

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

A. Astegiano-La Rizza, *La notion de passé connu / inconnu en assurance responsabilité civile médicale face à la déclaration de l'événement indésirable grave*, bjda.fr 2021, n° 75

La notion de passé connu / inconnu en assurance responsabilité civile médicale face à la déclaration de l'événement indésirable grave

Intervention au Webinaire « *Assurance, déclaration d'événements indésirables graves et qualité* »

25 mars 2021, IFROSS et ERLJ, Université Lyon 3

Axelle Astegiano-La Rizza ,
Maître de conférences en droit privé, HDR,
Membre de l'Équipe de recherche Louis Josserand (EA 3707),
Ancienne directrice adjointe de l'Institut des Assurances de Lyon.

Assurance responsabilité civile – Etendue de la garantie dans le temps – C. assur. L. 251-2 – Déclaration d'événements indésirables graves associée aux soins (EIGS) – Qualification - Passé connu/inconnu.

¹ La déclaration d'un événement indésirable grave associée aux soins (EIGS) est défini par l'article L. 1413-14 du Code de la santé publique².

Cette obligation de déclarer un EIGS est à la charge de tous les professionnels de santé - quels que soient leur profession³, leur lieu d'exercice⁴ et leur statut⁵. Elle traduit une volonté des

¹ Le style oral de la conférence a été maintenu.. Elle s'inscrit dans la continuité d'un article plus ancien : V. A. Astegiano-La Rizza, *L'étendue de la garantie dans le temps en assurance responsabilité civile*, Intervention au Congrès international du droit des assurances à Madrid, octobre 2019, contribution publiée au bjda.fr 2019, n° 66.

² Art. L. 1413-14 CSP : « *Tout professionnel de santé, établissement de santé ou établissement et service médico-social ayant constaté soit une infection associée aux soins, dont une infection nosocomiale, soit tout événement indésirable grave associé à des soins, dans le cadre de soins réalisés lors d'investigations, de traitements, d'actes médicaux y compris à visée esthétique ou d'actions de prévention en fait la déclaration au directeur général de l'agence régionale de santé* ».

³ Médecin, chirurgien-dentiste, infirmier, sage-femme, aide-soignant, kinésithérapeute...

⁴ Comme par exemple cabinet de ville, établissement de santé, maison de santé....

⁵ Que l'activité soit libérale, salariée ou hospitalière.

pouvoirs publics de « *doter le pays des structures et de la démarche nécessaires pour mettre en œuvre une politique ambitieuse de protection et de promotion de la santé de la population* ».

L'Agence Régionale de Santé (ARS) a été placée au cœur du procédé, favorisant un système régional jugé plus adapté qu'un système national lourd et éloigné des spécificités locales.

Outre la déclaration, les acteurs de santé doivent analyser l'événement et prendre les mesures correctives nécessaires.

L'article R. 1413-67 du CSP⁶ définit l'EIGS comme « *un événement inattendu au regard de l'état de santé et de la pathologie de la personne et dont les conséquences sont le décès, la mise en jeu du pronostic vital, la survenue probable d'un déficit fonctionnel permanent y compris une anomalie ou une malformation congénitale* ».

L'évènement indésirable grave associé aux soins se caractérise donc par sa causalité directe avec le soin. Il n'est pas en rapport avec l'évolution de la maladie mais il est directement imputable à la mise en œuvre d'une intervention médicale et/ou à l'hospitalisation. L'évènement a provoqué un préjudice plus ou moins important pour le patient : mise en jeu du pronostic vital ou fonctionnel, décès, séquelles invalidantes, prolongation d'hospitalisation.

Le rôle premier de la déclaration de l'EIGS est de tirer les conséquences de l'événement afin de ne pas reproduire les mêmes erreurs et améliorer les procédures. Il s'agit là de mettre en place une gestion préventive des risques à laquelle l'assureur peut d'ailleurs participer.

Pour autant, la dimension juridique et judiciaire de la déclaration d'un EIGS existe également. Et c'est d'ailleurs cette dimension qui explique les sous-déclarations parfois constatées ou des déclarations inexploitable, chaque mot étant minutieusement choisi pour surtout ne pas pouvoir donner lieu à exploitation juridique.

Je vous propose de nous projeter bien plus en aval et d'envisager la déclaration d'EIGS lorsqu'elle révèle un élément pouvant être qualifié de fait générateur au sens du droit de responsabilité civile et, devant, à ce titre, être pris en charge par l'assureur responsabilité civile médicale de l'établissement de santé en cas de réclamation de la victime ou de ses ayants droit.

En principe, la déclaration de l'événement indésirable grave ne devrait avoir que peu d'incidence sur la manière dont l'assureur va prendre en charge le sinistre constitué (I). Néanmoins il existe une dérive possible dans l'utilisation de la déclaration de l'évènement indésirable grave (II)

I) La place maîtrisée de la déclaration de l'évènement indésirable grave

Il y a tout d'abord ce que l'on peut appeler une place maîtrisée de la déclaration de l'évènement indésirable en raison du choix fait quant à l'élément devant être pris en considération pour déclencher la garantie d'assurance, à savoir la réclamation de la victime (A). La loi a cependant prévu une exception à ce principe, ce que les assureurs appellent le passé connu, et dont la déclaration de l'évènement indésirable grave pourrait faire partie. Cette exception, dans une première lecture, apparaît cependant cantonnée (B).

⁶ Décret n° 2016-1606 du 25 nov. 2016.

A) Le principe : la réclamation de la victime, élément prépondérant

Au niveau de l'assurance, l'EIGS peut être à l'origine de deux types de sinistre.

Le premier n'appelle pas de remarque particulière par rapport à sa prise en charge par l'assureur. Il s'agit de celui où la réclamation de la victime, ou de ses ayants droit, a lieu dans un laps de temps suffisamment proche de l'EIGS. Ici, c'est bien souvent sous l'empire du même contrat d'assurance qu'a eu lieu le fait générateur, décrit dans la déclaration de l'EIGS, et la réclamation de la victime.

Le second type de sinistre se caractérise par une réclamation tardive de la victime et plus précisément à un moment où c'est un contrat d'assurance, différent de celui sous l'empire duquel a eu lieu l'événement qui est en vigueur. Bien souvent, deux contrats d'assurance (que nous appellerons A et B) se sont donc succédés dans le temps et la question qui se pose est de déterminer celui qui doit prendre en charge le sinistre.

Théoriquement, la question ne devrait pas se poser : c'est le contrat actuel sous l'empire duquel a eu lieu la réclamation qui devrait prendre en charge le sinistre. Cette règle, impérative, est celle de l'article L. 252-1 du Code des assurances, issue de la loi About du 30 décembre 2002.

Pour mémoire, contrairement à la pratique des assureurs, la Cour de cassation avait décidé d'aligner la durée de la garantie d'assurance avec la durée pendant laquelle la victime peut réclamer⁷. Le contrat d'assurance qui devait couvrir était celui sous l'empire duquel avait eu lieu le fait générateur peu important la date de réclamation de la victime.

Cette différence d'appréciation entre la jurisprudence et les assureurs s'explique par la nature même du risque de responsabilité civile.

Lorsque le risque est simple, comme par exemple l'incendie, le vol ou le dégât des eaux, c'est-à-dire composé d'un seul événement générateur, la « datation » de la survenance du sinistre ne pose pas de problème particulier.

Mais en assurance de responsabilité civile, le risque est composite : c'est-à-dire composé d'un événement générateur suivi d'autres événements pouvant s'étendre dans le temps et il est assez rare que tous les événements (fait générateur, survenance du dommage/manifestation du dommage et réclamation) composant le sinistre surviennent durant la période d'effet du même contrat. Il faut donc en choisir « un » qui va « dater » le sinistre et donc déclencher la garantie. Bien sûr, c'est au prix d'une sorte de simplification car pour qu'il y ait sinistre, tous les événements constituant le risque composite doivent avoir eu lieu. En cela, le sinistre est indivisible mais la gestion temporelle de la garantie impose le choix d'un élément, considéré comme prépondérant, et servant à dater le sinistre.

Les assureurs ont combattu férocement la jurisprudence de la Cour de cassation et ont obtenu du législateur en décembre 2002 la légalisation du système de réclamation pour l'assurance responsabilité civile médicale obligatoire⁸.

Désormais, peu importe la date du fait dommageable, et ici l'événement indésirable grave déclaré, dès l'instant où il est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie. Celui-ci peut donc avoir eu lieu pendant le contrat mais aussi avant, ce qui signifie qu'il y a une

⁷ Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1990, *Resp. civ. et assur.* 1991, chron.4, *RGAT* 1991, p. 155, *D.* 1992. Chron. 13 par Y. Lambert-Faivre, *Risques* avr. 1991 p. 211, chron. Par C. Delpoux

⁸ Loi n° 2002-1577, 30 déc. 2002.

reprise automatique du passé par le contrat en cours, sans limitation temporelle, pour autant que ce passé soit inconnu au moment de la conclusion du contrat. Ce qui constitue l'exception à la règle posée et pose la question de l'incidence de la déclaration de l'évènement indésirable grave (B).

B) L'exception cantonnée : la déclaration de l'évènement indésirable grave face au passé connu objectif

En cas de passé dit connu, c'est le contrat d'assurance précédent, plus exactement celui sous l'empire duquel a eu lieu le fait générateur (ici, le dysfonctionnement grave déclaré ou l'évènement indésirable déclaré) qui est tenu de couvrir dans une limite de 5 ans suivant sa résiliation. Autrement dit, la réclamation de la victime, ne sera pris en charge par l'assureur B que si cet évènement correspond à un passé inconnu de l'établissement-assuré au moment de la conclusion de ce contrat d'assurance B. Si tel n'est pas le cas, la loi prévoit alors que c'est la garantie subséquente subsidiaire du contrat sous l'empire duquel a eu lieu « *le fait dommageable* », dans notre exemple le contrat de l'assureur A, qui prendra en charge la réclamation pour autant qu'elle soit intervenue dans un délai de 5 ans.

La question pourrait alors de poser de l'incidence de la déclaration de l'évènement indésirable grave sur l'assurance. Cette déclaration est-elle forcément du passé connu pour l'assuré, impliquant que ce soit l'assureur précédent qui le prenne en charge ?

La réponse à cette question n'est pas négligeable pour l'établissement de santé car compte tenu des délais de prescription et de leur calcul, il n'est pas rare que plus de 5 ans se soient écoulés entre le fait générateur et la réclamation plaçant alors l'établissement de santé à découvert de garantie et l'obligeant à prendre en charge l'indemnisation sur son patrimoine personnel, sauf à solliciter de l'assureur une prolongation de sa garantie subséquente, ce qui aura forcément un coût qui peut être conséquent.

Tout dépendra donc de la qualification de l'évènement indésirable grave et de la portée qui sera donnée de la déclaration. En, principe, la place à donner d'une déclaration de l'EIGS est maîtrisée car nous l'avons évoqué, l'une des raisons principales du système mis en place par la loi du 30 décembre 2002 est de « focaliser » sur le moment où la victime porte une réclamation et de ne pas prendre en considération le moment du fait générateur.

Mais pour autant, seul un fait générateur inconnu et donc un passé inconnu peut être pris en charge en raison du rôle que joue l'aléa dans tout contrat d'assurance et notamment dans la réalisation de l'évènement couvert. L'aléa, l'incertitude doit porter sur la survenance même du sinistre, le sinistre étant la réalisation du risque couvert.

Dans une conception stricte de l'aléa, l'incertitude doit concerner tous les éléments du risque. Or, en assurance responsabilité civile médicale, le risque est composite c'est-à-dire composé de plusieurs évènements : fait générateur, dommage, réclamation de la victime.

Dans une conception plus large, le contrat d'assurance reste aléatoire dès lors que l'un des évènements reste incertain. A ce titre, la réclamation de la victime, incertaine, pourrait être considéré comme suffisante pour que le contrat reste aléatoire et le passé inconnu. Ce n'est pas cette conception qu'a privilégié le législateur, l'article L. 252-1, alinéa 5 du Code des

assurances précisant que « *le contrat ne garantit pas les sinistres dont le fait dommageable était connu de l'assuré à la date de la souscription* ».

En faisant référence à un fait dommageable connu de l'assuré à la date de conclusion du contrat, il a marqué sa préférence pour une conception stricte de l'aléa sans pour autant définir ce qu'est cette connaissance par l'assuré du fait dommageable.

Les assureurs ont alors, sous l'égide de la Fédération française des assurances (FFA), conclu une convention interprofessionnelle, spécifique au risque de responsabilité médicale⁹ afin de définir cette notion.

La Convention pose tout d'abord des critères objectifs, permettant de supposer que le passé était connu de l'assuré.

Au titre des critères objectifs sont listés à l'article 8 de la Convention applicable au risque de responsabilité civile médicale, des événements dont la seule connaissance par l'assuré suffit à qualifier le passé de connu. Il s'agit de l'enquête pénale (y compris plainte contre X) et / ou administrative, de la plainte ordinale ou assimilée contre le souscripteur du contrat, de mise en place de l'entretien prévu par l'article L. 1142-4 du Code de la santé publique¹⁰, lettre informant l'assuré de la saisine de la commission régionale de conciliation et d'indemnisation. La survenance de l'un de ces événements présuppose la qualification de passé connu. Aucune appréciation n'est exigée de la part de l'assuré. La déclaration d'un EIGS n'est pas, en tant que tel, visé par l'article 8. Cette déclaration ne s'assimile donc pas automatiquement à un passé connu.

En revanche, la mise en place de l'entretien prévu par l'article L. 1142-4 du Code de la santé publique¹¹ à la suite d'un événement indésirable grave et de sa déclaration, le fera basculer dans le passé connu. Ce n'est donc pas ici la déclaration mais l'entretien qui permet la qualification de passé connu.

Cet article impose au professionnel et/ou à l'établissement de santé concerné d'informer la personne victime, ou s'estimant victime, d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins ou ses ayants droit, sur les circonstances et les causes de ce dommage dans le délai de 15 jours suivant l'événement.

⁹ Convention de gestion des sinistres portant sur l'application de la garantie dans le temps et sur la détermination de passé connu/passé inconnu en assurance de responsabilité médicale, circulaire n° 45/2003.

¹⁰ CSP, art. L. 1142-4 : « *Toute personne victime ou s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins ou ses ayants droit, si la personne est décédée, ou, le cas échéant, son représentant légal s'il s'agit d'un mineur, doit être informée par le professionnel, l'établissement de santé, les services de santé ou l'organisme concerné sur les circonstances et les causes de ce dommage. Si la victime est un majeur protégé, la personne chargée de la mesure de protection doit également être informée.*

Cette information lui est délivrée au plus tard dans les quinze jours suivant la découverte du dommage ou sa demande expresse, lors d'un entretien au cours duquel la personne peut se faire assister par un médecin ou une autre personne de son choix ».

¹¹ Selon l'article L. 1142-4 CSP : « *Toute personne victime ou s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins ou ses ayants droit, si la personne est décédée, ou, le cas échéant, son représentant légal, doit être informée par le professionnel, l'établissement de santé, les services de santé ou l'organisme concerné sur les circonstances et les causes de ce dommage.*

Cette information lui est délivrée au plus tard dans les quinze jours suivant la découverte du dommage ou sa demande expresse, lors d'un entretien au cours duquel la personne peut se faire assister par un médecin ou une autre personne de son choix ».

En pratique, cet entretien est peu formalisé et l'obligation, non sanctionnée, est, tant que tel, rarement satisfaite dans les services médicaux¹² car, cette obligation a, certes, une grande importance symbolique mais aussi procédurale¹³. L'article relève en effet d'une section intitulée « *procédure de règlement amiable en cas d'accident médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales* » et est destiné à faciliter le règlement amiable des litiges hors de toute procédure juridictionnelle.

Dès lors, les établissements de santé hésitent, dans les faits, à le formaliser en tant que tel. En revanche, il y a bien une information qui est donnée, un entretien avec le patient et/ou la famille. Mais il est généralement noté dans le dossier médical sans précision, et du coup sans que l'on puisse estimer qu'il répond aux critères posés par la loi. Les établissements de santé restent méfiants quant à l'utilisation qui sera faite de cet entretien¹⁴.

Les événements listés cantonnent la possibilité de considérer que le passé est connu. Mais la Convention a ouvert la porte à une seconde qualification qui peut être source de dérive dans l'utilisation de la déclaration de l'évènement indésirable grave (II).

II) La dérive possible quant à l'utilisation de la déclaration de l'évènement indésirable grave

Cette seconde qualification, que l'on peut qualifier de subjective (A'), pourrait, si elle était utilisée trop souplement, faire basculer les déclarations d'EIGS bien plus souvent dans des hypothèses de passé connu pouvant entraîner une dérive aux effets pervers (B').

A') L'exception problématique : la déclaration d'évènement indésirable grave considérée comme passé connu subjectif

Selon l'article 8-1 de la Convention « *la qualification de passé connu résulte également de la connaissance par l'assuré d'un dommage caractérisé en lien avec un fait particulier. Ce dernier s'entend comme un fait marquant et grave impliquant la conscience par l'assuré que ses conséquences dommageables sont susceptibles d'engager sa responsabilité* ».

Deux éléments sont nécessaires à la caractérisation du passé connu :

- 1) la connaissance du fait, défini comme un fait particulier, autrement dit marquant et grave ;
- 2) impliquant une conscience pour l'assuré qu'il peut engager sa responsabilité.

¹² P. Chevalier, La gestion de l'accident médical en établissement de santé, *RDSS* 2007, p. 780.

¹³ A. Garay, Sur les déclarations professionnelles des risques, des dommages, des anomalies survenues et des événements indésirables graves associés aux soins, *RGDM* 2017, n° 63, p. 123.

¹⁴ Comme le relève un auteur, « *imposer une telle obligation incarne un profond changement insuffisamment perçu qui repose sur une question des plus difficiles : quel acte, que l'on sait dommageable, n'oblige-t-il pas celui qui en est l'auteur à le révéler à celui qui le subit?* » : A. Garay, *précit.*, spéc. p. 130.

Dans un EIGS, il est indéniable que le fait est identifié puisqu'il a fait l'objet d'une déclaration et qu'il est bien la cause génératrice du dommage.

Le dommage est également conséquent et connu puisqu'il se définit justement par rapport à des conséquences préjudiciables pour le patient : l'événement indésirable est à l'origine de conséquences graves : « **décès, mise en jeu du pronostic vital, survenue probable d'un déficit fonctionnel** ».

Le premier élément est donc présent.

2^{ème} élément : la conscience par l'assuré qu'il peut engager sa responsabilité.

Cette « *conscience par l'assuré* » est ici en lien avec la notion d'aléa et la conception subjective de celui-ci.

En effet, lorsque le risque est déjà réalisé à la souscription, deux conceptions du risque assurable peuvent être envisagées. L'une est objective car elle se réfère uniquement à la situation réelle du risque (l'immeuble était déjà incendié, le produit avait provoqué un dommage, et pour nous ici les conséquences dommageables du fait se sont déjà produites...).

L'autre est subjective : elle tient compte de l'existence de l'aléa dans l'esprit des contractants. L'assurance d'un risque dont les parties ignorent réellement la réalisation est considérée comme valable, aucun principe de l'assurance ne s'y opposant. Autrement dit, aucune règle technique, juridique ou morale n'est enfreinte¹⁵.

L'accent est porté sur la connaissance ou l'ignorance de l'assuré quant à la réalisation du risque¹⁶.

En application de la conception subjective de l'aléa, la caractérisation de celui-ci est en lien avec ce que l'on pourrait appeler « *l'esprit* » de l'assuré (le risque « putatif »), autrement dit sa perception de l'événement et de ses conséquences. On parle d'aléa « *spirituel* ».

Mais dans cette conception subjective, faut-il que l'assuré ait conscience que ce fait déclaré, cet événement déclaré, entraînera vraisemblablement sa responsabilité, ou suffit-il qu'il ait conscience que cet événement est susceptible d'engager sa responsabilité ?

Etablissant un parallèle avec la causalité adéquate de la responsabilité civile, une partie de la doctrine penche nettement pour la première hypothèse, estimant que c'est la connaissance d'un événement passé (ici le dysfonctionnement, l'EIGS), et de la quasi-certitude de ses conséquences futures, qui doit être retenue. L'exposé des motifs précédant la Convention semble également pencher pour cette hypothèse, en faisant référence au fait que « *l'assureur base réclamation ne peut se prévaloir de l'exclusion du « passé connu », que s'il apporte la preuve que l'assuré avait connaissance avant la prise d'effet du contrat de faits de nature à supprimer le caractère aléatoire d'une réclamation de la victime ou de ses ayants droit* ».

¹⁵ En ce sens, J. Bigot, *RGAT* 1990, p. 523 ; J. Bigot, *Traité de Droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t.3, *LGDJ*, 2^e éd., 2014, n° 106 ; J. Kullmann, *RGAT* 1992, p. 386 ; Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1994, n° 92-14768, *RGAT* 1994, p. 1205, note L. Mayaux.

¹⁶ Par analogie, à titre d'exemple : Cass. 3^e civ., 4 avr. 2002, n° 00-11598 : ayant retenu qu'au moment de la souscription de l'assurance, l'assuré avait connaissance des désordres, la cour d'appel a pu déduire, de ce seul motif, que la garantie de l'assurance dommages ouvrage ne pouvait jouer.

Dans cette première conception, il faudrait alors que l'établissement de santé ait conscience que le dommage a été causé, totalement ou pour partie, par un dysfonctionnement qui est une faute de nature à engager sa responsabilité.

Le passé inconnu resterait circonscrit à certaines hypothèses :

- un événement indésirable grave tel que la faute ou l'accident médical n'est pas contestable.
- Un événement indésirable grave dont l'assuré ne sait pas forcément s'il en sera tenu pour responsable mais où l'attitude la victime (lettre diverses, appels téléphoniques, interventions de la victime) tout un faisceau d'indices qui laisse à penser qu'il y aura certainement une réclamation. Ce n'est pas encore la réclamation qui ne laisse aucun doute quant à la connaissance de l'assuré de la recherche de sa responsabilité¹⁷. Mais l'attitude de la victime ou de ses ayants-droit permet à l'assuré de prendre conscience de la quasi-certitude de l'engagement de sa responsabilité. C'est, du moins, déjà en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation¹⁸.

Dans la deuxième conception, tout devient plus malléable en ce que une distance est mise entre la responsabilité et la connaissance / les conséquences d'un fait. Cette distance s'appuie sur le fait que le passé connu est une notion de droit des assurances et non de droit de la responsabilité civile.

Et ici, c'est la connaissance par l'assuré du premier élément du sinistre de responsabilité (à savoir le fait dommageable), et non la connaissance par le responsable de sa propre

¹⁷ Selon l'article L. 251-2, alinéa 2, du Code des assurances : « Constitue une réclamation toute demande en réparation amiable ou contentieuse formée par la victime d'un dommage ou ses ayants droit, et adressée à l'assuré ou à son assureur ». La réclamation est l'action de réclamer. Dans le sens commun, réclamer équivaut à demander avec instance, comme dû, comme juste. Selon le Vocabulaire juridique de l'association Capitant, ce verbe signifie « demander comme un droit (ex : réclamer l'indemnisation d'un dommage), non pas seulement devant un tribunal mais par toute manifestation tendant à exercer un droit ». Ce qui suppose un début d'argumentation destiné à fonder la demande. Or, la réclamation judiciaire est souvent précédée d'une réclamation amiable. Dès lors, cette dernière date doit prévaloir, l'article L. 251-2, alinéa 2 du Code des assurances ne faisant pas de distinction entre les deux types de réclamation et les envisageant comme équivalentes. Reste que la date d'une réclamation amiable est moins évidente à déterminer car elle est, elle-même, souvent précédée de discussions. Un certain nombre d'éléments peuvent intervenir avec une efficacité variable, la moins contestable étant une lettre recommandée avec un accusé de réception. Mais d'autres courriers restent recevables. Sur leur contenu, il a été jugé que négocier n'est pas réclamer tout comme n'est pas une réclamation une demande de la victime sollicitant des explications auprès de l'établissement de santé. Dès lors, la réclamation ne peut consister en une simple information donnée à l'assuré sur l'existence d'un dommage, quand bien même la victime ajouterait-elle qu'elle se réserve de demander réparation par la suite. Pour certains, une demande verbale ne peut, non plus, convenir car elle ne permet pas de conserver une trace de tout ce qui a été dit pour argumenter et fonder le droit prétendu. En revanche, menacer d'agir en justice, c'est déjà réclamer au moins amiablement.

¹⁸ Cass. 2^e civ., 5 oct. 2017, n° 16-14218, *bjda.fr* 2017, n° 54, note A. Astegiano-La Rizza, *LEDA* 2017, n° 110v6, p. 4, pbs. F. Patris : à la suite d'un accouchement, l'enfant était né avec de graves séquelles et les parents avaient plusieurs fois envoyé des courriers, rattachant le handicap de leur enfant aux conditions de l'accouchement, et avaient demandé la communication du dossier médical. Le médecin praticien et l'hôpital savaient donc que le fait (l'accouchement pratiqué) était soupçonné d'avoir causé un dommage (le handicap de l'enfant), pouvant entraîner la mobilisation de la garantie. Il disposait de cette information au moment où le second contrat, sous l'empire duquel a eu lieu la réclamation, a été conclu.

responsabilité qui est mise en avant. Ce qui importe est que l'assuré sache que le fait soit de nature à causer le dommage, et qu'il puisse être, éventuellement, reconnu comme fautif.

A l'appui de cette conception, on pourrait soutenir que le terme « *susceptible* », employé par la convention permet cette lecture : ce n'est pas exiger de l'assuré qu'il soit pratiquement persuadé que le dommage a été causé, totalement ou pour partie, par son fait. Ce serait d'ores et déjà lui demander de s'estimer responsable. Autrement dit, sans préjuger de sa responsabilité, c'est avoir conscience de l'impact potentiel de « *l'événement déclaré* » en tant que fait générateur.

Certains assureurs défendent cette conception et cette lecture que permet d'ailleurs la rédaction de l'article 8-1 de la Convention. Et il devient ici possible de rechercher tous les éléments pour apporter la preuve de cette « *conscience* » chez l'assuré.

On perçoit alors toute la portée qui pourrait être donnée à la déclaration d'un événement indésirable grave : bien sûr, ce n'est pas au moment où le dysfonctionnement survient que l'assuré a conscience que le fait est susceptible d'engager sa responsabilité. Mais les analyses *a posteriori* menées à la suite de la déclaration d'un événement indésirable grave, la chaîne des événements remontés et décortiqués, sont de nature à, au moins, faire prendre conscience à l'assuré que l'événement est susceptible d'engager sa responsabilité.

Avec cette seconde conception, le passé connu est plus facilement admis car c'est alors une conception stricte de l'aléa et du risque composite qui prévaut.

Juridiquement, elle est défendable mais certainement porteuse d'effets pervers pour le système de l'assurance RC médicale (B').

B') Les effets pervers d'une qualification trop souple

Est-ce que la déclaration d'un EIGS doit servir à cette preuve de la conscience de l'assuré telle que définie dans la deuxième conception ¹⁹ ?

Afin d'encourager les déclarations, les établissements de santé se sont engagés à ce que la déclaration ne soit pas une source de sanctions pour les déclarants, sauf faute intentionnelle. Ainsi une instruction du 17 février 2017 évoque-t-elle une « *gestion non punitive de l'erreur* » et une neutralisation du pouvoir de sanction disciplinaire par le directeur de l'établissement.

Dans le même esprit, les déclarations d'EIGS ne devraient pas pouvoir servir à établir le passé connu et cela pour deux raisons.

Première raison : fondamentalement ce n'est pas le rôle de la déclaration d'EIGS, et cela risque d'être contreproductif avec des déclarations neutres, un compte-rendu « inattaquable » juridiquement mais inexploitable pour la gestion et la prévention des risques.

Deuxième raison : si cette pratique se développe et compte du nombre d'événements pouvant se passer dans l'activité médicale, le passé connu qui, dans l'esprit de la loi, a été conçu comme une exception risque de ne plus en être une et de devenir le principe.

¹⁹ Sur le plan probatoire, conformément à l'article 1353 du Code civil, (repris par l'article L. 124-5 du Code des assurances mais pas par l'article L. 251-2 du même Code), c'est à l'assureur qu'il revient de prouver une connaissance du passé par l'assuré puisqu'il entend se libérer du paiement.

A trop vouloir entrer dans cette « zone grise » de la conscience de l'assuré, il y a le risque de remettre en cause tout le système de l'étendue de la garantie dans le temps tel qu'il a été bâti et voulu pour éviter au maximum les découverts de garantie. Il apparaît donc nécessaire de préserver le système économique de la réclamation et donc pour cela de laisser à sa juste place la déclaration d'EIGS.

En effet, avec cette deuxième conception, nous reviendrions dans les faits à un système Fait Générateur + Réclamation dans les 5 ans qui, en plus, serait bien moins protecteur que le système qui existait avant la loi de 2002 puisque dans la solution jurisprudentielle, la limite temporelle de 5 ans n'existait pas.

Autre conséquence perverse : Par rapport à ce risque de passé connu, certains contrats exigent des déclarations de sinistre « à titre conservatoire ». Dans une telle hypothèse, l'assuré doit faire une déclaration en faisant état de faits de nature, susceptible d'entraîner une réclamation. Une clause prévoit alors généralement que la garantie sera due par ce contrat-ci, la réclamation ultérieure, si elle intervient, étant rattachée à la date de la déclaration de l'assuré. D'ailleurs, même en l'absence d'une telle clause, il ne pourrait en être autrement. Sinon, il serait trop facile, pour un assureur ayant reçu une telle déclaration de résilier le contrat au plus tôt afin d'échapper à son obligation de règlement du sinistre, sans que l'assureur qui prendrait sa suite soit lui-même tenu, le passé étant connu du souscripteur. Naturellement, il n'y aura pas « sinistre » si la déclaration n'est suivie d'aucune réclamation de la part de la victime.

Mais de telles déclarations ne sont pas dans la logique de la loi du 30 décembre 2002 qui ne prévoit que la réclamation. Ces « déclarations conservatoires » faite par l'assuré pourraient être trop nombreuses, ce qui reviendrait dans la pratique à revenir à un système fait générateur alors que les assureurs se sont battus pour obtenir un système réclamation.

Pour éviter cela, en assurance RC médicale, qui fait l'objet dans le Code des assurances de textes particuliers par rapport aux autres assurances de responsabilité civile, il semblerait que la première conception du passé inconnu offre une sécurité juridique plus importante. Elle présente l'avantage d'entrer « un peu dans la zone grise » de la conscience mais de manière circonscrite contrairement à la seconde conception. Elle ne ferme pas la porte à l'existence d'un passé connu mais ne lui donne pas non plus une place dévorante.

En conclusion, on pourrait, peut-être, aller encore plus loin et estimer dans le domaine particulier de l'assurance responsabilité médicale, qu'une conception large du risque composite (fait dommageable, du dommage et réclamation) et donc de l'aléa au service d'un passé connu/inconnu très circonscrit serait la plus appropriée.

Dans cette conception, qui n'est pas celle retenue par la loi, il s'agirait de considérer alors que seule la réclamation de la victime, ou un ensemble d'éléments laissant penser que la victime va porter réclamation, rend le passé connu. Conception large du risque assurable puisqu'il demeure assurable et le contrat conserve son caractère aléatoire tant que les derniers événements, l'attitude de la victime ou la réclamation, ne sont pas encore survenus²⁰. Dans le domaine

²⁰ En revanche, le dernier élément de réalisation du risque, la condamnation judiciaire de l'assuré, ne peut pas être prise en considération, contrairement à ce qu'a pu soutenir la Cour de cassation dans le contentieux relatif à l'amiante : Cass. 2^e civ., 14 juin 2006, n° 05-13090, *RGDA* 2006, p. 711 ; J. Kullmann, Amiante : tempête en eaux troubles pour l'assurance de responsabilité, *RGDA* 2006, p. 587 ; *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. n° 355, note critique H. Groutel qui estime, à propos de l'aléa, que « la deuxième chambre civile se contente de peu ». C'est une extension de la notion d'aléa bien trop extensive. L'aléa ne peut se réduire à l'aléa judiciaire (c'est-à-dire l'incertitude qui imprègne évidemment toute issue d'un quelconque procès). Il serait alors possible de souscrire un contrat d'assurance responsabilité civile alors même que l'on a connaissance du fait dommageable, du

particulier de l'assurance responsabilité civile médicale, c'est accepter que l'absence de réclamation de la victime, ou plutôt l'absence d'éléments matériels laissant penser que la victime va faire une réclamation, conserve le caractère aléatoire du contrat d'assurance et le passé inconnu.

On peut comprendre cette vision à travers un exemple : celui d'une opération chirurgicale. Lors de cette opération, le chirurgien commet un erreur, dont il n'a pas conscience au moment de l'opération, et qui entraîne de graves complications pour le patient. Ou autre exemple, il manque dans le bloc un certain produit qui va entraîner les complications. Dans les deux cas, il s'agit d'un événement indésirable grave. Au moment de l'opération, le chirurgien et/ou l'équipe, sont dans l'action et n'envisage évidemment pas sa ou leur responsabilité.

Ce n'est qu'*a posteriori* avec la déclaration de l'événement indésirable grave et l'analyse qui en est faite *a posteriori* que l'assuré peut entrevoir qu'il est susceptible, voire savoir qu'il engage sa responsabilité. Mais qu'en est-il s'il n'y a aucune réclamation faite de la part de la victime ou de ses ayants droits pendant 4 ans et que la 4^{ième} année, l'établissement change de contrat d'assurance, nouveau contrat conclu et finalement la victime ou ses ayants droit fait une réclamation la 6^{ième} année ?

Certes, la garantie subséquente du précédent contrat va ici prendre en charge la réclamation mais est ce bon pour le système ? Est-ce que l'aléa du second contrat est vraiment à ce point remis en cause parce que l'assuré sait que le fait engage sa responsabilité alors que pendant des années, celle-ci est restée virtuelle en l'absence de réclamation ? Ne faudrait-il pas ici donner la priorité à la réclamation ?

La question mérite, au moins, d'être posée car, finalement, ce qui importe n'est pas tant la qualification juridique mais plutôt que la qualification technique, autrement dit ce qui est et doit rester techniquement assurable pour le secteur de l'assurance responsabilité civile médicale dans un souci de bonne couverture de l'assuré et d'une prise en charge de l'indemnisation de la victime.

dommage et de la réclamation ! Une telle « *assurabilité* » n'est pas concevable et elle est de toute façon contraire à ce que prévoit la loi du 30 décembre 2002 pour l'assurance RC médicale et plus largement à la loi du 1^{er} août 2003 pour les risques professionnels.