

N° 430491
Société hospitalière d'assurances mutuelles

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 19 mars 2021

Décision du 2 avril 2021

Décision à publier au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, Rapporteur public

Ce pourvoi vous conduira à vous intéresser, de manière totalement inédite dans votre jurisprudence semble-t-il, à la succession de garanties d'assurance, dans le cas particulier de l'assurance obligatoire de responsabilité civile des professionnels de santé et établissements de santé.

Cette obligation d'assurance est posée à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 *sur les droits des malades et la qualité du système de santé*. Pour sa mise en œuvre, l'assurance de responsabilité civile médicale a été redéfinie par la loi du 30 décembre 2002 *relative à la responsabilité civile médicale*, aux articles L. 251-1 à L. 252-2 du code des assurances.

Cette obligation s'applique notamment aux établissements publics de santé. Lorsque leurs contrats d'assurance de responsabilité civile médicale sont passés en application du code des marchés publics, comme dans la présente affaire, ils revêtent le caractère de contrats administratifs, par détermination de la loi, et les litiges auxquels donne lieu leur application relève du juge administratif.

C'est dans ce cadre que la cour administrative d'appel de Bordeaux a statué sur l'appel en garantie du centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre - Les Abymes à l'encontre de son assureur, par suite de la condamnation de l'hôpital à indemniser la veuve et les filles d'un patient décédé dans cet établissement le 22 janvier 2013 par suite d'un choc septique.

Les juges du fond ont reconnu le caractère nosocomial de l'infection fatale. Si la réparation d'une infection nosocomiale aux conséquences d'une pareille gravité relève en principe de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (Oniam) au titre de la solidarité nationale,

l'établissement de santé redevient en tout ou partie responsable « *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* ». Les manquements retenus en l'espèce par le jugement de première instance, auquel se réfère l'arrêt d'appel, tenaient à l'insuffisance des doses de l'antibiothérapie prophylactique au regard du poids du patient et aux recommandations de délai d'injection, à un retard à mettre en place des traitements à la suite de la suspicion d'infection, à l'insuffisance de traçabilité des soins, à l'inadéquation de la monothérapie administrée au regard de la multiplicité des germes, aux incohérences de traitement dues à l'arrêt de molécule avec reprise ultérieure, à l'insuffisance de l'unique consultation pour avis d'un infectiologue, au retard d'ablation du matériel et d'enlèvement des drains de Redon sans étude de la balance bénéfices/risques de leur maintien. Les juges d'appel ont estimé comme les premiers juges que ces manquements fautifs avaient fait perdre au patient 80 % de chances d'éviter le décès et engageaient la responsabilité du centre hospitalier à hauteur d'une même fraction des dommages en résultant pour ses ayants-droits et ses proches.

Le patient est décédé le 22 janvier 2013 ; sa veuve a saisi la commission régionale de conciliation et d'indemnisation de Guadeloupe en août 2013 d'une demande de réclamation qui a été notifiée le 9 octobre 2013 au centre hospitalier. Celui-ci venait de changer d'assureur, le 1^{er} octobre 2013. Soutenu par son nouvel assureur, la société AM Trust International Underwriters Ltd, il a appelé en garantie son précédent assureur, la société hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM).

Dans le droit commun de l'assurance de responsabilité civile prévaut le principe de liberté contractuelle, qui permet, selon l'article L. 124-5 du code des assurances, au choix des parties, de déclencher la garantie soit par le fait dommageable, soit par la réclamation. Ce n'est que pour la responsabilité des personnes physiques en dehors de leur activité professionnelle que la loi impose au même article la garantie du fait dommageable, réputée plus favorable à l'assuré.

Pour l'assurance de responsabilité civile médicale, l'article L. 251-2 du code des assurances prévoit au contraire que le contrat garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres pour lesquels la première réclamation est formée pendant la période de validité du contrat. La doctrine estime qu'en optant ainsi pour la « base réclamation », le législateur a cédé aux vœux des assureurs (C. CORGAS-BERNARD, « L'assurance de responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé », RDSS 2010, p. 75).

Cependant, pour préserver le caractère aléatoire du contrat d'assurance, l'avant-dernier alinéa de l'article dispose aussi que « *le contrat ne garantit pas les sinistres dont le fait dommageable était connu de l'assuré à la date de la souscription* ». Est ainsi mis en œuvre un principe général du droit des assurances selon lequel le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé (Cf. not.

Cass. Civ. 1, 27 février 1990, n° 88-14.364, Bull. n° 52). L'article L. 124-5 du code des assurances relatif aux assurances de responsabilité prévoit aussi 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. L'expression symétrique de cette exclusion est ce qu'on appelle « la clause de reprise du passé inconnu ».

Le risque de défaut d'assurance est alors prévenu par la disposition selon laquelle le contrat d'assurance garantit également les sinistres dont la première réclamation est formulée pendant un délai d'au moins cinq ans à partir de la date d'expiration ou de résiliation de tout ou partie des garanties, dès lors que le fait dommageable est survenu pendant la période de validité du contrat. Lorsque la garantie de plusieurs contrats successifs est susceptible d'être mobilisée, le dernier alinéa de l'article donne priorité au contrat en vigueur au moment de la première réclamation.

Malgré ces différentes précautions, l'allongement à dix ans à compter de la consolidation du dommage du délai de prescription applicable en matière de responsabilité médicale à l'article L. 1142-28 du code de la santé publique maintient dans certaines configurations particulières un risque de défaut d'assurance qui ne paraît pas se réduire à une hypothèse d'écoté. Mais en cas d'absence ou de défaillance de l'assureur, l'Oniam lui est substitué, en vertu de l'article L. 1142-15 du même code, avec subrogation des droits de la victime à l'égard du responsable du dommage.

Dans notre affaire, le tribunal administratif a rejeté les conclusions d'appel en garantie du centre hospitalier contre la SHAM en prenant simplement pour référence la date de présentation d'une première réclamation, postérieure de peu au changement d'assureur. En revanche, la cour administrative d'appel a écarté ce critère en retenant, au vu du compte rendu d'hospitalisation du patient décédé établi le 18 mars 2013, qu'ayant eu connaissance à ce moment de l'existence de manquements dans la prise en charge du patient et de leurs conséquences sur son état de santé, l'hôpital devait être regardé, à la date à laquelle il a souscrit son nouveau contrat d'assurance, comme ayant eu connaissance du fait dommageable. Cette connaissance excluait ainsi le sinistre de la garantie du nouveau contrat et le reportait sur celle du contrat précédent, souscrit auprès de la SHAM.

Le nœud du litige relatif à la garantie d'assurance repose ainsi sur la notion de fait dommageable connu de l'assuré, au sens de la loi.

Parmi les différents critères de qualification envisageable, on peut tenter de procéder par élimination.

L'exigence que soit formée une réclamation pour caractériser le fait dommageable connu paraît tout d'abord à exclure. Cette thèse paraît soutenue par le modèle de fiche d'information annexé à l'article A. 112 du code des assurances, qui définit ainsi le fait

dommageable : « fait, acte ou événement à l'origine des dommages subis par la victime et faisant l'objet d'une réclamation ». Mais cette définition retenue par arrêté ministériel paraît mal inspirée par une confusion entre le fait dommageable et le sinistre. En effet, si le 1^{er} alinéa de l'article L. 252-1 dispose que « *constitue un sinistre, ... tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable ou d'un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique, imputable aux activités de l'assuré garanties par le contrat, et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations* », le sixième alinéa ne se réfère pas à la connaissance du sinistre mais à celle du fait dommageable seulement

Au demeurant, ce sixième alinéa d'exclusion de la base réclamation perdrait l'essentiel de sa portée si la clause d'exclusion nécessitait elle-même la présentation d'une réclamation.

A l'inverse, la connaissance neutre du fait générateur lui-même ne paraît pas suffire. Plusieurs arguments le montrent.

D'abord le principe d'interprétation stricte des exceptions.

Ensuite, les débats parlementaires de 2002, dans le cadre desquels, notamment, le député Door avait indiqué que le sixième alinéa de l'article L. 251-2 avait pour objet de « *garantir la bonne foi des cocontractants* », et traduisait l'exigence selon laquelle « *une assurance ne peut couvrir que des événements à caractère aléatoire, et non des événements certains* ». Le député avait alors précisé que cette disposition devait être interprétée « *restrictivement* », « *faute de quoi un médecin devrait déclarer tous ses actes passés pour lesquels il peut estimer avoir un doute quant au succès de l'opération, ce qui réduirait à presque rien la couverture assurancielle* », ce qui n'était « *assurément pas le but cherché par cette disposition* ». La seule connaissance d'un incident survenu au cours d'un acte de soins n'implique pas nécessairement la conscience qu'aurait le médecin que sa responsabilité pourrait, à l'occasion de cet acte de soins, être recherchée.

Enfin, les indications que paraît donner la cour de cassation elle-même. Ainsi, dans un arrêt Cass. Civ. 2^{ème} du 30 juin 2011, n° 10-15.048, inéd. propre à la responsabilité civile médicale, elle valide le raisonnement selon lequel « *pour considérer que le fait générateur était connu de l'assuré, il ne suffit pas qu'un incident grave soit survenu au cours des soins dispensés par lui, encore faut-il qu'il ait connaissance d'éléments permettant d'imputer cet incident grave à son intervention* » et que l'existence du fait dommageable imputable au médecin n'ait été ni certaine dans sa réalisation, ni déterminable dans son étendue lors de la souscription du second contrat d'assurance, ce qui conduisait bien à laisser le sinistre à la charge du second assureur. Une part du débat avait porté sur le lien causal.

De même, sur un arrêt également inédit dans la même matière (Cass. Civ. 2^{ème}, 5 octobre 2017, n° 16-14218, l'avis de l'avocat général (P. Lavigne) est en ce sens que « *La qualification de la condition litigieuse apparaît relativement exigeante (...). Le juge du fond doit établir qu'à la date de souscription du contrat, le médecin savait non seulement qu'à l'occasion d'un acte de soins par lui accompli, s'était produit un fait marquant, distinct du simple incident, mais encore qu'il en résultait des conséquences dommageables susceptibles d'engager sa responsabilité* ».

Il paraît difficile de tirer plus de la jurisprudence de la cour de cassation. Celle-ci, en effet, notamment dans les arrêts qui concernant l'application de l'article L. 124-5 du code des assurances, souligne l'appréciation souverainement portée par les juges du fond sur la connaissance du fait dommageable (Ex : Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, pourvoi n° 17-26.171).

L'interprétation intermédiaire qui paraît donc s'imposer n'est certes pas la plus simple à mettre en œuvre. Il faut ajouter à la connaissance du fait générateur la conscience suffisante que ce fait est susceptible d'engager la responsabilité de l'assuré, c'est-à-dire, dans les cas où s'applique un régime de responsabilité pour faute, qu'il revêt un caractère fautif et a pu entraîner un dommage. Mais cette interprétation paraît la plus fidèle à la loi.

Ajoutons que comme il s'agit de la connaissance de faits matériels par une personne morale, l'hôpital, une dernière circonstance éminemment sujette à appréciation des juges du fond tient à la question de savoir quels responsables étaient informés de quoi et par qui, alors qu'on ne peut ramener la connaissance du fait dommageable ni à la seule personne du directeur, ni l'étendre à toute trace de ce fait, pas plus que celle de ce qu'il est de nature à engager la responsabilité de l'établissement, et que toute information n'est à ce double égard pas équivalente quelle qu'en soit la forme et quel qu'en soit le destinataire. On pourra sans doute présumer que les événements indésirables suffisamment graves, que les établissements s'attachent à identifier, enregistrer, analyser, afin d'en prévenir la répétition, seront présumés connus de l'établissement dès lors qu'ils auront été identifiés sur le plan médical, mais la conscience de leur caractère de nature à engager la responsabilité de l'établissement en particulier pour faute nécessitera une recherche distincte.

Dans ces conditions, la cour administrative d'appel paraît avoir mis en œuvre une grille d'analyse correcte en relevant, pour caractériser la connaissance d'un fait dommageable, la connaissance de manquements dans la prise en charge du patient ayant eu des conséquences graves sur son état de santé, tout en admettant « *qu'un doute aurait pu être alors nourri quant au caractère fautif de ces manquements* ».

En revanche, au regard du document auquel elle se réfère, le compte rendu d'hospitalisation, pour retenir la connaissance de manquements sur le caractère fautif desquels un doute pouvait encore être nourri, son appréciation étonne beaucoup. L'arrêt

y voit, d'une part, « l'insuffisance de la maîtrise de la situation infectieuse ». C'est exact, mais cette insuffisance de résultat ne fait pas soupçonner en soi un manquement fautif. D'autre part, l'arrêt y trouve aussi des défaillances liées à l'identification des foyers infectieux et le caractère nosocomial de ces derniers. La notion de défaillance relève vaguement de la faute, mais la notion de faute n'est pas étayée par le compte rendu, et le caractère nosocomial de l'infection suffit à engager la responsabilité de l'établissement, sauf pour les dommages les plus graves, dont relève précisément le cas du décès de la victime : c'est alors à l'Oniam de réparer, sauf en cas de faute établie de l'hôpital.

En réalité, le compte rendu d'hospitalisation se borne à caractériser objectivement l'état médical du patient, sans révéler aucunement de conscience, même assortie de doute, d'une ou plusieurs fautes médicales à l'origine de cet état. Aucune autre pièce du dossier n'étaye l'idée d'une connaissance de la faute avant la réalisation d'une expertise ordonnée par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation en mai 2014.

A tout le moins, l'arrêt paraît donner de cette pièce une interprétation qui dépasse de loin sa portée réelle, au prix de la dénaturation des pièces du dossier. Peut-être même cette dénaturation relève-t-elle d'une erreur de droit, par assimilation d'une insuffisance de résultats à un manquement fautif.

Vous devriez donc faire droit au pourvoi en annulant pour ces motifs l'article 4 de l'arrêt attaqué.

L'appel incident de la société AM Trus International Underwriters Ltd. devrait, en revanche, quelle que soit sa recevabilité, qui est contestée, être rejeté. En effet, si le tribunal administratif avait rejeté comme irrecevable l'intervention de la société, qui n'était pas présentée par mémoire distinct, sans l'inviter à régulariser cette intervention, cette pratique est conforme à une jurisprudence sévère et peu argumentée mais bien établie (22 juin 1992, *commune de Rothau*, n°65142, T. 1222, 1223, 1236, ; 12 décembre 2003, *A...*, n° 235234, T. 937). Comme en appel la société invoquait le non-respect par le tribunal d'une règle qui ne s'applique pas, le silence de l'arrêt sur cette règle ne l'entache pas d'irrégularité, même si ce silence n'est pas satisfaisant. Dans son pourvoi incident la société soutient aussi que le mémoire enregistré au greffe de la cour administrative d'appel devait lui-même être regardé comme une intervention, mais elle n'en déduit pas d'irrégularité de l'arrêt. Je ne vois pas dans cette remarque de moyen de cassation.

Le motif de cassation partielle de l'arrêt peut vous conduire à régler l'affaire au fond en renversant la solution retenue par la cour administrative d'appel, et par suite à rejeter les conclusions d'appel en garantie présentées par le centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe.

Vous pourrez mettre à la charge du centre hospitalier le versement à la SHAM d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, en rejetant le surplus des conclusions des parties.

Tel est le sens de mes conclusions.