

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

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

L. Perdrix, *Le passé connu en assurance de responsabilité civile, Colloque Le passé de l'assuré : de l'inconnu au connu*, 22 mars 2024, Cour de cassation, Grand'chambre, *bjda.fr* 2024, n° 93

Le passé connu en assurance de responsabilité civile¹

Louis Perdrix,

Professeur à l'Université Paris Est-Créteil

Contrat d'assurance - C. assur., art. L. 124-5 et L. 251-2 – Assurance de responsabilité médicale – Assurance de responsabilité civile – Garantie dans le temps - Successions de garanties dans le temps – Passé inconnu – Connaissance du fait dommageable.

Créée par la pratique² et favorable aux assurés, puisqu'elle étend la garantie de l'assureur de responsabilité à des événements antérieurs à la souscription de la garantie, la reprise du passé inconnu a été consacrée par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale et par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière. L'objectif du législateur a été de contrebalancer la légalisation des clauses de réclamation de la victime avec garantie subséquente dans l'assurance obligatoire de responsabilité médicale et les assurances de responsabilité civile professionnelle.

Ainsi, pour l'assurance obligatoire de responsabilité médicale, nécessairement conclue en « *base réclamation* », l'article L. 251-2, alinéa 6, du Code des assurances dispose que « *le contrat ne garantit pas les sinistres dont le fait dommageable était connu de l'assuré à la date de souscription* ». Le législateur a donc bien imposé une reprise du passé inconnu. Il est toutefois fait exception à cette règle lorsque la première réclamation de la victime est intervenue pendant la période de garantie subséquente, le contrat ne garantissant le sinistre que si « *le fait dommageable est survenu pendant la période de validité du contrat* »³. Une exception à cette exception est cependant prévue pour « *le dernier contrat conclu, avant sa cessation d'activité professionnelle ou son décès, par un professionnel de santé* », puisque ce contrat garantit les sinistres en cas de réclamation intervenue pendant la période de garantie subséquente « *dès lors que le fait dommageable est survenant pendant la période de validité du contrat, ou antérieurement à cette période, dans le cadre des activités de l'assuré garanties* ».

¹ L'auteur tient à Pierre-Grégoire Marly pour l'avoir remplacé, en raison d'un imprévu majeur, lors du colloque du 22 mars 2024. Si de brefs échanges ont pu avoir lieu avant la tenue du colloque, la présente contribution n'a toutefois pas pu être communiquée en amont. Le mérite de notre collègue et la reconnaissance de l'auteur en sont d'autant plus grands.

² Cass. 1^{re} civ., 25 avril 1984, n° 82-16.944, *Bull. civ. I*, n° 133 ; Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 1989, n° 878-11.767.

³ Art. L. 251-2, al. 4 C. ass.

L'application de cette dernière règle recèle toutefois une incertitude. La notion de cessation d'activité professionnelle n'est pas précisée. Elle peut aussi bien viser la cessation totale que la cessation partielle d'activité. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Il convient très certainement d'appliquer cette règle pour toute cessation d'activité professionnelle, partielle ou totale.

Pour les assurances de responsabilités civiles professionnelles, soumises sur option des parties au système « *base réclamation* » ou au système « *base fait générateur* », l'article L. 124-5, alinéa 4, du Code des assurances énonce, à propos de la garantie déclenchée par la réclamation de la victime, que « *l'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de souscription de la garantie* ». La formulation est proche de celle de l'article L. 251-2, alinéa 4, du Code des assurances.

Cela étant, si le législateur a consacré les clauses de reprise du passé inconnu, il n'a pas apporté davantage de précisions. Tout au plus, la loi du 1^{er} août 2003 a modifié la rédaction de l'article L. 251-2 en substituant à l'expression « *fait générateur* » celle de « *fait dommageable* ». Mais, cette modification assortie d'aucune indication sur le sens à donner à l'expression « *fait dommageable* » - alors que certains auteurs effectuaient une distinction entre le « *fait générateur* » et le « *fait dommageable* »⁴-, n'a pas permis de mieux cerner la notion de « *reprise du passé inconnu* » en assurance de responsabilité civile.

Pourtant, la perception de cette notion est essentielle pour la détermination de l'assureur tenu à garantie en cas de successions d'assureurs. En effet, en cas de succession de contrats en base réclamation avec garantie subséquente⁵, la garantie du premier assureur peut être due si le fait dommageable s'est produit avant l'expiration ou la résiliation du contrat et si la réclamation de la victime est intervenue pendant la période de garantie subséquente. Mais, le second assureur peut également être tenu à garantie au titre de la reprise du passé inconnu, lorsque la réclamation de la victime est intervenue pendant la période de validité du contrat. Entre la garantie subséquente du premier contrat et la reprise du passé inconnu du second, le législateur fait prévaloir la reprise du passé inconnu et donc la garantie du nouvel assureur⁶. De même, en cas de succession d'un contrat en base fait dommageable et d'un contrat en base réclamation⁷, la garantie du premier assureur peut être recherchée si le fait dommageable s'est produit avant l'expiration ou la résiliation du contrat et le second assureur peut être tenu à garantie au titre de la reprise du passé inconnu. Dans cette hypothèse, à la différence de la précédente, le législateur n'a pas fait prévaloir la reprise du passé inconnu, mais il ne l'a pas pour autant privée de toute efficacité. En effet, l'article L. 124-5, alinéa 6, du Code des assurances prévoit que « *la garantie déclenchée par le fait dommageable (...) est appelée en priorité* ». La garantie en « *base réclamation* » du second contrat peut donc être appelée à titre subsidiaire, pour compléter la garantie du premier, en application de la reprise du passé inconnu.

L'identification d'un événement passé comme étant connu ou inconnu est donc essentielle pour déterminer l'assureur tenu à garantie. L'imprécision des dispositions

⁴ Y. Lambert-Faivre, *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »*, D. 1992, 13.

⁵ Cette situation qui peut se rencontrer aussi bien pour l'assurance obligatoire de responsabilité médicale que pour les autres assurances de responsabilité civile professionnelle.

⁶ Art. L. 124-5, al. 4 C. ass. et art. L. 251-2, al. 7, C. ass.

⁷ Cette situation ne peut se rencontrer que pour les assurances de responsabilité civile professionnelle régies par l'article L. 124-5 C. ass.

législatives n'a pas échappé aux assureurs, puisque ces derniers ont élaboré, dès 2003, une *Convention de gestion des sinistres portant sur l'application de la garantie dans le temps notamment sur la détermination du passé connu / passé inconnu en assurance de responsabilité générale (hors RC médicale)* »⁸ et une autre Convention relative à la détermination du passé connu pour l'assurance de responsabilité médicale⁹. Ces conventions ont été régulièrement modifiées. La dernière version de 2022 est applicable à compter du 1^{er} janvier 2023. Mais, si ces conventions témoignent de la volonté des assureurs d'éviter les litiges pouvant résulter d'une difficulté de qualification du passé, il n'en demeure pas moins que ces conventions ne sont pas applicables en présence d'un assureur étranger et ne sont pas opposables aux assurés. La nécessité d'appréhender la notion de passé connu reste donc entière. Plusieurs interrogations apparaissent alors. Elles portent, en premier lieu, sur les éléments objectifs d'appréciation d'un passé connu (I), à savoir l'identification du connaissant et la détermination de la date de la connaissance du passé, et, en second lieu, sur l'élément subjectif d'appréciation d'un passé connu (II), à savoir la connaissance de l'évènement passé.

I) Les éléments objectifs d'appréciation

La détermination d'un passé connu suppose avant tout de déterminer qui doit avoir connaissance de l'évènement passé (A) et à quelle date il faut apprécier la connaissance ou non du passé (B).

A) L'identification du connaissant

Qui doit avoir connaissance de l'évènement passé pour que l'on retienne un passé connu et l'absence de garantie de l'assureur de responsabilité ? A suivre les textes du code des assurances, la connaissance du passé s'apprécie en la personne de « l'assuré ». Mais que faut-il entendre par assuré ? De prime abord, la question ne devrait pas se poser puisque l'assuré est celui qui est exposé au risque assuré. Mais, parce que le plus souvent le souscripteur est également l'assuré, le législateur a tendance à utiliser le terme « assuré » en lieu et place du « souscripteur »¹⁰. On peut dès lors se demander quelle est la personne visée par les textes. Les conventions n'apportent pas plus d'indications, puisqu'elles envisagent également le passé « connu de l'assuré »¹¹. Ce manque de précision mériterait toutefois d'être corrigé. En effet, si les qualités de souscripteur et d'assuré sont réunies en la même personne, la question présente peu d'intérêts. Mais, il en va différemment lorsque ces deux qualités sont distinctes. Or cette situation peut se rencontrer dans deux cas de figure : celui de l'assurance pour compte et celui des assurances collectives de dommages.

Dans l'hypothèse de l'assurance pour compte, l'appréciation de la connaissance du passé pourrait se faire par rapport au souscripteur, cocontractant de l'assureur et débiteur de l'obligation de déclarer le risque, et non par rapport à l'assuré pour compte. Mais, cette solution pourrait favoriser une fraude de la part de l'assuré parfaitement informé d'un évènement passé.

⁸ Ci-après Convention responsabilité générale.

⁹ Ci-après Convention responsabilité médicale.

¹⁰ Par ex : art. L.112-2, alinéa 2, C. ass. : « Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré ».

¹¹ Art. 8 des conventions responsabilité générale et responsabilité médicale.

Celui-ci pourrait en effet laisser un tiers ignorant souscrire une assurance pour son compte. L'assuré serait protégé contre une absence de garantie. Il paraît dès lors opportun d'apprécier la connaissance du passé en la personne de l'assuré pour compte. Cette solution a d'ailleurs été retenue par la Cour de cassation à plusieurs reprises¹². Cela étant, faut-il en déduire que l'éventuelle connaissance du passé par le seul souscripteur n'a pas d'incidence sur le sort du contrat ? Une réponse affirmative serait embarrassante dans la mesure où elle laisserait la porte ouverte à une fraude non pas de l'assuré mais du souscripteur. Ce dernier pourrait souscrire en parfaite connaissance de cause un contrat au profit d'un tiers assuré ignorant. En somme, afin d'éviter une fraude du souscripteur ou de l'assuré, il paraît opportun d'apprécier la connaissance de l'événement passé aussi bien en la personne du souscripteur qu'en celle de l'assuré¹³.

Cette question de l'identification du connaissant se pose avec une nouvelle acuité depuis le développement des assurances collectives de dommages. Consacrées par la loi Hamon du 17 mars 2014 pour les risques non professionnels¹⁴, cette nouvelle forme d'assurance de dommages a été étendue par la jurisprudence aux risques professionnels¹⁵. Alors qu'auparavant, la Cour de cassation avait pu analyser le contrat souscrit par une association de propriétaires fonciers pour couvrir chacun d'eux en un contrat d'assurance pour compte en écartant la qualification d'assurance collective à adhésion individuelle¹⁶, la Haute juridiction préfère désormais développer la qualification d'assurance collective même en présence d'un risque professionnel. Ainsi, constitue une assurance collective à adhésion facultative, le contrat d'assurance de responsabilité conclut par un courtier d'assurance pour le proposer à ses clients. Dès lors que ces derniers expriment un consentement à l'assurance, la qualification d'assurance pour compte doit être écartée au profit de celle d'assurance collective de dommages¹⁷. La question de l'appréciation de la connaissance du passé risque alors de se poser. Faut-il l'apprécier en la personne du souscripteur du contrat collectif ou en la personne de l'adhérent assuré ? La question se greffe sur celle de la qualification de l'opération collective et sur l'identification du contrat d'assurance. Mais, en réalité, il n'est pas certain que cette seconde question ait ici un impact.

En effet, selon la jurisprudence rendue à propos des assurances collectives de personnes, il est dorénavant acquis que « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur, le souscripteur étant alors un tiers par rapport au contrat d'assurance liant l'assureur à l'adhérent assuré* »¹⁸. La Cour de cassation a donc consacré la conception

¹² Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2010, n° 08-20.377 ; *RGDA* 2010. 667, note L. Mayaux ; Cass. 2^e civ., 11 septembre 2014, n° 13-17.236 ; *RGDA* 2014. 521, note L. Mayaux.

¹³ L. Mayaux, in J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 5, *Les assurances de dommages*, LGDJ, 2017, n° 1535.

¹⁴ Art. L. 129-1 C. ass. issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

¹⁵ Cass. 2^e civ., 5 mars 2020, n° 18-25.192 ; *bjda.fr* 2020, n° 69, note R. Bigot ; *RGDA* nov. 2020. 16, note J. Kullmann.

¹⁶ Cass. 2^e civ., 6 mars 2008, n° 06-13.528 ; *RGDA* 2008. 311, note J. Kullmann.

¹⁷ Cass. 2^e civ., 5 mars 2020, *précit.*

¹⁸ Cass. com., 13 avril 2010, n° 09-13.712 ; *Bull. civ. IV*, n° 76 ; *RGDA* 2010. 745, note J. Kullmann ; *RDC* 2010. 1228, note T. Genicon ; *D.* 2010. 1208, note X. Delpech ; Cass. 2^e civ., 16 juin 2011, n° 09-70.929, *RGDA* 2011. 1046, note J. Kullmann ; Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, n° 12-15.403, *RGDA* 2013. 663, note L. Mayaux ; Cass. 2^e civ., 12 décembre 2013, n° 12-29.665, *RGDA* 2014. 122, note L. Mayaux.

plurale de l'assurance collective, retenant l'existence d'autant de contrats d'assurances qu'il y a d'adhérents. Cela étant, cette solution pourrait ne s'appliquer qu'aux assurances collectives à adhésion facultatives, dans lesquelles l'adhérent exprime un réel consentement au contrat. Par opposition, dans les assurances collectives à adhésion obligatoire, l'adhérent n'émet pas de réel consentement au contrat. La conception unitaire de l'assurance collective, n'envisageant qu'un seul contrat d'assurance entre le souscripteur initial et l'assureur, devrait s'appliquer¹⁹. Cette distinction doit-elle avoir un impact sur la question de la détermination de la personne connaissant le passé en assurance de responsabilité civile ? En présence d'une assurance collective à adhésion obligatoire avec un seul contrat, on peut aisément transposer les solutions retenues pour l'assurance pour compte. L'appréciation de la connaissance de l'événement passé doit se faire en la personne de chaque assuré et du souscripteur du contrat d'assurance pour éviter d'éventuelles fraudes. Mais qu'en est-il pour les assurances collectives à adhésion facultative ? Dans cette hypothèse, les qualités de souscripteur du contrat d'assurance et d'assurés sont réunies de chaque adhérent. Il est certain que l'appréciation du passé doit se faire par rapport à l'adhérent. Pour le souscripteur du contrat-cadre, on peut davantage hésiter dans la mesure où il n'est pas partie au contrat d'assurance et dans la mesure où l'adhérent est libre d'adhérer ou non au contrat. Mais, un contrat d'assurance collective à adhésion facultative ne comporte pas nécessairement une multitude d'adhérents. En outre, la reconnaissance des assurances collectives de dommages par le législateur et par la jurisprudence pourrait favoriser un glissement de la qualification d'assurance pour compte vers celle d'assurance collective. Même si l'éventualité peut sembler marginale, on pourrait imaginer qu'un souscripteur informé d'un événement passé souscrive un contrat-cadre en incitant fortement un tiers ignorant à adhérer au contrat collectif et en percevant une somme au passage. Afin d'éviter de telles fraudes, il paraît opportun d'étendre l'appréciation du passé connu au souscripteur du contrat-cadre.

Autrement dit, l'appréciation du passé connu devrait être large afin d'éviter d'éventuelles fraudes et s'effectuer aussi bien par rapport au souscripteur du contrat d'assurance ou du contrat-cadre dans une assurance collective de dommages, que par rapport à l'assuré.

B) La date de la connaissance

A quel moment faut-il apprécier la connaissance du passé ? Selon l'article L. 124-5, alinéa 4, du Code des assurances, il faut se placer « *à la date de la souscription de la garantie* ». L'article L. 251-2, alinéa 6, est quant à lui un peu moins précis, puisqu'il vise « *la date de la souscription* ». Les conventions entre assureurs indiquent, pour leur part, que « *les critères de distinction du passé connu/passé inconnu s'apprécient à la date d'effet du dernier contrat ou de la nouvelle garantie, en fonction de la qualité de l'assuré en cause* »²⁰. Ce choix est justifié par le fait que la date de souscription ne peut généralement pas être déterminée de façon certaine²¹. Ces dispositions conventionnelles ne s'imposent toutefois pas aux assurés, auxquels seules les dispositions légales peuvent être opposées. Il convient donc de déterminer ce qu'il faut entendre par « *date de la souscription de la garantie* » et « *date de la souscription* ». Littéralement, ces expressions renvoient à la « *souscription du contrat* » puisque c'est

¹⁹ Cass. 2 civ., 8 juillet 2010, n° 09-16.417, *RGDA* 2010, 1097, note L. Mayaux. V. également L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ 2011, p. 57 et s.

²⁰ Art 9 Convention responsabilité générale et Convention responsabilité médicale

²¹ Exposés des motifs des Conventions.

notamment à ce moment-là que la garantie est souscrite. C'est d'ailleurs ce qui est apparaît dans les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} août 2003²² et du 30 décembre 2002²³.

Pour autant, cette analyse littérale doit être tempérée au regard des enseignements jurisprudentiels et des difficultés pratiques qui peuvent se rencontrer. En particulier, ainsi que vu précédemment, en assurance pour compte, l'acquisition de la garantie peut être différée et intervenir bien après la souscription du contrat. Telle est le cas de l'assurance pour compte souscrite par une société-mère pour couvrir la responsabilité civile de ses dirigeants et de ceux de ses filiales présentes et futures²⁴. Et, il en est de même pour les assurances collectives de dommages. Partant, dans ces hypothèses, la connaissance du passé par l'assuré devrait être appréciée non pas, à la date de la souscription du contrat, mais à la date de « *l'acquisition* »²⁵ de la garantie ou de l'adhésion au contrat collectif. En revanche, pour le souscripteur du contrat d'assurance, l'appréciation doit logiquement se faire à la date de souscription du contrat. Une nuance doit sans doute être effectuée à propos des assurances collectives de dommages à adhésion facultative. Dans cette hypothèse, la mise en place du contrat d'assurance va se faire en deux temps marqués par la conclusion du contrat-cadre par le souscripteur initial et l'assureur, puis par l'adhésion de l'adhérent au contrat collectif. Or entre ces deux étapes, le souscripteur du contrat initial pourrait avoir connaissance d'un fait passé concernant un futur adhérent et l'inciter à adhérer au contrat collectif. Le caractère aléatoire du contrat d'assurance serait alors quelque peu malmené. Aussi, parce que « *le contrat d'assurance exige une exceptionnelle bonne foi* »²⁶ et afin de mieux sanctionner d'éventuelles fraudes, il paraît opportun de déplacer dans ce cas précis l'appréciation de la connaissance du passé par le souscripteur du contrat initial au jour de l'adhésion au contrat. Mais, il faudrait très certainement démontrer dans ce cas-là le rôle déterminant du souscripteur initial dans l'adhésion du tiers.

II) L'élément subjectif d'appréciation

L'élément subjectif d'appréciation du passé connu ou inconnu porte sur la connaissance du fait dommageable. L'étude de cet élément subjectif suppose donc de déterminer ce qu'on entend par connaissance du passé (A) et de s'interroger sur la preuve de cette connaissance du passé.

A) **La connaissance du passé**

Selon les articles L. 124-5, alinéa 4, et L. 251-2, alinéa 6, du Code des assurances, la connaissance du passé correspond à la « *connaissance du fait dommageable* ». Cela étant, cette

²² F. Goulard, Rapport Assemblée Nationale n° 908, 18 juin 2003, p. 59 : « *Il est à noter que cette garantie reprend le "passé inconnu", en ce sens que les faits dommageables commis antérieurement à la prise d'effet de la garantie, mais que l'assuré ne connaissait pas comme tels au moment où il a souscrit le contrat, donneront lieu à application de la garantie si une réclamation est présentée avant l'expiration du contrat* ».

²³ Proposition de loi relative à la responsabilité civile médicale, présentée par M. Nicolas About : « *le sixième alinéa [de l'article L. 251-2 C. ass.] impose une "clause de reprise du passé inconnu", qui écarte les sinistres antérieurs au contrat connus de l'assuré lors de la souscription du contrat et qui ne présentent donc pas le caractère aléatoire propre à toute opération d'assurance* ».

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 11 septembre 2014, n° 13-17.236 ; *RGDA* 2014. 521, note L. Mayaux.

²⁵ L. Mayaux, « L'étendue de la garantie "responsabilité civile" dans le temps », *RGDA* mars 2024, 70, spéc. n° 31

²⁶ M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t 1, LGDJ 1938, n° 110, p. 214. V. également A. Besson, « Le contrat d'assurance et la morale », in *Le droit privé au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t 2, LGDJ, 1950, p. 184.

expression reste à définir et plusieurs analyses sont possibles. Il est vrai que certaines avancées ont eu lieu en jurisprudence mais des hésitations demeurent.

Du côté des avancées, il apparaît que la notion de fait dommageable est désormais clairement définie par la Cour de cassation comme « *la cause génératrice du dommage* »²⁷. Cette solution met fin aux incertitudes. En effet, alors qu'elle joue un rôle central en assurance de responsabilité, la notion de fait dommageable n'a pas été définie par le législateur. Plusieurs conceptions sont apparues en doctrine et certains auteurs ont estimé que le « *fait dommageable* » devait être distingué du « *fait générateur* », en expliquant que le fait générateur « *se situe en amont du dommage en remontant à sa cause* », alors que « *le fait dommageable est le fait même qui réalise le dommage* »²⁸. Cette distinction est donc écartée par la jurisprudence.

Du côté des hésitations, plusieurs questions apparaissent. Faut-il se contenter de la seule connaissance d'un fait dommageable susceptible de causer ou d'être la cause d'un dommage, ou de la seule connaissance d'un fait dommageable qui a vraisemblablement causé un dommage ou va vraisemblablement causer un dommage, la différence ne résidant alors que dans l'intensité de la connaissance ? Ou faut-il exiger de surcroît une réclamation de la victime ? L'hésitation est permise au regard de la jurisprudence et des conventions entre assureurs.

L'examen de la convention applicable en assurance de responsabilité générale hors responsabilité médicale révèle ainsi que le passé connu est caractérisé de trois façons. Tout d'abord, le passé connu peut résulter de la connaissance par l'assuré d'un fait objectif, tel qu'une enquête pénale ou administrative, une plainte ordinale ou assimilée contre le souscripteur ou une opération de retrait volontaire par l'assuré ou ordonné par toute autorité compétente²⁹. Le passé connu résulte alors de la connaissance par l'assuré d'un fait objectif, sans que soit expressément exigée la connaissance d'un dommage effectif ou futur, même si elle peut exister. Par exemple, le retrait volontaire d'un produit défectueux peut être justifié par la connaissance d'un défaut de conformité aux exigences de qualité, de sécurité ou de santé, sans pour autant qu'un dommage se soit déjà produit³⁰. Ensuite, le passé connu peut résulter « *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* »³¹. Le passé connu est alors caractérisé par la connaissance par l'assuré d'un fait dommageable et d'un dommage déjà réalisé susceptible d'engager sa responsabilité. Enfin, à propos de la faute inexcusable, la convention prévoit qu'« *en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail la qualification de passé connu est retenue lorsqu'une action en reconnaissance de faute inexcusable de l'assuré est prévisible. Cette preuve est rapportée lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : gravité des blessures ou de l'affection du salarié, non-respect flagrant des règles de sécurité* »³². Le passé connu est dans cette dernière hypothèse caractérisé par la

²⁷ Cass. 3^e civ., 12 octobre 2017, n° 16-19.657 ; *RGDA* 2017. 627, note A. Péliissier ; *RCA* 2018, n° 29, note H. Groutel ; *Gaz. Pal.*, 19 décembre 2017, 74, note D. Noguéro.

²⁸ Y. Lambert-Faivre, *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »*, *D.* 1992, 13.

²⁹ Art. 8 de la Convention de gestion des sinistres portant sur l'application de la garantie dans le temps notamment sur la détermination du passé connu/passé inconnu en assurance de responsabilité générale (hors RC médicale).

³⁰ Art. L. 423-3 C. cons.

³¹ Art. 8.1 de la Convention responsabilité générale.

³² Art. 8.2 de la Convention responsabilité générale.

connaissance d'un fait dommageable et d'un dommage d'ores et déjà réalisé entraînant vraisemblablement la responsabilité de l'assuré. La convention applicable en assurance de responsabilité médicale suit le même schéma en ne distinguant toutefois que deux hypothèses. Ainsi, le passé connu est caractérisé par la connaissance d'un fait objectif tel qu'une enquête pénale ou administrative, une plainte ordinaire contre le souscripteur du contrat ou une lettre informant l'assuré de la saisine de la commission de conciliation et d'indemnisation³³. De même, le passé connu résulte « *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* »³⁴. Les conventions n'ont donc pas une vision unitaire de la notion de passé connu.

Il en est de même de la jurisprudence. Certes, la Cour de cassation a pu affirmer, par un arrêt du 19 janvier 2023, « *qu'il n'est pas nécessaire, pour caractériser le passé connu, qu'outre la connaissance par l'assuré du fait dommageable, la réclamation de la victime soit inéluctable et qu'il suffit que l'assuré ait eu connaissance, avant la souscription du contrat, d'un fait dommageable ou d'un fait susceptible d'engager sa responsabilité, peu important que la réclamation fût encore incertaine* »³⁵. La réclamation de la victime n'est donc par principe pas nécessaire pour caractériser un passé connu. Il suffit que l'assuré ait eu connaissance « *d'un fait dommageable ou d'un fait susceptible d'engager sa responsabilité* ». De cette formulation, on peut en déduire que l'assuré doit avoir eu connaissance d'un fait susceptible d'être la cause d'un dommage réalisé ou qui va se réaliser. La Cour de cassation semble retenir ici un degré de connaissance assez faible en ce qui concerne le dommage. Il suffit que l'assuré sache que le fait était « *susceptible* » d'être la cause d'un dommage, il n'est pas nécessaire qu'il sache que le fait était « *vraisemblablement* » la cause d'un dommage. En réalité, ce qui compte « *c'est moins l'intensité (objective) du lien de causalité que sa perception (subjective) par l'assuré qui doit être prise en compte* »³⁶. Ainsi, il y a passé connu lorsque l'assuré, dirigeant d'une société viticole, avait connaissance des pratiques de coupage de vin susceptible d'entraîner une dévalorisation significative de la valeur comptable des bouteilles et donc de causer un important préjudice à la société³⁷. De même, il y a passé connu lorsqu'un médecin a eu connaissance, d'une part, des conséquences extrêmement graves pour l'enfant des circonstances de sa naissance, d'autre part, à compter des courriers itératifs de la mère de l'enfant exigeant la communication de son dossier médical, du risque de procédure judiciaire³⁸.

Mais, parfois, la Cour de cassation est plus exigeante. Ainsi, dans deux arrêts du 7 juillet 2022, la Haute juridiction a retenu une conception plus étroite de la notion de passé connu à propos de la livraison d'une chose affectée d'un vice, sachant que dans ce cas de figure, le fait dommageable est caractérisé par la livraison du produit³⁹. En effet, si elle a écarté toute application en la matière de la présomption irréfragable de connaissance du vice par le

³³ Art. 8 de la Convention responsabilité médicale.

³⁴ Art. 8.1 de la Convention responsabilité médicale.

³⁵ Cass. 2^e civ., 19 janvier 2023, n° 21-17.221, *bjda.fr* 2023, n° 85, comm. 7, note P.-Y. Marly ; *RGDA* mars 2023, 58, note L. Mayaux ; *RCA* 2023, n° 80, note R. Bruillard ; *JCP G* 2023, act. 378, note D. Krajewski.

³⁶ P.-G. Marly, note sous Cass. 2^e civ., 19 janv. 2023, *bjda.fr* 2023, n° 85, comm. 7.

³⁷ Cass. 2^e civ., 11 septembre 2014, n° 13-17.236, *RGDA* 2014, 521, note L. Mayaux.

³⁸ Cass. 2^e civ. 5 octobre 2017, n° 16-14.218, *bjda.fr* 2017, n° 54, comm. 10, note A. Astegiano-La Rizza.

³⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, n° 93-10.227, *RGDA* 1996, 196, note L. Mayaux.

professionnel, dégagée par la jurisprudence à partir de l'article 1645 du Code civil⁴⁰, la Cour de cassation a exigé, dans ces arrêts, la « *connaissance réelle par le vendeur du fait dommageable à la date de souscription du contrat* » impliquant « *de manière certaine la mise en cause de sa responsabilité* »⁴¹.

Parfois, en revanche, la Cour de cassation se montre plus souple dans la perception de l'aléa et du passé connu. Tel est le cas à propos de l'assurance de responsabilité civile garantissant les conséquences de la faute inexcusable de l'employeur. Ainsi, dans un arrêt du 6 octobre 2022, la Haute juridiction a confirmé la décision d'une cour d'appel qui avait écarté tout passé connu avant la souscription du contrat aux motifs que « *le fait générateur de la garantie est constitué par l'action du salarié engagée sur le fondement de la faute inexcusable de l'employeur* » et que « *la première démarche amiable du salarié en ce sens, auprès de la caisse, a été engagée après la signature de l'avenant* »⁴². Autrement dit, même si l'assuré avait eu connaissance avant la souscription de la garantie des principaux éléments de sa faute inexcusable, du dommage qui en est résulté pour le salarié ainsi que de la manifestation du dommage, la garantie de l'assureur restait due dès lors que la réclamation de la victime n'était pas intervenue avant la souscription de la garantie. Cette solution, rendue en application de la loi du 1^{er} août 2003, rappelle celle retenue précédemment dans le cadre du contentieux des salariés exposés à l'amiante. En effet, par un arrêt du 14 juin 2006, la Cour de cassation a affirmé que même si l'employeur avait eu connaissance de l'existence des maladies, l'aléa requis au titre de l'assurance de responsabilité n'était pas anéanti dès lors que la condamnation de l'employeur n'était pas inéluctable, puisqu'elle supposait que les victimes engagent leur action avant l'expiration du délai de prescription biennale et prouvent que l'employeur n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires pour préserver les salariés des dangers de l'amiante⁴³. Cette solution a été par la suite confirmée⁴⁴.

B) La preuve de la connaissance du passé

En application des principes traditionnels du droit de la preuve, il appartient à l'assureur de rapporter la preuve de la connaissance du passé par le souscripteur ou l'assuré. D'ailleurs, l'article L. 124-5, alinéa 4, du Code des assurances indique bien que « *l'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie* ». Donnant toute sa force à cette règle, la Cour de cassation a écarté, dans deux arrêts du 7 juillet 2022⁴⁵, toute application en la matière de la présomption irréfragable de connaissance du vice par le professionnel, dégagée par la jurisprudence à partir de l'article 1645 du Code civil⁴⁶. Autrement

⁴⁰ Cass. com., 19 mai 2021, n° 19-18.230.

⁴¹ Cass. 2^e civ., 7 juillet 2022, n° 21-10558 et n° 21-10560, *RCA* 2022, n° 260, note E. Coyault ; *RDC* mars 2023, 68, note F. Leduc ; *Gaz. Pal.*, 22 novembre 2022, 55, note Ph. Giraudel.

⁴² Cass. 2^e civ., 6 octobre 2022, n° 21-13372, *bjda.fr* 2023, n° 84, comm. 11, note P. Grosser.

⁴³ Cass. 2^e civ., 14 juin 2006, n° 05-13.090, *RGDA* 2006, 587, note J. Kullmann ; *RCA* 2006, n° 355, note H. Groutel.

⁴⁴ Cass. 2^e civ., 7 octobre 2010, n° 10-30.233, *RCA* 2011, n° 333, note H. Groutel ; Cass. 2^e civ. 14 juin 2012, n° 11-16.958, *RGDA* 2012, 985, note L. Mayaux.

⁴⁵ Cass. 2^e civ., 7 juill. 2022, n° 21-10558 et n° 21-10560, *RCA* 2022, n° 260, note E. Coyault ; *RDC* mars 2023, 68, note F. Leduc.

⁴⁶ Cass. com., 19 mai 2021, n° 19-18.230.

dit, « la jurisprudence a créé cette présomption pour obliger le vendeur professionnel à indemniser l'acquéreur en toute hypothèse, et non pour permettre à l'assureur de responsabilité du vendeur de ne pas indemniser ce dernier, ce qui irait à l'encontre du but recherché »⁴⁷.

Mais, les présomptions pourraient jouer un rôle en présence d'un sinistre sériel⁴⁸. La loi du 1^{er} août 2003 a en effet globalisée les sinistres sériels en énonçant qu' « un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique »⁴⁹. Cette globalisation permet de rattacher à l'année d'assurance de la première réclamation l'ensemble des réclamations des victimes et d'appliquer en conséquence un seul et même plafond de garantie à toutes les victimes. Se pose alors la question de l'application de la globalisation des sinistres à la connaissance du fait dommageable. La connaissance d'un fait dommageable doit-elle s'étendre par le biais de la globalisation à l'ensemble des faits dommageables ? Certes, la globalisation repose sur une fiction juridique, mais l'on peut penser qu'elle va s'étendre à la connaissance du passé. Par exemple, si la Cour de cassation venait à opérer un revirement de jurisprudence et à admettre la globalisation en cas de manquement à une obligation standardisée d'information, ce qu'elle n'admet pas pour l'instant malgré les critiques doctrinales marquée⁵⁰, il semblerait logique d'admettre que la connaissance du caractère dommageable d'un tel manquement à l'égard d'une personne vaut connaissance du caractère dommageable de ce manquement à l'égard de tous les destinataires de l'information. Mais, on ne saurait oublier que les incertitudes entourant la notion de cause technique unique sont à l'origine d'applications très variables. Ainsi, en se fondant il est vrai sur l'interprétation souveraine d'une clause de globalisation antérieure à la loi du 1^{er} août 2003, la Cour de cassation a confirmé la décision d'une cour d'appel retenant que « le manquement de l'architecte à ses obligations contractuelles, constituaient, au sens du contrat, un même sinistre pour l'application du plafond de garantie »⁵¹. Il importait peu que ces manquements contractuels soient distincts. Étaient en cause un défaut de diagnostic au stade de la conception des travaux et un manquement général dans le suivi de l'exécution des travaux. La globalisation a été retenue pour l'ensemble de ces manquements contractuels. Or, si l'on raisonne maintenant du côté de la connaissance du passé, il n'est pas certain que la connaissance d'un défaut de diagnostic susceptible de causer un dommage emporte nécessairement la connaissance d'un manquement général dans le suivi de l'exécution des travaux susceptible d'être la cause d'un dommage. La globalisation des sinistres repose sur une fiction juridique, mais aussi sur une notion aux contours incertains : la cause technique unique. Aussi, sauf à mieux cerner les

⁴⁷ Ph. Giraudel, Connaissance du vice caché par le vendeur professionnel : une présomption irréfragable à géométrie variable, *Gaz. Pal.*, 22 novembre 2022, 55.

⁴⁸ Cette idée a été développée par P.-G. Marly dans sa présentation orale du passé connu dans les assurances de responsabilité.

⁴⁹ Art. L. 124-1-1 C. ass.

⁵⁰ Cass 2^e civ., 24 septembre 2020, n° 18-12.593 ; *RGDA* novembre 2020. 38, note L. Mayaux ; *D.* 2020. 2323, note P.-G. Marly ; *AJ contr.* 2020. 492, note P. Guillot et B. Néraudeau ; *AJ contr.* 2020. 558, note L. Perdrix ; *bjda.fr* 2020, n° 71, note A. Astegiano-La Rizza ; *RCA* 2021, n° 54, note Y. Quistrebert ; *RCA* 2022, chron. 4, n° 7, note H. Groutel ; Cass 2^e civ., 26 novembre 2020, n° 19-16.225 ; *RGDA* janvier 2021. 74, note J. Kulmann ; Cass. 2^e civ., 27 mai 2021, n° 19-24.274 ; *RGDA* juillet 2021. 51, note J. Kulmann ; *RCA* 2021, n° 161, note D. Krajewski ; Cass 2^e civ., 6 juillet 2023, n° 21-25.951 ; *RCA* 2023, n° 259, note R. Bruillard ; *bjda.fr* 2023, n° 89, note P.-G. Marly ; *RGDA* janvier-février 2024. 30, note L. Mayaux.

⁵¹ Cass. 3^e civ., 25 mai 2023, n° 21-20.643 ; *RGDA* juillet-août 2023. 27, note J.-P. Karila ; *bjda.fr* 2023, n° 88, note L. Perdrix ; *bjda.fr* 2023, n° 87, note A. Astegiano-La Rizza ; *RCA* 2023, n° 237, note R. Bruillard.

conditions de la globalisation, on peut tout au plus admettre que la globalisation des sinistres emporte une présomption simple de connaissance du passé pour les différents sinistres⁵².

⁵² Comp. L. Mayaux qui estime qu' « en présence d'un sinistre globalisé, il suffit qu'un fait dommageable soit connu pour que la garantie soit exclue, quand bien même l'assuré ignorerait à cette date que le sinistre pourrait devenir sériel en raison d'une cause technique commune (même s'il s'en doute un peu). En pareille circonstance, l'aléa est devenu trop ténu pour que la garantie soit due. Cela justifie que, dans l'ensemble de faits dommageables assimilé à un fait dommageable unique visé à l'article L. 124-1-1 du Code des assurances, la connaissance d'un seul fait de cet ensemble soit suffisante pour caractériser le passé connu (et non l'ignorance d'un seul fait pour caractériser le passé inconnu) », note sous Cass. 2^e civ., 6 juillet 2023 : RGDA janvier-février 2024. 30.