien que le droit français ait choisi de faire assumer aux acteurs médicaux la charge de ces risques, sans se préoccuper de la responsabilité effective de ces derniers dans la

---

98. D. THOUVENIN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999, précité, note 80, 563.

99. Pensons, par exemple, aux patients ayant contracté l'hépatite C par des transfusions sanguines dont l'indemnisation fait aujourd'hui l'objet de débats au Canada.

100. S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 82, 14.

101. Cela a été le cas dans les affaires Leroux/Clinique St-Philibert (1991) en France (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 1991 : *Juris Data* n° 001245, (1992) *Rev. dr. sanit. soc.* 86, citée dans N. GOMBAULT, *loc. cit.*, note 59, 8) et *Chouinard c. Landry*, précitée, note 49, au Québec.

propagation des infections, il est à parier que cette approche mènerait à la conclusion contraire au Québec. Dans ce ressort, les tribunaux refusent à ce jour de façon formelle d'imposer à la profession médicale et aux hôpitaux le poids des risques considérés comme inhérents à la médecine, en l'absence d'une faute qui en serait à l'origine<sup>102</sup>. Le raisonnement de Daël, commentant l'approche du droit administratif français relativement à l'accident médical, exprime bien l'idée sous-tendant cette position :

Si c'est toujours — sauf agissement fautif — dans l'intérêt du patient qu'un acte est accompli, il n'est pas excessif de prétendre que lorsque un [sic] acte dont les risques sont tout à fait exceptionnels est exécuté, la considération de son bénéfice statistique prend une dimension qui relativise le rapport entre ses inconvénients et ses avantages pour le malade pris individuellement : il profitera à la quasi-totalité des malades et ne nuira qu'à quelques-uns qui vont seuls supporter son risque<sup>103</sup>.

Ce commentaire a cependant plus de force en présence d'un risque véritablement exceptionnel, ce qui n'est pas le cas de l'infection nosocomiale en ce moment.

D'autres auteurs ont également prétendu qu'au contraire les infections nosocomiales, compte tenu de leur gravité et de leur complexité, s'appréhendent et se maîtrisent mal<sup>104</sup>. De plus, certaines infections nosocomiales sont indécélables avant qu'elles deviennent symptomatiques ou encore elles sont impossibles à éradiquer<sup>105</sup>. Sur cette base, non seulement il est possible d'argumenter qu'il serait injuste d'exiger du médecin et de l'établissement une asepsie parfaite et de les tenir tous deux responsables de la réalisation d'un risque qu'ils ne contrôlent pas et ne peuvent prévoir, mais il serait impossible de leur reprocher de ne pas en avoir divulgué la présence<sup>106</sup>.

Ces difficultés permettent également de s'opposer à l'imposition d'une obligation de résultat en raison de l'existence d'un aléa pour le débiteur de l'obligation dans la prévention, le contrôle et le traitement de l'infection nosocomiale :

---

102. Elle les oblige cependant à révéler ces risques par l'entremise de l'obligation d'information.

103. S. DAËL, *loc. cit.*, note 68, 578.

104. N. GOMBAULT, *loc. cit.*, note 59, 8.

105. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16. Voir également D. THOUVENIN, *loc. cit.*, note 98, 562. Selon Gombault par exemple, 80 % des infections nosocomiales demeurent imprévisibles et irrésistibles : N. GOMBAULT, *loc. cit.*, note 59, 23.

106. Voir Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16, 1621.

[C]ertaines de ces infections nosocomiales sont très résistantes et il est difficile d'avoir connaissance de leur existence avant qu'elles ne se déclarent chez l'un des patients de l'établissement. Il apparaît donc que cette obligation ne répond pas parfaitement à la définition de l'obligation de résultat dans la mesure où il existe un aléa certain pour le débiteur de l'obligation<sup>107</sup>.

La présence de cet aléa ne trouble pas les tribunaux français<sup>108</sup>, bien que les travaux d'Esmein, Mazeaud et Tunc aient mis en lumière que, en présence d'une entreprise aléatoire, l'obligation doit être en principe considérée comme étant de moyens<sup>109</sup>. Ainsi que le souligne Paul-André Crépeau, « on doit [...] pour déterminer le caractère aléatoire de l'exécution d'une prestation, se demander si le débiteur a « en mains tous les éléments de la situation » ; si en d'autres termes, il est ou non en mesure de maîtriser les divers éléments susceptibles d'assurer la réalisation du résultat envisagé par les parties<sup>110</sup> ». Il faut cependant remarquer que l'existence d'un aléa ne constitue pas le critère exclusif permettant de déterminer si une obligation est de moyens ou de résultat : il fait d'ailleurs l'objet de critiques<sup>111</sup>. Crépeau remarque lui-même que l'équité peut également servir à déterminer l'intensité de l'obligation juridique, ce qui laisse ainsi une grande discrétion dans l'appréciation subjective des circonstances particulières donnant ouverture à l'imposition d'une obligation de résultat<sup>112</sup>.

Une autre objection, ayant un poids certain en droit québécois, souligne qu'imposer une obligation de résultat au médecin dénature l'obligation médicale qui est essentiellement de moyens. Cet argument a, bien entendu, moins de poids en France, où les écarts à ce principe sont de plus en plus acceptés. Dans ce ressort, un auteur a quand même tenté d'y répondre en argumentant que l'obligation de résultat applicable aux infections nosocomiales ne se substitue pas à la traditionnelle obligation de moyens : elle consiste plutôt en une obligation accessoire relativement à l'obligation

---

107. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16.

108. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16.

109. P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », (1933) *Rev. trim. dr. civ.* 627. A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », J.C.P.1945.I.449, par. 6 et suiv. ; P.-A. CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, par. 70. Voir également J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 1965, par. 226 et suiv.

110. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 109, par. 70.

111. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 109, par. 238, souligne que l'aléa est une notion trop incertaine pour être utile.

112. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 109, par. 80.

contractuelle principale de soin<sup>113</sup>. En d'autres termes, les conditions d'asepsie ne relèveraient pas de l'activité médicale mais de la sécurité sanitaire<sup>114</sup>. Parallèlement, certains auteurs plaident en faveur de l'élaboration d'une distinction entre l'obligation de soin du médecin et les obligations accessoires, dont pourraient faire partie les obligations liées à l'asepsie et à la stérilisation, qui se soumettraient alors à un régime différent<sup>115</sup>. Enfin, d'autres considèrent cette obligation comme n'étant qu'une application particulière de l'obligation de sécurité relative aux choses et aux locaux utilisés lors de l'exécution de la prestation principale<sup>116</sup>. De façon générale, Jourdain souligne qu'« il conviendrait [...] de rompre avec les raisonnements du passé articulés autour du caractère global de la prestation médicale pour tous ces dommages distincts de la non-réussite de l'acte médical et étrangers au mal pour lequel le patient était soigné<sup>117</sup> ». Cependant, il faut admettre que cette obligation s'impose au médecin dans des conditions où il s'agit bien de la mise en œuvre de l'acte médical qui est visée<sup>118</sup>, même si ce n'est qu'indirectement. De plus, en droit médical québécois, les instances d'obligations de résultat distinctes de l'obligation de soin sont rares et portent essentiellement sur l'obligation de veiller au bon fonctionnement des appareils et produits médicaux imposée au centre hospitalier ou au médecin, s'il exerce en cabinet privé<sup>119</sup>. Même l'obligation de sécurité de l'établissement hospitalier est de moyens au Québec<sup>120</sup>. La distinction entre obligation de soin et obligation d'asepsie dans la mise en application de la première risque donc d'être qualifiée d'artificielle.

Les critiques soulignent également l'injustice du fardeau imposé au médecin par cette obligation de résultat. Cette prétention se fonde sur le fait qu'il appartient en principe, en France, à la clinique privée ou à l'hôpital public d'aseptiser le matériel utilisé, alors que le praticien n'a que

---

113. Cet argument repose sur l'article 1135 du Code civil français : D. THOUVENIN, *loc. cit.*, note 98, 560.

114. D. THOUVENIN, *loc. cit.*, note 98, 562.

115. P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 72, 915-916.

116. *Juris-classeur*, art. 1136-1145, par. 65.

117. P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 72, 916.

118. D. THOUVENIN, *loc. cit.*, note 98, 562.

119. P. LESAGE JARJOURA et S. PHILLIPS NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, par. 160 et suiv. ; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, par. 1517.

120. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 119, par. 1507. Voir par exemple : *Lacombe c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [2004] R.R.A. 138 (C.S.) ; *Richard c. Centre hospitalier Rouyn-Noranda*, [1987] R.R.A. 892 (C.S.).

l'obligation de veiller à l'application des règles de stérilisation durant l'acte médical<sup>121</sup>. L'imposition d'une obligation de résultat ferait donc peser sur le praticien l'obligation d'atteindre un résultat qui incombe en premier lieu à un tiers et que le praticien ne maîtrise pas entièrement<sup>122</sup>. L'application de l'obligation de résultat aux seules cliniques, avant qu'elle soit étendue aux médecins, a cependant été critiquée également sur la base du fait que de nombreux médecins se chargent eux-mêmes de la stérilisation de leurs instruments<sup>123</sup>. Bref, l'argument ne fait que souligner que l'obligation de résultat ne s'applique, dès qu'une infection a été contractée à l'occasion d'une intervention médicale, qu'à l'encontre de celui qui était chargé de la stérilisation des instruments ou de l'aseptisation des locaux<sup>124</sup>. Toutefois, les difficultés à déterminer l'origine de l'infection ne permettent pas toujours d'établir quelle obligation d'asepsie a été omise et, par conséquence, de trouver son débiteur, d'où, sans aucun doute, la décision de la jurisprudence française de faire peser l'obligation à la fois sur les épaules du médecin et de l'établissement hospitalier.

Enfin, il est également soulevé que l'exigence pour le défendeur de prouver une cause étrangère en vue de s'exonérer réduit pratiquement à néant ses possibilités à cet égard<sup>125</sup>. L'incertitude entourant l'apparition de l'infection nosocomiale rend en effet difficile, pour le défendeur comme pour le demandeur, l'identification de la cause exacte de celle-ci. De plus, la doctrine française argumente que les caractères d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité nécessaires à la preuve d'une cause étrangère sont absents<sup>126</sup>. Ces infections seraient difficilement imprévisibles puisque leur manifestation est connue et redoutée par le corps médical<sup>127</sup>. La condition d'irrésistibilité obligerait le débiteur à démontrer que la cause étrangère est telle qu'elle empêche l'exécution de l'obligation d'une manière absolue et permanente<sup>128</sup>. Cette condition sera mise en échec si le

---

121. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16.

122. *Ibid.*

123. S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 82, 15 ; P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 72.

124. P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 72, 915.

125. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16. Voir également : J. DE CESSEAU, « La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, ou la paralysie programmée de l'activité médicale au grand dommage des patients », *Gaz. Pal.* 2002.doctr.958, 961 ; R. MARTIN, « La responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 », *Gaz. Pal.* 2003.droit de la santé.207, par. 5.

126. Au Québec, voir : C.c.Q., art. 1470.

127. S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 82, confirmé par Amiens Ch. sol., 18 juin 2001, précité, note 81. Voir cependant *contra* : texte accompagnant les notes 100 à 102.

128. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, par. 860.

tribunal estime qu'un strict respect des règles d'asepsie et de stérilisation aurait empêché la survenance de toute infection nosocomiale<sup>129</sup>. Enfin, l'extériorité ferait défaut, car l'infection est contractée en cours d'hospitalisation et le virus ou la bactérie impliquée fait partie des moyens mis en œuvre par le débiteur pour la réalisation de son obligation contractuelle<sup>130</sup>. Le fait d'un tiers constitue une défense illusoire pour la clinique, l'hôpital ou le médecin à partir du moment où ces derniers sont tous débiteurs conjoints de l'obligation, ce qui ne sera toutefois pas toujours le cas<sup>131</sup>. Enfin, il est difficile de reprocher une faute au patient, même si la cause de l'infection est endogène<sup>132</sup>. Il reste donc aux défendeurs l'option délicate de prouver que l'infection du patient ne résulte pas de l'hospitalisation, mais de son état antérieur, des suites de sa maladie ou d'une infection contractée à l'extérieur de l'établissement<sup>133</sup>.

Devant ces objections, il y a lieu de se demander si la solution aux problèmes de preuve des victimes d'une infection nosocomiale ne passe pas plutôt par la prise en charge de leur indemnisation par l'État. À cet effet, les enseignements du droit français sont une fois de plus utiles puisque le législateur français a, depuis 2002, soustrait en partie la question de l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale du champ d'application du droit commun par la mise en place d'un fond d'indemnisation sans égard à la faute.

### 3.2 La solution législative : le retrait du droit commun

En France, dès 1988, les infections nosocomiales reçoivent une reconnaissance législative<sup>134</sup>. Des comités de lutte contre ces infections dans les établissements de soins sont créés. De nombreux textes imposent également des normes et obligations quant aux mesures d'asepsie et de

---

129. S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 82, 14. Voir également J. DE CESSEAU, *loc. cit.*, note 125, 961, commentant la *Loi du 4 mars 2002*.

130. S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 82, 14 ; Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16. Voir également Amiens Ch. sol., 18 juin 2001, précité, note 81.

131. S. HOCQUET-BERG, *loc. cit.*, note 82, 14.

132. *Ibid* ; texte accompagnant la note 19.

133. Y. LACHAUD, *loc. cit.*, note 16, 1621.

134. *Décret n° 88-657 du 6 mai 1988 relatif à l'organisation de la surveillance et de la prévention des infections nosocomiales dans les établissements d'hospitalisation publics et privés participant au service public hospitalier*, abrogé par le *Décret n° 99-1034 du 6 décembre 1999 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé et modifiant le chapitre 1<sup>er</sup> du titre 1<sup>er</sup> du livre VII du Code de la santé publique*, J.O. 11 déc. 1999, p. 18439.



prophylaxie à adopter pour les prévenir<sup>135</sup>. Enfin, la publication de recommandations pour la surveillance et la prévention de ces infections traduit aussi la préoccupation du milieu juridique et médical français relativement aux infections nosocomiales<sup>136</sup>.

Cependant, la réponse du législateur quant à l'indemnisation des victimes ne survient pas soudainement. Depuis plusieurs années déjà, les juristes français discutaient de la possibilité de légiférer à l'égard de l'indemnisation des victimes d'un accident médical, y compris les infections nosocomiales. À la suite de nombreuses propositions, la *Loi du 4 mars 2002* voit le jour<sup>137</sup>. Cette loi, qualifiée de « dense et hétéroclite<sup>138</sup> », s'attaque à l'indemnisation des victimes d'un accident médical en général, incluant les victimes de l'hépatite C, les victimes de matériel hospitalier défectueux et les victimes d'autres accidents médicaux. Pour Bernard Kouchner, alors ministre délégué à la Santé, de telles dispositions correspondent à une vision sociale changeante du risque :

Notre vision du risque se transforme : elle est liée à l'évolution des sociétés. Celles-ci ont pris peu à peu en charge les risques les plus évidents. Il est donc normal que l'on ne tolère plus l'accident médical, la catastrophe individuelle qui ruine une vie. L'indemnisation du drame médical, que celui-ci relève ou non d'une faute, devient

---

135. P. SARGOS, *loc. cit.*, note 10, 1117.

136. N. GOMBAULT, *loc. cit.*, note 59, 8. Voir par exemple : *Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale*, J.O. 8 sept. 1995, p. 13305, art. 49 et 73 ; *Loi n° 98-535 du 1<sup>er</sup> juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et au contrôle de la sécurité sanitaire et autres infections iatrogènes*, J.O. 2 juill. 1998, p. 10056 ; *Décret n° 99-1034 du 6 décembre 1999 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé*, J.O., 11 déc. 1999, p. 18439 (inséré aux articles R-711-11 et suivants du *Code de la santé publique*, (ci-après cité « C.S.P. » dans les notes), [En ligne], 2005, [www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CSANPUND.rcv]); CONSEIL SUPÉRIEUR D'HYGIÈNE PUBLIQUE DE FRANCE, *op. cit.*, note 15 ; *Circulaire n° 97-672 du 20 octobre 1997*, précitée, note 68 ; *Arrêté du 3 août 1992 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales*, J.O. 18 août 1992, p. 11222 ; *Circulaire DGS/DH n° 98-432 du 17 juillet 1998 relative aux rapports d'activités des comités de lutte contre les infections nosocomiales en 1987*, [En ligne], [www.sante.gouv.fr/adm/dagpb/bo/1998/98-36/a0362351.htm] (3 janvier 2005) ; *Circulaire DGS/DHOS/E2 n° 645 du 29 décembre 2000 relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé*, [En ligne], 2000, [www.fc-sante.atrium.rss.fr/rfclin/guides/guideLIN/circ645.pdf] (3 janvier 2005) ; C.S.P., art. L.6111-1.

137. Cette loi a été modifiée par la *Loi du 30 décembre 2002*.

138. A. GARAY, « La nouvelle législation relative à la réparation des risques sanitaires », *Gaz. Pal.* 2002.doctr.713, 713.

une attente essentielle de la population, relayée par l'évolution récente, mais spectaculaire de la jurisprudence... Il s'agit de mieux indemniser en ayant moins recours au juge<sup>139</sup>.

Une série de dispositions traite précisément de l'infection nosocomiale. Intégrées dans le *Code de la santé publique* (« CSP »), elles établissent trois types de mécanismes compensatoires. Les articles L.1142-1 et suivants du CSP réitèrent d'abord le principe fondamental de la responsabilité basée sur la faute<sup>140</sup>. Un tempérament existe en matière d'infections nosocomiales : les établissements, services et organismes de santé<sup>141</sup> sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils apportent la preuve d'une cause étrangère<sup>142</sup>. Le CSP reprend donc la solution jurisprudentielle en imposant une obligation de résultat aux établissements de santé, assortie de l'obligation de souscrire à une assurance. Les médecins échappent toutefois à l'application de l'obligation de résultat<sup>143</sup>. Ce mécanisme ne prive cependant pas la victime du recours aux tribunaux<sup>144</sup>.

Le CSP pose également le principe de la solidarité nationale dans deux cas. Dans le premier cas, l'indemnisation étatique entre en jeu pour les infections nosocomiales n'ayant pas mené à la responsabilité d'un acteur du système de santé en raison soit de l'absence de faute du médecin, soit de la preuve d'une cause étrangère permettant à l'établissement de santé de s'exonérer. Dans ces contextes, le recours à la solidarité nationale est subsidiaire, cette dernière n'intervenant que si les conditions de la responsabilité d'un acteur de santé ne sont pas réunies<sup>145</sup>. De plus, elle n'entre en jeu que si l'infection est directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'elle a pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé et de l'évolution prévisible de celui-ci. Enfin, les conséquences doivent correspondre à un taux d'incapacité partielle permanente (IPP) fixé par décret à 24 %<sup>146</sup>.

---

139. Débats du 2 octobre 2001 : J.O., 3 oct. 2001, p. 5321-5322.

140. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-1.

141. L'expression « établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins » est large. Elle englobe les établissements de soins de toute nature, publics ou privés, et les services, tels que les dispensaires, centres de santé ou structures de médecine du travail, où s'exercent la prévention et le dépistage.

142. Pour un exemple d'application, voir : Aix-en-Provence 10<sup>e</sup>, 4 mars 2003, précité, note 83.

143. *Ibid.*

144. Paris 1<sup>re</sup>, 20 mars 2003, D. 2004.n9, p. 597. En effet, les procédures amiable et contentieuse peuvent être cumulées : art. L. 1142-7 et L. 1142-19 C.S.P., précité, note 136.

145. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-1.

146. *Id.*, art. D. 1142-1.

Le second cas dans lequel la solidarité nationale intervient découle d'un amendement introduit par la *Loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale*. Après l'adoption de la *Loi du 4 mars 2002*, plusieurs assureurs se sont retirés du marché de la responsabilité civile médicale et ont privé ainsi de nombreux médecins libéraux, la moitié des cliniques privées et certains hôpitaux publics de la possibilité de s'assurer<sup>147</sup>. Ces décisions ont motivé l'adoption rapide de la *Loi du 30 décembre 2002* qui prévoit, afin d'alléger la charge financière pesant sur les assurances, le transfert de la réparation des infections causant un taux d'incapacité de plus de 25 % ou le décès de la victime à l'État, peu importe si elle entraîne en outre la responsabilité d'un acteur de santé<sup>148</sup>. Elle réserve cependant une action subrogatoire contre le professionnel, l'établissement, le service ou l'organisme si leur responsabilité est engagée<sup>149</sup>.

Tout professionnel ou établissement de santé constatant ou soupçonnant la survenance d'une infection nosocomiale doit en faire la déclaration à l'autorité administrative compétente<sup>150</sup>. De façon générale, toute personne victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de

---

147. F.-J. PANSIER, « Présentation de la loi du 30 décembre 2002 sur la responsabilité médicale », *Gaz. Pal.* 2003.doctr.26, 26. Pansier ne relie pas les difficultés d'assurances à la seule adoption de la *Loi du 4 mars 2002*, mais également au développement du contentieux médical et d'une jurisprudence de plus en plus défavorable aux professionnels de la santé. Il précise cependant que, bien qu'il n'y ait pas d'explosion du nombre de mises en cause judiciaires, il y a plutôt une explosion des sommes allouées par les tribunaux au titre des dommages-intérêts.

148. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-1 (II). Ce principe découle des amendements apportés par la *Loi du 31 décembre 2002*. Voir P. SARGOS, *loc. cit.*, note 10, 1120. Ce principe n'est pas allé de soi, et c'est en fait le Sénat français qui a introduit les infections nosocomiales dans le système de réparation des accidents médicaux par la solidarité nationale.

149. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-15 et 1142-17 (seulement « en cas de faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales »). Voir également C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-21. Lorsque la CRCI estime qu'un accident médical n'est que pour partie la conséquence d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins engageant la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, elle détermine la part de préjudice imputable à la responsabilité et celle qui relève d'une indemnisation au titre de l'ONIAM : C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-18. Pour plus de détails : P. MISTRETTA, « La loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale. Premiers correctifs de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 », *J.C.P. éd. G.* 2003.165, n° 57.

150. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1413-14.

diagnostic ou de soins doit être informée des causes et des circonstances de ce dommage<sup>151</sup>.

Les litiges sont réglés par l'entremise d'une procédure de règlement amiable régie par trois organismes, soit les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI)<sup>152</sup>, la Commission nationale des accidents médicaux (CNAM) et l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM). Les CRCI, organismes multidisciplinaires<sup>153</sup>, ont pour mission de faciliter le règlement amiable des litiges concernant les infections nosocomiales<sup>154</sup>. Elles formulent un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable<sup>155</sup>. Cet avis s'appuie sur une expertise prononcée par un collègue d'experts choisis sur la liste nationale des experts en matière d'accidents médicaux<sup>156</sup>. Quant à la CNAM, elle a pour mission essentielle l'expertise. Elle se compose de professionnels de la santé, de représentants d'usagers et de « personnes qualifiées ». Elle prononce l'inscription des experts sur la liste nationale des experts en matière d'accidents médicaux après avoir procédé à une évaluation de leurs connaissances et elle assure leur formation en matière de responsabilité médicale<sup>157</sup>. L'ONIAM, enfin, est un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle du ministre de la Santé. Sa mission principale porte sur l'indemnisation des

---

151. *Id.*, art. L. 1142-4. Voir aussi *Circulaire DHOS/E 2/DGS/SD5C n° 2004-21 du 22 janvier 2004, relative au signalement des infections nosocomiales et à l'information des patients dans les établissements de santé*, 2004, [En ligne], [[www.sante.gouv.fr/adm/dagpb/bo/2004/04-06/a0060429.htm](http://www.sante.gouv.fr/adm/dagpb/bo/2004/04-06/a0060429.htm)] (3 janvier 2005).

152. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-5-1142-8 et L. 1142-12-1142-21, complétés par les dispositions des articles R. 795-41-795-59 du même code.

153. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-6. Les CRCI sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire et comprennent, notamment, des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et des responsables d'établissements et de services de santé. Les fonctions des CRCI sont détaillées à l'article L. 1142-8 C.S.P., précité, note 136.

154. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-5.

155. *Id.*, art. L. 1142-8 : c'est le cas lorsque le préjudice a le caractère de gravité prévu par l'article L. 1142-1 (II) C.S.P., précité, note 136, soit 24 %. L'alinéa 5 de l'article L. 1142-8 C.S.P., précité, note 136, prévoit également que les CRCI signalent le préjudice découlant d'une infection nosocomiale à l'autorité compétente et à l'ONIAM lorsqu'il correspond au caractère de gravité prévu dans l'article 1142-1-1 C.S.P., précité, note 136, soit 25 %.

156. Une CRCI peut toutefois, lorsqu'elle l'estime suffisant, désigner un seul expert choisi sur la même liste : C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-12.

157. C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-10.

victimes, au titre de la solidarité nationale, pour les préjudices occasionnés, entre autres, par les infections nosocomiales<sup>158</sup>. Il bénéficiait d'un budget de 40 millions d'euros (environ 60 millions de dollars canadiens) en 2002<sup>159</sup>. Sur la base d'une estimation de 10 000 accidents médicaux annuels, le coût total du dispositif (qui s'applique à l'ensemble des accidents médicaux couverts par la loi) est évalué à 230 millions d'euros par an<sup>160</sup>.

L'indemnisation provient soit de l'assureur, soit de l'ONIAM. L'assureur s'en charge lorsque la CRCI estime que le dommage engage la responsabilité d'un acteur de santé<sup>161</sup>. Lorsqu'elle considère que le dommage relève de la solidarité nationale, elle adresse à la victime ou à ses ayants droit une offre d'indemnisation en vue de la réparation intégrale par l'ONIAM des préjudices subis.

La décision de retirer en partie du champ d'application du droit commun l'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale ne répond malheureusement pas à toutes les objections de la doctrine française et en crée des nouvelles dont certaines présentent un intérêt pour les tribunaux et le législateur québécois. Outre la disponibilité des fonds publics dans un système de santé déjà en crise et les réactions négatives possibles des assureurs de la responsabilité médicale<sup>162</sup>, les limites introduites par la *Loi du 30 décembre 2002* démontrent qu'un tel système ne permet réalistement d'englober qu'un nombre restreint de situations. En effet, Pansier souligne que seuls 3 % des sinistres débouchent sur des taux d'incapacité permanente supérieurs à 25 %<sup>163</sup>. Puisque la solidarité nationale n'entre en jeu que dans les cas où le patient est décédé ou souffre d'un IPP de plus de 25 %, la majeure partie des victimes d'une infection nosocomiale demeurent dans l'obligation d'avoir recours aux tribunaux qui conservent leur compétence à l'égard de leur indemnisation pour des préjudices inférieurs à 25 % d'IPP, pour lesquels ils continueront donc d'appliquer les règles du

---

158. *Id.*, art. L. 1142-22 et R. 795-1-795-18. Voir également : art. L. 1142-15 et L. 1142-18 C.S.P.

159. C. HURIET, « Règlement amiable des conséquences des risques sanitaires : mise en place de nouvelles instances », *Gaz. Pal.* 2002.doctr.1756.

160. Cette évaluation est citée dans A. LECA, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique dans le système mis en place par la Loi du 4 mars 2002 et ses premiers décrets d'application : de la mise en œuvre de la responsabilité civile au droit à l'indemnisation ? », (2002) 94 (3) *Revue de la recherche juridique* 1301.

161. C.S.P., précité, note 136, L. 1142-1. Pour plus de détails concernant le mécanisme de compensation : C.S.P., précité, note 136, art. L. 1142-14.

162. L'assurance de responsabilité médicale du Canada provient essentiellement l'Association de protection médicale canadienne.

163. F.-J. PANSIER, *loc. cit.*, note 147, 5.

droit commun<sup>164</sup>. Dans les autres cas, les victimes auront le choix entre le cadre amiable défini par la loi et le cadre judiciaire, choix qui subira certainement l'influence de la politique d'indemnisation suivie par les CRCI.

L'objection la plus importante à l'indemnisation étatique porte cependant sur la déresponsabilisation possible de la profession médicale<sup>165</sup>. La réponse à cette difficulté en France consiste à maintenir la possibilité d'un recours subrogatoire de l'ONIAM contre l'assuré en cas de faute établie à l'origine du dommage, notamment le « manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales », et à imposer un système de divulgation des infections nosocomiales dont les CRCI ont connaissance<sup>166</sup>. Il reste à voir dans quelle mesure cette action subrogatoire sera exercée par l'État français. De ce côté-ci de l'Atlantique, cette objection soulève la nécessité pour les tribunaux et le législateur québécois de se poser la question fondamentale à savoir s'il convient de donner priorité aux buts compensatoires de la responsabilité civile dans le débat concernant l'infection nosocomiale, et ce, aux dépens de ses fonctions préventives et dissuasives.

## Conclusion

Les victimes d'une infection contractée en milieu hospitalier sont nombreuses et leur situation juridique défie le droit classique de la responsabilité civile médicale. Cela découle principalement de la fréquente incertitude des faits ayant mené à la survenance de l'infection, en particulier son origine spatio-temporelle exacte. Ces incertitudes rendront difficile le fait d'exclure la possibilité que l'infection résulte de facteurs extérieurs au milieu hospitalier, d'un risque imprévisible et inévitable du traitement ou d'une simple erreur médicale non fautive. En l'absence de la preuve de ces éléments, deux conditions essentielles à la réussite d'une action en responsabilité civile restent absentes : la faute médicale et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice dont souffre la victime.

Alors que, dans d'autres domaines d'activités sociales, le législateur québécois est intervenu par l'implantation d'un régime d'indemnisation étatique afin d'assister les victimes faisant face à des difficultés

---

164. Une procédure de conciliation relevant de la CRCI est également possible à ce stade : F. DREIFUSS-NETTER, *Code de la santé publique*, Paris, Litec, 2004.

165. M.-O. BERTELLA-GEFFROY, N. JONQUET et F. VIALLA, « La perversion de la solidarité nationale et déresponsabilisation des acteurs de santé », D.2002.3211 ; R. MARTIN, *loc. cit.*, note 125, par. 8.

166. Voir *supra*, le texte accompagnant les notes 149 à 151.

probatoires<sup>167</sup>, l'activité médicale n'a toujours pas fait l'objet d'attention législative, d'où l'intérêt d'étudier l'approche française. L'intérêt principal de notre étude réside cependant plutôt dans le fait qu'elle ouvre la porte à une question globale, soit celle de la capacité d'adaptation du droit de la responsabilité civile à l'égard des nouveaux risques engendrés par les avancées de la science médicale. Bien que les solutions décrites plus haut aient été conçues pour répondre aux besoins d'indemnisation des victimes d'une infection nosocomiale, elles ne s'y restreignent pas. Le contentieux de l'infection nosocomiale ne constitue qu'un exemple d'une problématique plus large, soit les difficultés d'application des règles classiques de la responsabilité civile lorsqu'elles sont aux prises avec la survenance de préjudices liés aux nouveautés biotechnologiques et médicales du monde moderne. Le droit français situe cette adaptation dans l'imposition prétorienne d'obligations de résultat et l'adoption législative d'un système partiel de responsabilité sans faute doublé d'une assurance obligatoire et d'un fonds d'indemnisation. Il ne s'agit là que de deux réponses parmi plusieurs possibles. À notre avis, l'assouplissement n'a pas nécessairement à prendre la forme de l'obligation de résultat et pourrait résider dans une solution intermédiaire entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat, soit un recours facilité aux présomptions de fait ou l'imposition prétorienne d'une obligation de moyens renforcée sur les épaules du médecin ou de l'établissement hospitalier.

Bien que le droit français considère que cette solution n'est pas assez radicale, elle pourrait répondre dans une certaine mesure au dilemme qui risque de se poser en droit québécois entre la volonté de ne pas s'éloigner de la faute comme fondement essentiel de la responsabilité médicale et le désir d'assister les victimes de ce genre de préjudice. Dans la mesure où le véritable problème posé par cette jurisprudence concerne effectivement la preuve de la faute et de la causalité, en raison des difficultés à déterminer l'origine exacte de l'infection, une obligation de moyens renforcée pourrait permettre de pallier ces difficultés sans porter atteinte de façon trop importante aux règles substantielles de la responsabilité. Cependant, cette solution s'éloigne considérablement de la doctrine classique et comporte donc, en elle-même, des difficultés qui nécessitent un débat quant à l'identité de l'acteur à qui le droit veut faire assumer, en définitive, ce risque. Des oppositions se manifesteront également sur la base du fait que l'imposition de

---

167. C'est le cas, par exemple, dans le domaine des accidents industriels et des accidents de la route.

présomptions légales de faute relève du législateur à qui les tribunaux ne peuvent se substituer<sup>168</sup>, bien qu'un tel argument ne semble pas troubler les tribunaux français.

Sous-tendant ces solutions, la question plus fondamentale de savoir à quel point le droit québécois devrait faire preuve de souplesse et de capacité d'adaptation devant les préjudices découlant de la médecine moderne se pose. Nous n'y avons pas répondu entièrement, mais nous espérons avoir amorcé des pistes de réflexion à cet égard en soulevant les diverses objections que les tenants d'un respect formel de l'orthodoxie ne manqueront pas de soulever. Ces objections ne devraient cependant pas clore la porte à un questionnement global sur la nécessité de revoir l'approche traditionnelle de la responsabilité médicale au Québec à la lumière des nouveaux types de préjudice que la médecine moderne engendre. Les critiques soulevées par le régime français démontrent les limites du droit classique de la responsabilité devant la réalité de l'accident médical et la volonté d'offrir un soutien financier à cette catégorie de victimes considérées comme particulièrement méritantes. Il faut donc ouvrir dès maintenant un débat : l'importance sociale de ce risque est-elle assez grande pour assouplir à l'avantage des victimes les règles traditionnelles de la responsabilité civile et de la preuve qui mettent à la charge de la victime la démonstration de la faute et de la causalité ou ce risque ne devrait-il pas faire partie de ceux que la société en entier doit assumer ?

---

168. Cet argument s'appuie sur la base des articles 2846 et 2847 C.c.Q.