

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**L'assurance de la responsabilité des médecins et
des hôpitaux.
Entre le marteau et l'enclume**

par
Bernard DUBUISSON

Doc. 96/24

Rapport présenté dans le cadre des journées organisées par
le Centre des Facultés universitaires catholiques pour
le recyclage en droit
(le 21 novembre à Mons,
le 28 novembre 1996 à Bruxelles).
A paraître dans les Actes du colloque.

L'assurance de la responsabilité des médecins et des hôpitaux. Entre le marteau et l'enclume *

1. Dans un récent article consacré à l'assurance des atteintes à l'environnement, nous avons souligné que le besoin d'assurance ressenti par les industries à la suite d'une aggravation sensible des responsabilités se heurtait à une contraction réelle du marché de l'assurance et à une volonté perceptible dans le chef des assureurs, de maîtriser davantage les engagements pris.

La même constatation peut être faite dans le domaine des assurances de la responsabilité des médecins et des hôpitaux ¹. A l'heure où les compagnies renégocient les conditions contractuelles en vue de les rendre conformes aux nouvelles dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, le corps médical se trouve confronté à un double mouvement de hausse des tarifs et de restriction des garanties. Selon certaines études récentes, les primes auraient décuplé en cinq ans pour une couverture de plus en plus réduite ².

Les assureurs, en quête d'oxygène dans leurs tarifs, justifient ces réactions par le déficit technique de la branche et par une volonté d'anticiper une éventuelle dérive des responsabilités à l'américaine ³.

Comme le reconnaissent objectivement J. Rogge et R. Thys dans une récente étude ⁴, les augmentations de primes demandées par les assureurs sont fondées essentiellement sur des résultats comptables. Le déficit technique qui se

* L'auteur remercie Florence Van Hout pour la précieuse collaboration qu'elle lui a apportée en vue de la rédaction de ce travail.

1 Les compagnies établies en Belgique qui pratiquent encore l'assurance R.C. médicale et des hôpitaux se comptent sur les doigts de la main. Plusieurs compagnies se sont retirées du marché. D'autres se contentent d'honorer leurs engagements en cours, mais refusent de souscrire de nouvelles polices.

2 T. VANSWEEVELT, « Recente ontwikkelingen en twistpunten m.b.t. de medische aansprakelijkheidsverzekering », *Rev. Dr. Santé/T. Gez.*, 1995-1996, pp. 197-202.

3 Voy. R. HEYLEN, « De verzekeringscrisis in medische aansprakelijkheid in België : preliminaire cijfergegevens resulterend uit een steekproef met bias », *Rev. Dr. Santé/T. Gez.*, 1995-1996, pp. 170-182.

4 J. ROGGE et R. THYS, « L'assurance R.C. des professions médicales : oxygène s.v.p. ! », *Rev. Dr. Santé/T. Gez.*, 1995-1996, pp. 209-214.

dégage d'un examen de la sinistralité repose en effet sur une comparaison entre d'une part, le volume des primes encaissées annuellement et, d'autre part, les indemnités payées auxquelles on ajoute les réserves constituées annuellement pour couvrir les sinistres déclarés ou survenus mais non encore réglés. Pour obtenir un calcul tout à fait correct des pertes, ces auteurs reconnaissent qu'il faudrait comparer les primes encaissées pendant une année donnée aux indemnités payées pour les risques couverts par les polices en vigueur durant cette même année. Dans ces conditions, un minimum de 16 ans serait nécessaire pour pouvoir évaluer de manière fiable le coût global des sinistres pour une année donnée ⁵.

C'est dire en d'autres termes, que les résultats globalement négatifs de la branche dépendent pour une part des prévisions des assureurs.

2. Comme dans le secteur de l'environnement, ces anticipations ne peuvent évidemment être dissociées de la crise des responsabilités. Les règles actuelles fondées sur la faute ne satisfont plus les victimes qui revendiquent, à tort ou à raison, un véritable droit subjectif à la réparation des lésions corporelles qu'elles ont subies. Les réflexions qui se développent actuellement sur les systèmes alternatifs d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux doivent évidemment être situées dans ce contexte ⁶.

Notre propos n'est toutefois pas ici de traiter de l'opportunité d'éventuelles solutions alternatives, mais d'examiner la réponse que l'assurance offre actuellement aux besoins ressentis par les médecins et les hôpitaux.

Il s'agira plus prosaïquement d'analyser juridiquement les couvertures proposées sur le marché et d'apprécier leur conformité avec les exigences légales issues de la loi du 25 juin 1992. Si cette démarche ne présente guère de difficultés en ce qui concerne la couverture individuelle des médecins, il n'en va pas de même de l'assurance de la responsabilité des hôpitaux. A l'une ou l'autre exception près, ces couvertures ne font pas l'objet de conditions générales. Elles sont confectionnées sur mesure et négociées en conditions particulières.

Sans parler d'une conspiration du silence, les quelques compagnies qui sont encore présentes sur ce marché très spécialisé sont, pour des raisons de confidentialité et de concurrence aisément compréhensibles, très réticentes à faire connaître leurs conditions contractuelles. Néanmoins, par des contacts bilatéraux, nous avons pu recueillir l'un ou l'autre programme d'assurance qui constituent une base d'investigation suffisante.

⁵ J. ROGGE et R. THYS, *op. cit.*, note 4, pp. 210 et 213.

⁶ Voy. à cet égard, l'ouvrage collectif paru récemment : *Responsabilité et accidents médicaux*, Mys & Breesch uitgevers, 1996, 206 pp. et la contribution du professeur FAGNART à ce même recyclage : « Aspects nouveaux de la responsabilité médicale ».

L'analyse juridique des garanties offertes sera effectuée en trois temps. On examinera tout d'abord les différents paramètres permettant de procéder à la délimitation des garanties (section 1). On analysera ensuite les techniques par lesquelles l'assureur parvient à maîtriser ses engagements dans le temps, dans l'espace et en montants (section 2). On poursuivra par l'étude des exclusions, des déchéances et des fautes lourdes permettant de justifier éventuellement un refus de couverture (section 3). On aura compris que les trois subdivisions participent chacune, d'une façon ou d'une autre, à la définition des frontières de la garantie.

En revanche, les questions relatives aux obligations respectives des parties contractantes (déclaration du risque, déclaration du sinistre, direction du procès ...) ne seront pas abordées ici. Ces obligations sont énoncées dans les conditions administratives de la police, elles ne suscitent pas de difficultés propres à la matière. On y fera donc allusion que de manière incidente.

SECTION 1. LA DÉLIMITATION DES GARANTIES

§ 1. Les responsabilités assurées

3. Les responsabilités susceptibles d'être engagées par le médecin ou l'hôpital sont extrêmement variées. Il importe par conséquent d'être extrêmement attentif à la façon dont la police définit le champ des responsabilités et des activités assurées : responsabilités contractuelle ou extra-contractuelle, sans faute ou avec faute, personnelle ou du fait d'autrui, liées à l'exercice d'une profession médicale ou paramédicale, ou résultant de l'exploitation du cabinet ou de l'établissement hospitalier. L'ensemble de ces questions est souvent traité en un ou deux articles qu'on ne lit pas toujours avec l'attention qu'ils méritent.

A. Responsabilité professionnelle - Responsabilité exploitation

4. *Les médecins.* La plupart des polices individuelles consultées couvrent, d'office ou moyennant mention en conditions particulières, par des volets distincts, à la fois le risque professionnel et le risque exploitation.

S'agissant du risque professionnel, elles procèdent le plus souvent à une énumération des dommages censés résulter de l'exercice de la profession médicale ⁷. Cette énumération ne brille pas toujours par sa logique ni par sa cohérence.

⁷ Pour un exemple de clause critiquable, voy. R.O. DALCQ et M.-A. CRIJNS, « Les relations entre assureurs et assurés en droit belge », in *La protection de la partie faible dans les relations contractuelles*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 414.

On y trouve en général :

- les dommages résultant d'erreur, omission, imprudence, fausse manipulation, maladresse, oubli, défaut de prévoyance et de précaution; certaines clauses ne couvrent que les dommages résultant *directement* de l'exercice légal de la profession. Cette référence au caractère direct ou indirect du dommage nous paraît inopportune et peu claire.
- les dommages résultant de l'utilisation d'instruments, de substances et d'appareils défectueux. Certaines polices précisent que cette utilisation doit relever *nécessairement* de l'activité professionnelle assurée, ce qui jette le trouble et apparaît inutilement restrictif. La garantie reste généralement acquise si les dommages ont été causés par un vice propre et la chose, mais le plus souvent, sous la condition que l'assuré ignore ou puisse raisonnablement ignorer ce vice ⁸. Cette restriction, qui fait écho à l'ancien article 18 de la loi du 11 juin 1874 ⁹, est compréhensible, mais elle pourrait être mieux rencontrée par une mention précise dans les clauses relatives à la faute grave ou aux exclusions. L'urgence et l'état de nécessité devraient en tout cas être réservés.
- les dommages dus aux radiations émises lors des soins diagnostiques et thérapeutiques donnés à l'aide d'appareils de rayon X ou comportant des radio-nucléides, nécessaires à l'activité définie en conditions particulières (sur l'agencement entre cette couverture et l'exclusion du risque nucléaire, voy. *infra* n° 70).

L'on trouve ensuite des extensions de garantie relatives aux dommages causés par un confrère remplaçant ou résultant de la mauvaise exécution d'actes posés, pour le compte de l'assuré, par des aides occasionnels (sur les responsabilités du fait d'autrui voy. *infra* n° 15). L'allusion aux aides occasionnels laisse entendre qu'il pourrait exister des aides réguliers rémunérés ou non (stagiaires, médecins en spécialisation, assistants, ...). Sans doute ceux-ci doivent-ils être comptés au nombre des membres du personnel assurés automatiquement par la police globale, mais il est quand même prudent de vérifier si cette présentation n'engendre aucun laissé pour compte (voy. sur la notion d'assuré, *infra* n° 23).

Moyennant mention expresse en conditions particulières ou au titre des conditions générales, les polices individuelles d'assurance R.C. médicale couvrent généralement aussi le risque exploitation. Ce volet de l'assurance garantit la responsabilité civile de l'assuré pour les dommages causés à des clients reçus en clientèle privée ou aux personnes qui les accompagnent, pendant qu'ils se trouvent

⁸ La condition n'est pas toujours clairement formulée; la clause suivante nous paraît ambiguë : « *sont garantis les dommages résultant de l'utilisation de matériel médical, y compris celui dont l'assuré ignorait le vice* ».

⁹ Cet article excluait les sinistres résultant du vice propre de la chose, mais réservait la convention contraire. Voy. M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 35.

dans l'immeuble ou la partie d'immeuble à usage professionnel, depuis leur entrée jusqu'au moment de leur sortie ou, selon une formule alternative, la responsabilité mise à charge de l'assuré pour les dommages causés à des tiers pendant l'exercice de son activité professionnelle assurée et qui ne résultent pas directement d'un acte médical posé par l'assuré. Cette garantie ne couvre généralement que la responsabilité civile extra-contractuelle de l'assuré (voy. à cet égard *infra* n° 11).

5. *Les hôpitaux.* L'objet des assurances de la responsabilité civile des hôpitaux est de couvrir globalement l'ensemble des risques inhérents aux activités de l'hôpital. Toutes les responsabilités susceptibles d'être engagées à cette occasion (R.C. exploitation et R.C. du personnel) sont alors visées dans une seule formule assortie ou non d'une énumération.

Par exemple : « *le contrat couvre la responsabilité civile des assurés, telle qu'elle est définie par le droit en vigueur au moment du sinistre, du fait de l'exercice de toute activité inhérente au fonctionnement d'un hôpital universitaire, lorsqu'ils exercent ou contribuent à exercer l'art de guérir, y compris :*

- *à l'occasion de l'utilisation de tout instrument, appareil et/ou produit de diagnostic, d'analyse et de soin*
- *à l'occasion de la recherche clinique*
- *lors de l'expérimentation sur des être humains, malades ou sains*
- *lors d'expertises ou d'arbitrages*
- *du fait de leur fonction d'enseignement ou d'encadrement didactique ou pédagogique*
- *lors d'un service d'aide médicale urgente*
- *à l'occasion de soins prodigués d'urgence, même si l'assuré ne se trouve pas sous l'autorité du preneur d'assurance*
- *lors de la fourniture de transplants ».*

Une énumération, aussi complète qu'elle soit, ne pourra sans doute jamais couvrir l'extrême diversité des activités d'un hôpital, encore moins s'il s'agit, comme en l'espèce, d'un hôpital universitaire. Qu'en est-il par exemple des responsabilités engagées à l'occasion d'un service de garderie pour les enfants du personnel ou lors de l'accompagnement des malades pendant une activité culturelle organisée à l'extérieur ? Ces activités contribuent-elles à l'exercice de l'art de guérir ? Il paraît en tout cas difficile de tenir l'énumération précitée comme limitative. Dans ces conditions, à défaut d'une extension formelle de garantie, la couverture paraît dépendre de l'analyse du lien qui doit exister selon les termes de la police, entre l'activité concernée et l'exploitation de l'hôpital (voy. à cet égard *infra* n° 7).

Bien entendu, les responsabilités liées à l'exploitation de l'hôpital ne sont couvertes que si elles sont engagées par un assuré. Nous verrons que les médecins indépendants travaillant en milieu hospitalier font souvent l'objet d'une assurance

collective distincte de celle de l'hôpital, mais conclue en leur nom et pour leur compte par l'hôpital lui-même (voy. *infra* n° 26).

6. Outre les garanties classiques du risque professionnel et d'exploitation, les polices d'assurance des médecins et des hôpitaux comportent aussi de nombreuses garanties complémentaires facultatives couvrant tantôt la responsabilité civile de l'assuré en cas de perte, de vol ou de détérioration des objets confiés par les patients, tantôt la responsabilité civile des patients eux-mêmes pendant la durée de leur hospitalisation. Cette dernière garantie doit être souscrite avec prudence, car elle peut faire double emploi avec l'assurance de la responsabilité civile familiale du patient. Auparavant ce risque de cumul était évité par l'insertion d'une clause de subsidiarité, mais on sait que ces clauses sont désormais prohibées par l'article 45 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

Des garanties complémentaires accidents souscrites au profit des patients sont également proposées dans le cadre de la couverture globale de l'hôpital. Cette assurance pour compte, indépendante de la responsabilité de l'hôpital, couvre les frais de traitement médical et les frais consécutifs au décès suite à un accident survenu à un patient soigné dans l'établissement. Les montants garantis sont généralement très limités, ce qui réduit considérablement l'intérêt de cette couverture.

Les garanties responsabilité civile qui doivent obligatoirement souscrire les établissements qui prélèvent, conservent et délivrent des substances thérapeutiques d'origine humaine selon les dispositions de l'arrêté royal du 25 juillet 1968 et de l'arrêté ministériel du 25 octobre 1968, peuvent également être insérées dans la police de l'hôpital au titre d'une extension de garantie ¹⁰.

Toutes les polices consultées comportent aussi une garantie facultative protection juridique dont nous ne parlerons pas ici.

B. Activités assurées

7. *Généralités.* Qu'il s'agisse de l'assurance R.C. des médecins ou des hôpitaux, l'assurance ne couvre les responsabilités définies ci-avant que si celles-ci sont engagées à l'occasion ou dans le cadre des activités assurées. Tout contrat d'assurance de la responsabilité civile circonscrit toujours, d'une manière ou d'une autre, l'activité spécifiquement garantie ¹¹.

¹⁰ Selon l'article 2 de l'arrêté ministériel, l'assurance de la responsabilité civile professionnelle doit garantir l'indemnisation du donneur préjudicié jusqu'à concurrence de cent millions pour les dommages corporels et cinq millions pour les dommages matériels, et ce par sinistre quel que soit le nombre des victimes.

¹¹ Voy. J.-L. FAGNART, « L'étendue de la garantie », in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 30, n° 8; du même

Comme l'indique P.-H. Delvaux, à propos des assurances R.C. exploitation, les polices cherchent généralement à circonscrire leur objet par le moyen d'une ou deux dispositions qui énoncent, un principe de rattachement des responsabilités à l'activité de l'assuré et renvoient pour le surplus à la définition des activités couvertes en conditions particulières ¹². Les assurés et leurs conseils ne sont pas toujours conscients de l'importance de ces définitions.

En ce qui concerne le principe de rattachement, il ne revient pas tout à fait au même de couvrir les dommages causés aux tiers « par le fait » de l'activité décrite ou « à l'occasion » de cette activité. La dernière formule est sensiblement plus large que la première ¹³.

Comme une formulation claire et précise du principe de rattachement paraît difficile, il importe que l'assuré décrive complètement et dans le détail les activités qu'il entend assurer en conditions particulières ou, à tout le moins, qu'il relise personnellement les déclarations qui auraient été faites par son conseil. Toute activité dommageable qui ne correspondrait pas à cette description se situerait irrémédiablement en dehors des limites de la garantie.

8. *La qualification de l'agent.* La plupart des polices d'assurance de la responsabilité civile professionnelle du médecin précisent le rattachement exigé entre la profession exercée et l'acte dommageable par rapport aux qualifications déclarées en conditions particulières.

Une clause rédigée en caractère gras pour attirer l'attention de l'assuré précise par exemple que « *la garantie est limitée ... aux actes posés légalement en tenant compte de la qualification de chacun des assurés* ». Une autre prévoit que seuls les dommages causés dans « *l'exercice légal de la profession de l'assuré conformément à ses qualifications et fonctions déclarées sont couverts* ».

La référence à la légalité des activités exercées par le médecin n'est pas exempte d'ambiguïtés ¹⁴. Elle ne peut évidemment signifier, contrairement à ce que la première formule laisse croire, que seuls les actes qui ne contreviennent à aucune loi ni à aucun règlement sont couverts. La violation d'une norme légale impérative imposant un comportement déterminé à son destinataire est une source importante de la faute civile, et il est de la nature de l'assurance de la responsabilité de couvrir

auteur, « les assurances de responsabilité dans la loi du 25 juin 1992 », in *Questions de droit des assurances*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1996, p. 353.

¹² P.-H. DELVAUX, « Le champ d'application matériel de l'assurance de la responsabilité civile exploitation », *R.G.A.R.*, 1989, n° 11512, p. 2.

¹³ Voy. à cet égard, P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, note 12, n° 5.

¹⁴ Certaines clauses se réfèrent à l'exercice légal et *normal* de l'acte médical. Cette référence à la normalité est à notre avis malheureuse, car loin de contribuer à la clarification de la clause, elle en accentue encore l'obscurité.

de telles fautes. Une interprétation plus raisonnable conduit à comprendre la clause comme une référence à la législation relative à l'exercice de l'art de guérir ¹⁵ et plus spécialement, aux qualifications exigées pour exécuter tel ou tel acte ou traitement médical.

Il est certainement légitime que l'assureur subordonne la garantie à la condition que l'assuré soit légalement habilité à effectuer la prestation dommageable. On notera cependant que cette clause menace les titulaires de professions paramédicales qui recourent habituellement aux médecines dites parallèles (acupuncture, mésothérapie, chiropraxie, ostéopathie ...), tout au moins lorsque ces pratiques impliquent un examen de santé, l'établissement d'un diagnostic et l'instauration d'une thérapie.

La clarté de cette exclusion indirecte de garantie pâtit à n'en pas douter du flou juridique qui caractérise le statut des professions paramédicales ¹⁶. On observera en effet qu'à l'exception des praticiens de l'art infirmier et des kinésithérapeutes, aucune réglementation n'a déterminé les qualifications et titres professionnels que requiert l'accomplissement des actes techniques dont l'auxiliaire médical assume la responsabilité, ni n'a établi la limite entre les prestations techniques et les actes médicaux confiés que pourrait exercer un paramédical ¹⁷.

La loi n'a pas non plus réparti les compétences respectives des médecins en fonction de leur formation (généralistes et spécialistes). Le Code de déontologie sanctionne, quant à lui, le médecin qui outrepasserait sa compétence ou qui n'agirait pas en fonction des limites de ses connaissances et possibilités (art. 36 et 141) ¹⁸. La méconnaissance de ces règles déontologiques ne suffit toutefois pas à justifier un refus d'intervention sur la base de la clause commentée qui ne se réfère formellement qu'à la qualification légale du praticien. Il faut néanmoins vérifier si cet effet ne pourrait pas être obtenu sur la base d'une clause excluant les manquements à la déontologie (voy. à cet égard *infra* n° 73).

9. *La nomenclature des soins de santé.* Faut-il comprendre parmi les causes justifiant un refus d'intervention, la violation des règles sociales établissant la nomenclature des prestations de santé en matière d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité ? Cette question a été clairement résolue par le juge de paix de Saint-Nicolas.

¹⁵ Voy. l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'art de guérir tel que modifié par la loi du 6 avril 1995.

¹⁶ Voy. à ce sujet l'arrêté ministériel du 12 août 1988 qui désigne comme professions paramédicales les pratiques relevant de seize techniques différentes.

¹⁷ Pour plus de détails à ce sujet, voy. C. HENNAU-HUBLET, « La responsabilité pénale du médecin, Les frontières juridiques de l'activité médicale », Ed. Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 76, n° 5 et ss. On signalera cependant que le Moniteur du 4 septembre 1996 publie l'arrêté royal du 8 juillet 1996 relatif au titre professionnel et aux conditions requises par la pratique de l'ergothérapie.

¹⁸ Voy. C. HENNAU-HUBLET, *op. cit.*, note 17, p. 77, n° 6.

Se basant sur une clause du type de celle commentée, une compagnie d'assurance opposait un refus d'intervention à un kinésithérapeute pour violation de la réglementation établissant la nomenclature des prestations de santé. Celle-ci prévoyait en effet que pour être remboursables, les prestations d'électrothérapie ne pouvaient être effectuées que sous la surveillance d'un médecin spécialiste présent dans le bâtiment où sont appliqués les traitements, ce qui n'était pas le cas en l'espèce et n'était au demeurant pas contesté.

Le juge de paix du canton de Saint-Nicolas a considéré à juste titre que la compagnie ne pouvait tirer parti de la violation d'une réglementation qui a pour seul objet d'énoncer les prestations effectuées par les kinésithérapeutes donnant lieu à l'intervention financière de l'INAMI, pour fonder son refus d'intervention¹⁹. La réglementation en question était en effet sans rapport avec l'arrêté royal relatif à l'art de guérir. La solution aurait sans doute été différente si les prestations techniques effectuées par les kinésithérapeutes visées par l'article 22, 1^o de cet arrêté royal avaient été réglementées à ce moment là, conformément à la procédure prévue par l'arrêté royal en question.

10. L'assuré sera aussi très attentif au fait que la garantie ne lui est accordée que dans le cadre des activités et spécialités déclarées en conditions particulières et non pour l'ensemble des actes médicaux que le médecin pourrait légalement effectuer en fonction des compétences qu'il a acquises. Dans un arrêt rendu le 24 novembre 1995²⁰, la Cour d'appel de Paris a estimé, par exemple, qu'une compagnie d'assurance était en droit de refuser sa garantie à un médecin qui avait pratiqué légalement une interruption volontaire de grossesse dans une clinique, alors qu'en conditions particulières, il avait déclaré qu'il exerçait la profession d'oto-rhino-laryngologiste et qu'il accomplissait des actes de chirurgie plastique et de chirurgie esthétique. Les conditions générales et particulières ont été considérées par la Cour comme claires et sans équivoques : « même si le diplôme permet au médecin de pratiquer, en toute légalité, tous les actes de la médecine, il est libre de limiter, dans le contrat d'assurance qu'il a souscrit, la garantie de sa responsabilité professionnelle à des actes déterminés ».

D'où l'on voit que des actes médicaux accomplis en toute légalité peuvent être implicitement exclus de la garantie. Il est donc primordial de procéder à une définition aussi exhaustive que possible de l'ensemble des activités exercées ou de négocier au préalable un avenant à la couverture en cas d'extension d'activités.

Dans l'espèce citée, le médecin eut la présence d'esprit de faire intervenir également l'assurance collective de la clinique dans laquelle il avait opéré. Cette garantie ne comportait aucune restriction quant aux activités couvertes et se limitait à

¹⁹ J.P. Saint-Nicolas, 8 mai 1991, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11889, obs. R.O. DALCQ.

²⁰ Paris, 24 novembre 1995, *Gaz. Pal.*, 20-21 mars 1996, p. 31.

exiger que l'activité soit légalement exercée. La Cour d'appel estima que comme l'acte accompli par l'assuré n'était pas illégal et ne rentrait pas dans la définition des exclusions, la compagnie couvrant l'hôpital devait garantir la victime.

Nous retrouverons les problèmes évoqués ci-dessus en abordant l'examen des clauses d'exclusion qui précisent ou répètent souvent les exigences liées au respect des règles légales ou déontologiques (voy. *infra* n° 71).

C. Responsabilité civile contractuelle ou extra-contractuelle

11. La définition des responsabilités couvertes fait l'objet de clauses diverses qui ne témoignent pas toujours d'une parfaite maîtrise des distinctions, il est vrai subtiles, entre les différents ordres de responsabilités. On épinglera parmi d'autres, celle qui indique que la compagnie garantit « la responsabilité civile extra-contractuelle et professionnelle des médecins indépendants ».

Si la plupart des polices de la responsabilité professionnelle couvrent à la fois la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle, on en trouve encore qui n'entendent couvrir que la responsabilité civile extra-contractuelle. Pour ce qui relève de la garantie exploitation, la couverture de la seule responsabilité extra-contractuelle reste très répandue ²¹.

L'exclusion de la responsabilité contractuelle dans les polices des entreprises s'explique sans doute par le souci légitime de l'assureur de ne pas couvrir les dommages purement contractuels qui résultent de la mauvaise exécution ou d'une exécution tardive d'une prestation découlant du contrat (erreur ou retard de livraison ...). Il reste que pour ce qui relève des soins médicaux et hospitaliers, l'exclusion paraît inopportune car la mauvaise exécution des prestations se solde le plus souvent par des lésions corporelles. S'agissant de faits qualifiables pénalement, la distinction perd toute pertinence, puisque la faute contractuelle constitue aussi une faute quasi-délictuelle.

12. Même dans ces conditions, l'exclusion de la responsabilité contractuelle demeure dangereuse, car il est fréquent que la responsabilité du médecin ou de l'hôpital soit engagée sur la base d'un contrat exprès ou tacite. Si la victime décide d'engager la responsabilité de l'auteur sur la base de ce contrat, l'assuré dont la police ne couvre que la responsabilité extra-contractuelle pourrait se heurter à des difficultés inattendues. Un arrêt récent de la Cour d'appel d'Anvers, au demeurant très critiquable, en atteste ²².

²¹ Sur cette précision traditionnelle et les difficultés qu'elle suscite dans les assurances R.C. exploitation, voy. P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, note 12, n° 8 à 13.

²² Anvers, 1er mars 1995, *Rev. Dr. Santé/T. Gez.*, 1995-1996, p. 221, noot N. JEGER.

Il s'agissait en l'espèce d'un médecin qui avait oublié un tampon dans la poitrine d'une patiente, à la suite d'une intervention chirurgicale. La victime ayant engagé la responsabilité contractuelle du chirurgien, la Cour a considéré que son assureur était légitimement en droit de lui refuser sa couverture, puisque celle-ci ne visait que la responsabilité extra-contractuelle.

Comme le fait justement remarquer l'annotateur, l'arrêt est doublement contestable. Il y avait lieu de vérifier tout d'abord si cette faute contractuelle ne constituait pas aussi la violation d'un devoir général de prudence s'imposant à tous, c'est-à-dire une faute quasi-délictuelle couverte par le contrat. Une réponse affirmative s'imposait. La Cour de cassation considère en effet que lorsque la faute contractuelle commise constitue en même temps une infraction pénale (coups et blessures involontaires), l'action en responsabilité extra-contractuelle reste ouverte, la victime pouvant ainsi opter à son choix entre l'un ou l'autre fondement ²³.

Comme la responsabilité engagée par le médecin était à la fois contractuelle et extra-contractuelle, la garantie était donc due, celle-ci ne pouvant en aucun cas dépendre du choix effectué par la victime.

L'argument selon lequel la victime n'était pas un tiers au sens de la police n'était pas davantage pertinent, car le patient, partie au contrat médical, était bien entendu tiers par rapport au contrat d'assurance. C'est en effet par rapport au contrat d'assurance et non par rapport au contrat médical qu'il convient d'entendre la notion de tiers définie en conditions générales (voy. *infra* n° 31).

13. Afin d'éviter les controverses liées à l'application toujours délicate des règles du cumul des responsabilités, il serait souhaitable d'abandonner toute distinction entre les deux ordres de responsabilités dans les polices des médecins et des hôpitaux, quitte à exclure par des clauses particulières, certaines catégories de dommages purement contractuels (voy. *infra* n° 32). Cette distinction est à ce point inopportune que l'on doit se demander en cas de refus de couverture, si la responsabilité du courtier ne pourrait pas être engagée par son client à raison d'une faute professionnelle. Cette responsabilité a aussi été écartée par la Cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt précité, au motif que le courtier n'avait pas induit le médecin-assuré en erreur. C'est faire peu de cas, nous semble-t-il, de l'obligation de conseil qui pèse sur le courtier, comme sur tout autre professionnel. En tant que professionnel de l'assurance, le courtier n'a pas seulement le devoir de s'abstenir de fournir des informations erronées, il a aussi l'obligation d'informer positivement son client sur les aspects essentiels de la couverture.

14. L'opposition entre les deux ordres de responsabilités mérite d'autant plus d'être abandonnée que certaines responsabilités nouvelles transcendent cette

²³ Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 216; *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note R.O. DALCQ

distinction pour ne plus s'attacher qu'à la nature des dommages réparables. Il en va ainsi notamment de la responsabilité du fait des produits défectueux telle qu'elle résulte de la loi du 25 février 1991. Cette responsabilité serait-elle couverte par une police d'assurance qui ne ferait allusion qu'à la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle de l'hôpital ?

Pour éviter ces incertitudes, il serait somme toute préférable de se contenter d'une référence à la « responsabilité civile » sans autre précision. La référence a elle-même été jugée ambiguë ²⁴, mais elle a le mérite de distinguer clairement les responsabilités couvertes par le contrat, de la responsabilité pénale et disciplinaire qui ne peuvent faire l'objet d'une couverture d'assurance.

La meilleure formule nous paraît être la suivante : « *Le présent contrat couvre la responsabilité civile des assurés, sur la base de toutes les dispositions légales des droits belges et étrangers en vigueur au moment du sinistre* ».

D. Responsabilités pour faute ou sans faute - du fait personnel ou du fait d'autrui

15. *Responsabilités sans faute.* Si la description des responsabilités couvertes pouvait se satisfaire jusqu'il y a peu d'une référence limitative aux articles 1382 à 1386 bis du Code civil ²⁵, la multiplication des textes légaux instaurant des responsabilités particulières dissociées de la faute, conduit désormais à déconseiller toute référence explicite au Code civil ²⁶.

Outre que l'allusion aux articles 1382 à 1386 bis du Code civil limite implicitement la couverture à la responsabilité quasi-délictuelle (voy. *supra* n° 11), elle conduit aussi à écarter les responsabilités fondées sur des textes spécifiques existant ou à venir. Le procédé est évidemment très dangereux pour les hôpitaux dont les activités peuvent être la source de responsabilités variées (produits défectueux, atteintes à l'environnement liées au stockage de déchets, conservation et délivrance de substances thérapeutiques, émissions radioactives, ...).

Certaines de ces responsabilités font d'ailleurs l'objet d'une obligation d'assurance. Il en va ainsi de la responsabilité civile objective découlant de la loi du 30 juillet 1979 et de ses arrêtés d'exécution relatifs à la prévention des incendies et des explosions dans les établissements habituellement accessibles au public. Cette responsabilité objective est généralement exclue des polices d'assurance souscrites

24 M. FONTAINE, « L'assurance de la responsabilité civile professionnelle des professions juridiques et médicales », in *Responsabilité et réparation des dommages*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1983, pp. 297-325.

25 Certaines polices continuent malheureusement à utiliser ce procédé dangereux pour l'assuré : « *la compagnie garantit les répartitions civiles auxquelles l'assuré pourrait être tenu en vertu des articles 1382 à 1386 bis du Code civil* ».

26 Voy. dans le même sens R.O. DALCQ et M.-A. CRIJNS, *op. cit.*, note 7, p. 414.

par les hôpitaux, mais elle est peut-être couverte au titre d'une garantie facultative indépendante des garanties principales.

Quoi qu'il en soit, afin d'éviter toute surprise, il convient d'interroger l'assureur sur la couverture effective de ces responsabilités particulières au regard de la clause qui définit les responsabilités assurées.

16. *Responsabilités du fait d'autrui.* L'exercice collectif des activités médicales, paramédicales et hospitalières impose évidemment la couverture des responsabilités que les assurés pourraient engager par le fait des personnes dont ils doivent répondre, en leur qualité de personne morale, de commettant ou d'instituteur (s'il s'agit d'hôpitaux universitaires).

Nous ne nous hasarderons pas ici à dénouer l'écheveau des relations complexes qui peuvent exister entre un hôpital et son personnel. Au regard des règles de la responsabilité civile, on sait que l'existence d'un lien de subordination résulte le plus souvent d'une question de fait. Qu'il nous suffise de dire ici que le libellé des clauses contractuelles est suffisamment large pour englober la responsabilité du ou des assurés tant du fait personnel que du fait d'autrui.

De plus, les polices d'assurance de la responsabilité civile des médecins prennent soin de préciser que les garanties restent acquises à l'assuré à l'occasion des dommages causés aux tiers durant son remplacement par un confrère en conformité avec les dispositions légales, pour cause de congé, absence ou maladie ²⁷. Il en va de même des dommages survenus lors de l'accomplissement d'actes exécutés pour son compte par des aides occasionnels qui ne sont pas à son service.

17. Dans toutes les hypothèses où la responsabilité du fait d'autrui est effectivement couverte, il faut cependant s'interroger sur la couverture de la responsabilité personnelle des personnes dont l'assuré doit répondre. Ces personnes ont-elles, elles-mêmes, la qualité d'assuré ? Les polices divergent à cet égard. Certaines indiquent expressément que la responsabilité civile personnelle du confrère remplaçant ou de l'aide occasionnel n'est pas couverte, d'autres acceptent de couvrir cette responsabilité au titre d'une garantie facultative.

Celle-ci ne présente pas d'utilité si le médecin remplaçant dispose d'une assurance personnelle, mais il n'en est pas forcément ainsi des aides occasionnels. Certaines polices ne couvrent la responsabilité personnelle du remplaçant ou de l'aide qu'à titre subsidiaire. Ces clauses de subsidiarité ne sont plus de mise à

²⁷ Certaines polices prévoient que le confrère substitué doit être titulaire d'un diplôme équivalent à celui de son remplaçant. D'autres se contentent de rappeler que l'acte doit avoir été accompli dans l'exercice des fonctions médicales ou paramédicales.

l'heure actuelle de sorte que la victime peut s'adresser à chacun des assureurs dans les limites de sa garantie (art. 45 de la loi du 25 juin 1992).

Les polices d'assurance de la responsabilité des hôpitaux ne s'embarrassent pas de ces précisions et élargissent généralement le cercle des assurés à tous les préposés même occasionnels de l'hôpital (sur la notion d'assuré voy. *infra* n° 23).

18. *Responsabilités découlant d'une loi étrangère ou nouvelle.* Lorsque la situation dommageable comporte un élément d'extranéité, les règles de conflit applicables en la matière par le for saisi du litige peuvent aboutir à la désignation d'un droit étranger. C'est pourquoi, les polices précisent qu'elles couvrent aussi les responsabilités résultant de « dispositions équivalentes de droits étrangers ». Cette équivalence entre normes résultant de systèmes juridiques différents ne sera vraisemblablement pas toujours aisée à établir. Équivalence ne signifie certainement pas identité. On ne pourra cependant pas parler d'équivalence s'il existe dans l'ordre juridique du pays désigné une loi instituant un système de responsabilité objective inconnu en Belgique (produits pharmaceutiques ...).

Les normes régissant la responsabilité civile médicale ou hospitalière varient non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps. Afin de se prémunir des conséquences d'une responsabilité nouvelle, certaines polices ouvrent à la compagnie un droit de résiliation du contrat en cas d'apparition d'un texte nouveau adopté après la prise d'effet des garanties. D'autres, plus favorables, se réfèrent à la responsabilité civile telle qu'elle résulte des textes en vigueur au moment du sinistre.

E. Responsabilité liées à la survenance d'un accident

19. Certaines polices continuent à subordonner la garantie à la survenance d'un accident. Si la référence à la notion d'accident reste heureusement isolée dans le cadre de la couverture de la R.C. professionnelle et de la R.C. exploitation, elle réapparaît systématiquement dans les garanties particulières couvrant les dommages consécutifs à la pollution ²⁸.

L'accident est généralement défini comme un événement soudain, et qui est involontaire et imprévu dans le chef du preneur d'assurance, de ses organes ou préposés dirigeants. La garantie pollution insérée dans un contrat couvrant un hôpital définit la pollution accidentelle, comme une « *pollution imprévisible pour vous, qui survient alors que toutes les précautions réglementaires ont été prises et*

²⁸ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 591.

qui est due à un événement soudain qui provoque une diffusion anormale et involontaire d'éléments toxiques ou nocifs »²⁹.

Nous avons tenté de démontrer dans un précédent article le caractère obscur et peu précis de la clause qui définit la notion d'accident³⁰. Nous n'en reprendrons ici que les conclusions.

Les reproches qu'on peut lui adresser sont multiples. Les clauses contractuelles précisent tout d'abord rarement si l'exigence de soudaineté doit être rapportée à l'origine du dommage ou à sa manifestation. Ensuite, la référence au caractère involontaire et imprévisible de l'événement ne permet pas de délimiter clairement l'étendue de la garantie accordée à l'assuré. Si la prévisibilité du dommage est bien un élément constitutif de la faute civile, une assurance de responsabilité qui ne couvrirait que le dommage imprévisible n'aurait guère de portée.

L'exigence d'imprévisibilité semble indiquer de façon plus raisonnable, que l'événement dommageable doit être indépendant de la volonté consciente et délibérée de l'assuré ou, en d'autres termes, que cet événement ne peut être le résultat d'un comportement volontaire de sa part. L'on rejoint donc ici le concept de faute lourde dont l'exclusion est désormais soumise à des conditions précises (art. 8 de la loi du 25 juin 1992).

La même exigence aboutit également à écarter implicitement de la garantie tous les dommages consécutifs à un manque d'entretien, à la défectuosité ou à l'usure des installations, et plus encore tous les dommages que l'assuré était en mesure d'empêcher et dont il pouvait soit prévenir, soit arrêter les conséquences. Toute méconnaissance d'une obligation de prévention non autrement précisée peut être ainsi sanctionnée par un refus de couverture, en dépit des nouvelles conditions légales prévues par les articles 11, 20 et 21 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

La définition de l'accident conditionne, en outre, implicitement ou explicitement, l'intervention de l'assureur au respect de l'intégralité de la réglementation relative à l'environnement sans autre précision. Or, on ne peut manquer d'observer que la couverture des conséquences d'une faute de l'assuré, conçue comme un manquement à une norme légale impérative, n'est nullement incompatible avec l'existence d'un aléa assurable.

²⁹ L'abandon de la notion d'accident est parfois liée au paiement d'une surprime. Cette surprime nous paraît difficilement justifiable, car elle ne correspond pas à une extension de garantie. Les implications de la notion d'accident sont en effet fréquemment reproduites dans des clauses d'exclusion, de faute lourde ou de déchéance.

³⁰ B. DUBUISSON, « Les assurances des atteintes à l'environnement : réalités et perspectives d'avenir », *Bull. Ass.*, 1996, p. 383, n° 9 à 21.

L'usage de la notion d'accident conduit enfin à un renversement critiquable de la charge de la preuve. En effet, alors que la réalité des causes de déchéance et de faute lourde doit nommément être établie par l'assureur comme exception à la couverture, la charge de la preuve du caractère accidentel de l'événement dommageable, en tant que condition de la garantie, repose traditionnellement sur l'assuré (voy. à cet égard *infra* n° 53).

20. La clause qui subordonne la garantie à la survenance d'un accident ne nous paraît donc pas répondre au prescrit de l'article 14 de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance. Celui-ci prévoit que les conditions des contrats doivent être rédigées en termes clairs et précis. Elles ne peuvent contenir aucune clause de nature à porter atteinte à l'équivalence entre les engagements de l'assureur et du preneur.

L'article 14 n'est assorti explicitement d'aucune sanction civile. La seule sanction civile prévue par la réglementation résulte de l'article 19 bis de la loi de contrôle des entreprises d'assurances, qui prévoit que « toutes clauses et tous accords qui ne sont pas conformes aux dispositions de la présente loi ou des arrêtés et règlements pris pour son exécution sont censés avoir été établis dès la conclusion du contrat en conformité avec ces dispositions ». Cette sanction curieuse remplace la nullité qui était prévue par l'ancien article 19, § 2 et qui a été jugée inefficace ³¹.

Si l'on devait appliquer à la lettre le nouvel article 19 bis, cela signifierait qu'une clause peu claire, imprécise ou déséquilibrée devrait être considérée dès la conclusion du contrat, comme claire, précise et équilibrée, ce qui n'a pas de sens, sauf à attribuer au juge le pouvoir de modifier le contenu des clauses du contrat ³². Il serait donc préférable de revenir à la sanction de nullité. Selon nous, cette sanction se déduit naturellement de la violation d'un texte impératif visant à protéger les intérêts des assurés, sans qu'une mention précise soit nécessaire pour la prononcer.

³¹ Pour un examen détaillé des quelques décisions qui ont annulé des clauses peu claires ou imprécises sur la base de l'ancien article 19 bis, voy. H. DE RODE, « Les clauses d'exclusion et de faute lourde », in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 115, n° 42 et ss.; H. DE RODE, « Les actions fondées sur la répétition de l'indu et l'enrichissement sans cause », in *Questions de droit des assurances* (vol. II), Ed. Jeune Barreau de Liège, 1996, p. 429.

³² Voy. H. DE RODE, *op. cit.*, note 31, p. 115 et p. 429; PH. COLLE, « La protection du consommateur d'assurance : loi impérative et clauses abusives », in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 11; G. STRAETMANS, « De nieuwe wet op de landsverzekeringsovereenkomsten en de bescherming van de consument », *Dr. cons.*, 1992-1993, pp. 14-18; F. GRIFNÉE, « Assurances terrestres et clauses abusives », *Bull. Ass.*, 1994, pp. 487-499; E. DIRIX, « Bezwarende bedingen en verzekeringscontract », in *Liber Amicorum P. De Vroede*, I, 1994, pp. 693-698.

21. La loi sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur du 14 juillet 1991 pourrait-elle être invoquée dans le même but ? On sait que l'article 31 de cette loi tient pour abusive toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties et que l'article 33 déclare que ces clauses sont annulables. La sanction ne pourrait cependant être appliquée dans notre cas, que si l'on pouvait considérer que les médecins et les hôpitaux sont des consommateurs au sens de la loi sur les pratiques du commerce, lorsqu'ils souscrivent un contrat d'assurance.

Ceci paraît peu vraisemblable si l'on entend par services aux consommateurs, toute prestation qui constitue un acte de commerce fournie à une personne physique ou morale excluant tout caractère professionnel (art. 1.2 et 1.7 de la loi)³³. *De lege ferenda*, certains auteurs estiment cependant qu'il faudrait reconnaître la qualité de consommateur au commerçant ou au professionnel qui se fournit en services directement utiles à l'exercice de sa profession sans qu'il entende en poursuivre la transformation ou la distribution ou en prolonger la prestation dans le cadre de son entreprise³⁴. La professionnel agirait donc comme consommateur lorsqu'il acquiert ou utilise des produits ou services en dehors de ce qui fait l'objet de sa profession et de sa spécialité³⁵.

§ 2. Les personnes assurées et les tiers

22. Dans les assurances de la responsabilité civile, l'assuré est la personne dont la responsabilité est garantie par le contrat. Le tiers est celui qui a subi le dommage et qui peut prétendre à la garantie.

A. Les assurés

23. Par souci de rationalisation et d'efficacité, les polices élargissent le cercle des assurés à l'ensemble des intervenants, médecins ou non médecins, qui participent d'une manière ou d'une autre à l'activité du cabinet ou de l'hôpital. C'est la raison pour laquelle il y a lieu de lire attentivement la clause qui définit la notion d'assuré, car seule la responsabilité (personnelle ou du fait d'autrui) des personnes

³³ Voy. PH. COLLE, *op. cit.*, note 32, p. 13, n° 27.

³⁴ Voy. T. BOURGOIGNIE, Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs, *Administration de la politique commerciale*, septembre 1995, p. 23. Le commentaire de l'art. 1er cite précisément le cas de la conclusion de contrats d'assurance.

³⁵ Voy. en ce sens J.-L. FAGNART, « Concurrence et consommation. Convergence ou divergence », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 28. Selon J.-L. FAGNART, ce qui distingue le consommateur du professionnel, ce n'est pas la finalité de l'acte d'acquisition; le véritable critère serait celui du savoir.

morales ou physiques qui figurent dans cette énumération est couverte par le contrat.

1. ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES MÉDECINS

24. Certaines polices individuelles se contentent de définir l'assuré comme toute personne physique ou morale dont la responsabilité civile est couverte par le contrat en laissant aux conditions particulières le soin d'énumérer les personnes qui ont la qualité d'assuré. D'autres procèdent à une première énumération en conditions générales, celle-ci pouvant être complétée en conditions particulières. Sont généralement considérés comme assurés, le preneur d'assurance, ses associés, les gérants, administrateurs et préposés dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les stagiaires et collaborateurs dans l'exercice de leurs fonctions au service du preneur d'assurance.

La précision selon laquelle le stagiaire, le préposé, le collaborateur ou l'administrateur doivent être dans l'exercice de leur fonction au moment du fait dommageable n'écarte pas nécessairement la garantie en cas d'abus de fonction. Au regard du contrat d'assurance, il suffit que la condition de rattachement que nous avons commentée soit satisfaite, c'est-à-dire que l'acte ait été accompli à l'occasion des fonctions (voy. *supra* n° 7). Savoir si la responsabilité du commettant reste engagée dans ce cas, relève du droit de la responsabilité civile et non de la garantie d'assurance. Celle-ci reste acquise au commettant ainsi qu'à son préposé d'ailleurs, à moins d'une faute lourde ou d'une cause d'exclusion de la garantie prévue au contrat (voy. *infra* n° 50 et ss.).

La responsabilité qu'un assuré engage par le fait de personnes dont il doit répondre (stagiaires, aides occasionnels, médecins remplaçants, ...) est en principe couverte. La responsabilité personnelle de ceux-ci ne l'est pas nécessairement. Si les aides réguliers et les stagiaires figurent au nombre des assurés, ce n'est généralement pas le cas des aides occasionnels et des médecins remplaçants (voy. *supra* n° 17).

2. ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES HÔPITAUX

a) L'établissement hospitalier et son personnel

25. La définition de la notion d'assuré doit évidemment reposer sur une analyse approfondie de l'organigramme de l'hôpital à assurer. Les clauses contractuelles sont très variables à cet égard, encore que le souci constant soit de couvrir tous ceux dont la responsabilité pourrait être mise en cause à l'occasion des activités exercées par l'hôpital.

Outre l'établissement hospitalier, en tant que personne morale, les clauses consultées comptent parmi les assurés, les organes de direction, de gestion, d'administration et de contrôle de l'hôpital. Entrent probablement sous cette dénomination, les administrateurs, les commissaires, les membres de l'assemblée générale, le directeur de la clinique, le médecin en chef et les médecins chefs de service.

Le personnel de l'institution, généralement visé sans autre précision, fait évidemment partie de la catégorie des assurés. On doit vraisemblablement entendre par là, l'ensemble du personnel médical, paramédical, infirmier, technique et ouvrier pourvu qu'ils exercent leurs activités dans un lien de subordination à l'égard de l'hôpital ³⁶. Lorsque la clause désigne expressément le personnel médical, elle ne vise sans doute que les médecins salariés ou sous statut dont l'hôpital est l'employeur. Parfois cependant, les médecins salariés sont exclus de la garantie R.C. de l'hôpital, pour être inclus dans la police collective couvrant les médecins hospitaliers (voy. *infra* n° 26).

Il est bon de viser également les stagiaires et les aides non rémunérés. Si l'hôpital accueille des infirmières en formation, il y a lieu de vérifier si cette activité n'est pas déjà couverte par l'assurance scolaire souscrite par l'école. Avant de conclure à l'inutilité de la garantie souscrite par l'hôpital, il convient d'examiner les conditions de cette couverture, car il n'est pas certain que les montants assurés soient suffisants.

Certaines clauses attribuent aussi la qualité d'assuré à toute personne, non-membre du personnel, autorisée par l'hôpital à fournir des prestations (objecteurs de conscience, personnes exerçant une fonction spirituelle, culturelle ou sociale).

b) Les médecins de l'hôpital

26. *Couverture.* La situation des médecins travaillant dans l'hôpital est nettement plus complexe que celle du personnel, car les fonctions qu'ils occupent au sein de l'hôpital sont extrêmement variées :

- le médecin en chef est responsable du fonctionnement d'un département médical; il peut être aidé par un ou plusieurs adjoints.
- le médecin chef de service a la direction médicale d'un service ou d'une partie du département médical désigné comme service. Lui aussi peut être aidé par un ou plusieurs adjoints.

³⁶ Sur les indices de subordination du médecin à l'égard de l'hôpital, voy. récemment R. VAN GOETHEM, « Een eigen aansprakelijkheidsverzekering voor de anesthesist - bediende », *Rev. Dr. Santé*, 1995-1996, pp. 190-196. L'existence d'un lien de subordination est avant tout une question de fait. Si l'existence d'une assurance souscrite par l'hôpital couvrant le personnel médical ne constitue pas un indice de subordination déterminant, à l'inverse l'existence d'un lien de subordination peut avoir une incidence importante sur les modalités de la couverture.

- le médecin spécialiste est le médecin qui a terminé sa formation et qui s'est spécialisé dans l'un ou l'autre branche.
- le médecin assistant est un médecin spécialiste ou omnipraticien en formation qui travaille dans un service de stage reconnu, sous la direction d'un maître de stage, en vue d'acquérir une spécialisation.
- le médecin stagiaire est un étudiant en médecine en cours de formation.
- on assimile enfin aux médecins d'hôpital, les praticiens de la chirurgie dentaire, les pharmaciens et licenciés en sciences chimiques, autorisés à effectuer des analyses de biologie clinique.

Les formules de couverture proposées par les compagnies et les tarifications pratiquées sont à ce point variables qu'il n'est pas possible ici d'en faire un commentaire exhaustif. Les médecins assistants candidats spécialistes qui présentent un risque aggravé peuvent par exemple faire l'objet d'un contrat séparé.

Sous cette réserve, la pratique se répand actuellement de proposer à tous les médecins hospitaliers de se grouper afin de s'affilier à une police collective souscrite en leur nom et pour leur compte par l'hôpital lui-même. Vu la hausse des primes, ces médecins ont manifestement intérêt à s'affilier à la police collective plutôt que de souscrire une police individuelle. La compensation des risques à l'intérieur de la collectivité assurée et la compression des frais d'administration et de gestion permettent en effet une tarification plus avantageuse. On a cru aussi que ce type de couverture permettrait d'économiser les frais de défense élevés suscités par l'intervention de plusieurs assureurs couvrant chacun un co-responsable. On s'est aperçu cependant que les co-responsables impliqués dans un accident cherchaient avant tout à préserver leurs propres intérêts et leur propre réputation, quitte à rejeter la faute sur un autre assuré, de sorte que chacun d'entre eux est le plus souvent assisté par un conseil distinct.

27. *Affiliation* Les modalités de l'affiliation à la police collective varient selon les compagnies. Le plus souvent, l'assureur conditionne la couverture à l'affiliation d'un pourcentage minimal de médecins travaillant dans l'hôpital (75 % par exemple). L'affiliation est souvent subordonnée à la fourniture de statistiques individuelles concernant la sinistralité propre à chaque médecin, la compagnie se réservant le droit d'écarter certains d'entre eux de la couverture. Plus rares sont les couvertures qui fonctionnent selon un principe de solidarité et se dispensent d'un examen individuel.

Souvent la compagnie n'accepte de fournir cette couverture collective que si l'hôpital a lui-même assuré sa responsabilité auprès d'elle. Parfois même, la couverture en question n'est proposée que si toutes les autres assurances sont également souscrites auprès du même assureur (incendie, explosion, ...). Si la première exigence paraît techniquement et objectivement justifiable, puisqu'il est rare que la responsabilité d'un membre du staff médical soit engagée indépendamment de celle de l'hôpital, la seconde pose une question de

compatibilité, sinon avec l'interdiction des offres conjointes (l'hôpital pouvant difficilement être assimilé à un consommateur), au moins avec les usages honnêtes en matière commerciale (art. 93) ³⁷.

Le groupement dans une seule et même police collective, de l'ensemble des médecins pratiquant dans l'hôpital, fournit à la direction la garantie que chacun des médecins dispose d'une couverture dont les conditions sont harmonisées. La direction pourrait-elle obliger les médecins à s'affilier à cette police par une clause insérée dans le contrat qui les lie à l'hôpital (contrat de travail ou contrat d'entreprise) ? Rien ne s'y oppose apparemment pour autant que cette obligation soit prévue dès l'entrée du médecin au service de l'hôpital ³⁸. Une technique similaire est fréquemment appliquée dans le grand public lorsque l'octroi d'un prêt hypothécaire est subordonné à la souscription d'une assurance-vie. En revanche, il semble difficile d'imposer la même obligation aux médecins qui sont déjà au service de l'hôpital lors de l'entrée en vigueur de la police. Cette obligation nouvelle implique une modification du contrat initialement souscrit. Elle ne peut donc s'imposer que moyennant le consentement du médecin ³⁹.

Au moment où la clinique se rallie au programme, de nombreux médecins seront encore couverts par une police individuelle en cours. L'adhésion de ces médecins se fera dès lors progressivement, au fur et à mesure de l'échéance des polices individuelles.

28. Au-delà des modalités d'affiliation, les programmes d'assurance dont nous avons eu connaissance présentent des différences substantielles. Certains couvrent à la fois les médecins salariés et indépendants, d'autres ne sont destinés qu'aux indépendants, les salariés étant couverts par la police de l'hôpital. Certains ne couvrent les médecins que pour les actes posés dans l'enceinte de l'hôpital, laissant ainsi le soin aux médecins pratiquant dans d'autres hôpitaux ou dans un cabinet privé, de souscrire une couverture complémentaire pour les responsabilités qu'ils pourraient engager à cette occasion. D'autres comportent des extensions de garantie facultatives pour les activités exercées hors de l'établissement ⁴⁰.

Il convient d'être attentif à toutes ces modalités en vue d'éviter les cumuls d'assurances. Le cumul d'assurances n'est plus un mal pour les victimes puisqu'elles peuvent désormais demander l'indemnisation à chacun des assureurs couvrant le même risque et le même intérêt d'assurance, dans les limites des

³⁷ Voy. L. DE BROUWER, « Les ventes réglementées », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 85.

³⁸ Voy. en ce sens, R. VAN GOETHEM, *op. cit.*, note 36, p. 194.

³⁹ Pour plus de détails à ce sujet suivant que le médecin est lié par un contrat d'entreprise ou un contrat de travail, voy. R. VAN GOETHEM, *ibidem*.

⁴⁰ Il est souhaitable d'obtenir en tout cas une couverture pour les actes médicaux que le médecin est tenu par la loi ou la déontologie d'accomplir en dehors de son institution d'origine.

obligations de chacun d'eux à concurrence de l'indemnité due (art. 45 de la loi du 25 juin 1992), mais il reste évidemment un mal pour le portefeuille du médecin.

29. *Régime juridique de l'assurance pour compte.* L'assurance collective des médecins s'analysera, le plus souvent, comme une assurance souscrite par l'hôpital au nom et pour le compte d'une catégorie de médecins. La doctrine traditionnelle emprunte le régime juridique de l'assurance pour compte à la stipulation pour autrui : le promettant (l'assureur) s'engage à l'égard du stipulant (l'hôpital) à effectuer une prestation au bénéfice d'une ou de plusieurs personnes, titulaires de l'intérêt d'assurance (les médecins assurés) ⁴¹.

La stipulation pour autrui étant considérée comme un accessoire du contrat de base, toutes les exceptions issues du rapport promettant-stipulant (le contrat d'assurance) sont par le fait même opposables par le promettant au bénéficiaire. L'article 38 de la loi du 25 juin 1992 confirme désormais le principe de l'opposabilité des exceptions issues du contrat d'assurance à l'assuré pour compte.

La figure juridique de la stipulation pour autrui ne rend cependant pas compte de toutes les particularités du mécanisme. En effet, l'assuré ne recueille pas seulement un droit en vertu de la stipulation, mais assume aussi certaines obligations (obligation de déclarer le sinistre, obligation de transmettre les pièces, obligation de comparaître à l'audience, obligation de remboursement en cas de recours, ...). Or, dans son acception classique, la stipulation pour autrui ne permet pas de rendre le bénéficiaire de l'assurance pour compte, débiteur d'obligations auxquelles il n'a jamais consenti ⁴².

L'article 23 de la loi du 25 juin 1992 prévoit sans doute que tout bénéficiaire à titre onéreux d'une garantie d'assurance a le droit d'obtenir du preneur ou, à son défaut, de l'assureur, communication des conditions de la garantie. Plus qu'un droit à l'information, le texte aurait dû imposer une obligation d'information au souscripteur ou à l'assureur.

L'hôpital, qui sera en général le souscripteur et le gestionnaire du contrat, sera donc bien inspiré en envoyant à tout le moins une notice d'information à tous les affiliés de la police collective afin d'attirer leur attention sur les obligations qui découlent pour eux de cette police et sur les recours dont ils pourraient faire l'objet. Seule cette information permet de présumer l'adhésion aux conditions de l'assurance pour compte.

⁴¹ M. FONTAINE, *Précis de Droit des assurances*, 1996, n° 194; J. WOUTERS, « De verzekering voor rekening in het verzekeringsrecht van vandaag en morgen », *Bull. Ass.*, 1988, p. 404.

⁴² Comp. R.O. DALCQ et M.-A. CRIJNS, *op. cit.*, note 7, p. 419.

La notice d'information sera particulièrement explicite sur les modalités de déclaration et de gestion des sinistres ainsi que sur les modalités de paiement des primes. L'hôpital, lui même, apparaîtra le plus souvent comme le souscripteur et le gestionnaire du contrat, chargé de collecter les primes auprès des affiliés, d'enregistrer les sinistres et d'assurer leur suivi ⁴³.

30. Le caractère collectif de l'assurance souscrite pour le compte des médecins peut donner lieu à des questions délicates, lorsqu'il s'agit de sanctionner l'inexécution de certaines obligations par l'un des assurés.

L'obligation de déclarer le sinistre repose, selon les termes du contrat, sur le preneur d'assurance ou l'assuré. La sanction d'une déclaration tardive est désormais prévue par l'article 21 de la loi du 25 juin 1992. Elle consiste dans la réduction de la prestation de l'assureur à concurrence du préjudice subi ⁴⁴. Or, il se peut que le sinistre mette en cause plusieurs assurés (l'hôpital, le maître de stage et son stagiaire). Si un stagiaire ou un aide occasionnel cache une information à son maître ou à son commettant, la sanction d'une déclaration tardive ne devrait s'appliquer, à défaut d'autres indications dans le contrat, qu'à celui auquel cette faute est imputable, sans avoir aucune incidence sur les autres assurés. Il devrait en aller de même pour l'obligation assumée par l'assuré de prévenir ou d'atténuer les conséquences du sinistre. Les exceptions qui dérivent d'un fait postérieur au sinistre n'étant pas opposables à la victime (art. 87, § 2 de la loi du 25 juin 1992), seul un recours pourrait être envisagé après indemnisation, recours qui ne pourra être exercé que contre l'assuré fautif.

Le droit de résiliation après sinistre présente, lui aussi, des particularités lorsqu'il s'agit de couvrir une collectivité d'assurés. Les polices ne sont pas toujours explicites sur cette question. Il convient pourtant de prévoir clairement si la compagnie se réserve le droit d'écarter de la couverture un médecin faisant partie du groupe assuré et qui aurait accumulé les sinistres. A l'inverse, il faut aussi préciser si le médecin, qui s'est affilié, peut librement quitter le groupe assuré à l'échéance du contrat. Il faut enfin déterminer le sort de la police collective, au cas où la police couvrant l'hôpital serait résiliée, et inversement. Le danger que présente la souscription d'un plan global d'assurance pour l'hôpital est précisément d'être confronté à une résiliation de sa propre police en cas d'accumulation de sinistres constatés dans le cadre de la police collective des médecins.

⁴³ L'hôpital se charge en principe de communiquer à l'assureur toutes les données nécessaires au calcul de la prime. A défaut de déclaration après un certain délai, l'assureur se réserve parfois le droit de percevoir une prime estimée sur les chiffres de l'année précédente, majorés de 50 %.

⁴⁴ Autrefois cette obligation était fréquemment sanctionnée de déchéance. Voy. pour un cas de déclaration tardive 1 an après les faits, Mons, 28 juin 1994, *Rev. Dr. Santé/T. Gez.*, 1995-1996, p. 291.

La situation est différente en ce qui concerne le paiement des primes, car cette obligation ne repose, d'après les termes habituels des contrats, que sur le preneur d'assurance ⁴⁵. Celui-ci est seul débiteur aux yeux de l'assureur.

B. Les tiers

31. La notion de tiers est souvent définie dans les polices par opposition à celle d'assuré. La définition est importante car seuls les tiers visés dans les conditions contractuelles peuvent prétendre à l'indemnité d'assurance.

L'on rencontre fréquemment des clauses libellées de la façon suivante : *« est considérée comme tiers, toute personne physique ou morale, autre que les assurés, le conjoint ou la personne vivant habituellement avec l'assuré responsable et, à la condition qu'ils habitent sous son toit et soient entretenus par lui, les parents et alliés en ligne directe de l'assuré responsable »*.

A la lecture de cette clause, il apparaît que la définition extensive de la catégorie des assurés emporte un effet restrictif sur la catégorie des personnes pouvant prétendre à l'indemnité. Or, on peut se demander ce qui justifie une conception aussi restrictive. Sans autre démonstration, l'on affirme que l'on ne peut en même temps être tiers et assuré au regard d'une même police. S'il est normal qu'une personne dont la responsabilité est engagée ne puisse prétendre cumuler les deux qualités et réclamer une indemnité pour ses propres dommages, on ne voit pas clairement pourquoi le fait d'être visé comme assuré par le contrat devrait automatiquement entraîner l'exclusion du bénéfice de l'assurance, lorsque la responsabilité de l'assuré n'est précisément pas mis en cause. Il semble en réalité que cette solution résulte de la crainte des collusions frauduleuses. Encore faudrait-il distinguer les hypothèses où ces collusions sont réellement à craindre. Elles ne le sont généralement pas lorsque l'assuré victime a subi des lésions corporelles.

Dans le domaine de l'assurance automobile obligatoire, on rappellera que la loi du 21 novembre 1989 affirme clairement le principe selon lequel « nul ne peut être exclu du bénéfice de l'indemnisation en raison de sa qualité d'assuré » (art. 4, § 1, alinéa 1er). Certaines catégories de personnes peuvent encore en être exclues, mais à condition qu'elles n'aient pas subi de dommages corporels (art. 4, § 1, alinéa 2).

Concernant l'exclusion des proches qui reste présente dans les polices, on ne peut manquer de rappeler l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 mars 1995, qui a considéré que l'exclusion légale du conjoint du bénéfice de l'assurance R.C.

⁴⁵ Les primes d'assurance sont dues annuellement. Elles sont généralement payables par anticipation en début de période. Il est fréquent cependant que la police autorise le paiement à terme échu, moyennant paiement d'une prime provisoire en début de période.

automobile, violait le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination ⁴⁶. L'article 4, § 1er de la loi ancienne n'opérait en effet aucune distinction suivant la nature des dommages subis et ne permettait pas à la victime de renverser la présomption de fraude qui pesait sur elle.

Certes, l'exclusion commentée ici résulte d'une clause conventionnelle, et non de la loi, mais il est permis de se demander si celle-ci ne pourrait pas, dans les mêmes conditions, être considérée comme abusive. La clause en question ne prévoit en effet aucune possibilité de preuve contraire alors même que la collusion frauduleuse est peu probable s'agissant de lésions corporelles. On reconnaîtra avec le professeur Dalcq, qu'il est de règle sur un plan déontologique qu'un médecin ne soigne pas les membres de sa famille ⁴⁷, mais il n'en va pas de même pour les membres du personnel occupés par le preneur d'assurance dans le cadre de ses activités professionnelles. En outre, le principe n'est pas relevant pour la garantie exploitation.

Si un préposé de l'hôpital subit un dommage à la suite d'une intervention médicale, rien ne justifie son éviction. Au moment des faits, il a d'ailleurs perdu la qualité d'assuré, puisqu'il n'agit plus dans le cadre de ses fonctions. La plupart des clauses contractuelles prévoient au demeurant que le membre du personnel n'a cette qualité que lorsqu'il agit au service de l'hôpital.

Quoi qu'il en soit, la formule suivante nous paraît préférable surtout lorsqu'il s'agit de l'assurance des hôpitaux : *« est considéré comme tiers, toute personne physique ou morale qui peut légalement exercer un recours contre l'assuré responsable du dommage »*. Certaines polices ajoutent, de façon moins heureuse, à *« l'exclusion des membres de son ménage et de l'établissement hospitalier où s'exerce l'activité concernée »*.

Des clauses dites de *« cross liability »* pourraient aussi être envisagées. Ces clauses indiquent qu'une personne (non responsable) mentionnée comme assurée dans la police sera considérée comme tierce vis-à-vis des autres assurés, au même titre que si chacun avait contracté une police séparée. En voici un exemple : *« Pour l'application de la garantie R.C. exploitation, les préposés, gérants et administrateurs sont considérés comme tiers pour les dommages matériels autres que les dommages aux vêtements, outils et objets »*.

Bien que la confusion existe en jurisprudence ⁴⁸, il va de soi que tous les patients soignés dans l'hôpital sont des tiers au regard du contrat d'assurance, encore qu'ils soient parties au contrat médical et au contrat hospitalier.

⁴⁶ J.L.M.B., 1995, p. 499, note P.H.

⁴⁷ R.O. DALCQ et M.-A. CRIJNS, *op. cit.*, note 7, p. 415, n° 69.

⁴⁸ Voyer Anvers, 1er mars 1995, *Rev. Dr. Santé*, 1995-1996, p. 221, note J. JEGER.

§ 3. Les dommages assurés

32. Comme les contrats d'assurance délimitent librement les dommages qui font l'objet de la garantie, il convient d'être attentif à la clause qui définit les dommages assurés. Celle-ci ne présente toutefois guère de spécificités dans les assurances R.C. des médecins et des hôpitaux, de sorte qu'on ne s'y attardera pas.

Tous les contrats couvrent en principe les dommages qui sont la conséquence de lésions corporelles ou du décès, ainsi que les dommages matériels entendus comme les dégâts causés aux biens.

Les garanties R.C. exploitation excluent classiquement les dommages immatériels purs et les dommages immatériels non consécutifs. En revanche, elles couvrent parfois mais pas toujours, les dommages immatériels consécutifs, c'est-à-dire ceux qui sont la conséquence de dommages matériels ou corporels couverts.

On entend par dommages immatériels, tout préjudice économique résultant de la privation d'avantages liés à l'exercice d'un droit, à la jouissance d'un bien et notamment : les pertes de marché, de clientèle, de profits, le chômage mobilier ou immobilier, l'arrêt de production et d'autres préjudices similaires ainsi qu'éventuellement les dépenses et les frais destinés à éviter ou atténuer les effets de cette privation ⁴⁹. Si la notion de dommage immatériel présente une pertinence pour les entreprises industrielles et commerciales, elle paraît moins adaptée aux prestataires de soins de santé. Certaines polices excluent par conséquent tous les dommages immatériels de la couverture.

33. La clause qui définit les dommages assurés doit être lue en parallèle avec certaines clauses d'exclusion. Les garanties R.C. exploitation insérées dans la couverture globale de l'hôpital excluent classiquement les dommages causés à des biens confiés dont l'assuré est devenu dépositaire, gardien, locataire, emprunteur ou détenteur. Cette exclusion s'explique tantôt par la crainte des collusions frauduleuses, tantôt parce que la remise du bien confié trouve son origine dans une relation contractuelle. Cette garantie peut cependant être obtenue à certaines conditions et moyennant surprime. Si l'hôpital est fréquemment amené à utiliser du matériel médical loué ou confié par un médecin, une université ou un fabricant pour un essai temporaire, il est sans doute souhaitable qu'il souscrive à cette couverture pour un montant suffisant (les compagnies proposent souvent 1 million, ce qui est trop peu). Par ailleurs, certaines compagnies acceptent de couvrir les dommages aux prothèses, même si celles-ci sont confiées à l'assuré en vue d'une adaptation ou d'une réparation.

⁴⁹ Sur la notion de dommages immatériels, voy. J.-M. HAUFERLIN, « Les dommages immatériels », in *Les assurances de l'entreprises*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 161 et s.; J.-L. FAGNART, « L'étendue de la garantie ... », *op. cit.*, note 11, p. 45, n° 28.

D'autres exclusions procèdent apparemment du souci d'écarter de la garantie des dommages purement contractuels dont le lien de causalité avec la faute ne fait pourtant aucun doute. Ainsi, la garantie n'est-elle jamais acquise pour les contestations relatives au paiement du coût ou des frais des prestations. Certaines polices ne couvrent pas non plus les actes fautifs susceptibles d'être recommencés ou corrigés « *sans dommage autre que les frais exposés aux fins de les recommencer ou de les corriger* ». D'autres excluent catégoriquement tous les frais de réexécution, par l'assuré, d'exams et de traitements, même consécutifs à une faute, y compris, semble-t-il, s'ils sont consécutifs à des dommages corporels couverts. Toutes ces clauses s'expliquent par la volonté d'exclure des dommages assurés, les frais qui résultent à proprement parler du risque d'entreprise, risque réputé inassurable dont les conséquences doivent être supportées par l'entreprise elle-même.

SECTION 2. L'ÉTENDUE DE LA GARANTIE

34. La prise en charge des conséquences pécuniaires des responsabilités civiles médicale et hospitalière nécessite, dans le chef de l'assureur, une parfaite maîtrise des engagements dans le temps (§ 1), dans l'espace (§ 2) et en montants (§ 3).

§ 1. L'étendue de la garantie dans le temps

35. Le problème de la délimitation des engagements de l'assureur dans le temps n'était guère, jusqu'il y a peu, un sujet de préoccupation majeure pour les assureurs. L'aggravation des conséquences de la responsabilité et le caractère latent et évolutif de certains dommages a désormais placé ce sujet au premier plan de l'actualité, à tel point que le législateur a cru bon de réglementer impérativement les obligations de l'assureur postérieures au contrat. Était-ce une bonne idée ? Depuis son adoption, l'article 78 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre n'a cessé d'alimenter les controverses. Modifié une première fois le 16 mars 1994, certains professionnels ne sont toujours pas satisfaits de la réglementation dans son état actuel et préconisent une nouvelle révision. Nous ne referons pas ici un commentaire détaillé de l'article 78 ni des déboires qu'il a subis. Une doctrine abondante existe à ce sujet qu'il suffira de consulter⁵⁰. On se bornera à rappeler

⁵⁰ Voy. J.-L. FAGNART et J. ROGGE, « Les assurances de responsabilité dans la loi du 25 juin 1992 », in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Dossier du Bulletin des assurances*, 1993, pp. 101-119; G. SCHOORENS, « Op zoek naar de beschermingsbehoefte consument na enkele recente wijzigingen in het verzekeringsrecht », *D.C.C.R.*, 1995, p. 390; C. VAN SCHOUBROECK et G. SCHOORENS, « De aanprakelijkheid verzekering : a never ending story ? », *R.D.C./T.B.H.*, 1995, pp. 636-663; J.L. FAGNART, « L'étendue de la garantie ... », *op. cit.*, note 11, p. 41; J.L. FAGNART, « Les assurances de responsabilité dans la loi du

les règles en vigueur et à examiner les solutions contractuelles prévues par les polices R.C. des médecins et des hôpitaux.

La question à résoudre peut être formulée simplement. Lorsque le sinistre se développe en phases successives, depuis le fait générateur de la responsabilité ou l'événement dommageable, jusqu'à la survenance du dommage et la réclamation de la victime, lequel ou lesquels de ces éléments doit se localiser pendant la période de garantie pour que la couverture soit due ? La logique voudrait que l'assureur intervienne si le sinistre est survenu pendant la période de garantie. Mais que recouvre précisément la notion de sinistre en assurance de la responsabilité civile ? L'assureur est-il tenu de couvrir un dommage survenu ou une réclamation formulée pendant la période de garantie si ce dommage ou cette réclamation est relative à un fait générateur survenu antérieurement (risque d'antériorité) ? De même est-il tenu de couvrir une réclamation formulée après la fin de la période de garantie, si cette réclamation se rapporte à un dommage ou un fait générateur survenu pendant cette période (risque de postériorité) ?

A. Règles en vigueur

1. PRÉSENTATION

36. La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, telle que modifiée par la loi du 16 mars 1994, comporte deux articles concernant directement ou indirectement l'étendue de la garantie dans le temps. Ces articles sont insérés dans le chapitre III relatif aux contrats d'assurance de la responsabilité.

L'article 77, dont l'unique objet est apparemment de définir le champ d'application du chapitre III et non de définir le sinistre, prévoit tout d'abord que ce chapitre « est applicable aux contrats d'assurance qui ont pour objet de garantir l'assuré contre toute demande en réparation fondée sur la survenance du dommage prévu au contrat, et de tenir, dans les limites de la garantie, son patrimoine indemne de toute dette résultant d'une responsabilité établie ». Les termes « survenance du dommage » sont venus remplacer en 1994 ceux d'« événement dommageable » utilisés initialement par le législateur. Aucune des deux expressions n'a cependant été définie.

L'article 78 traite quant à lui, d'après son libellé, des obligations de l'assureur postérieures à l'expiration du contrat. Le paragraphe 1^{er} pose le principe général selon lequel la garantie porte sur le dommage survenu pendant la durée du contrat et s'étend aux réclamations formulées après la fin de ce contrat. Il en résulte implicitement que les clauses qui subordonnent la couverture à la formulation de la

25 juin 1992 », in *Questions de droit des assurances* (vol. II), Ed. Jeune Barreau de Liège, 1996, p. 357; J. BEGEREM, « Commentaire sur l'évolution de la loi du 25 juin 1992 », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12614.

réclamation de la victime pendant la période de couverture (*clauses claims made*) sont interdites. Toutefois, pour certaines branches que le Roi détermine, le § 2 du même article laisse aux parties la possibilité de convenir que la garantie d'assurance portera uniquement sur les demandes en réparation formulées par écrit à l'encontre de l'assuré ou de l'assureur pendant la durée du contrat pour un dommage survenu pendant cette même durée. Si tel est le cas, le texte impose cependant une garantie de postériorité de trente six mois à compter de la fin du contrat, pour les demandes en réparation qui se rapportent :

- soit à un dommage survenu pendant la durée de ce contrat si, à la fin de ce contrat, le risque n'est pas couvert par un autre assureur;
- soit à des actes survenus ou des faits pouvant donner lieu à un dommage survenus et déclarés à l'assureur pendant la durée de ce contrat.

L'assurance R.C. des médecins et des hôpitaux fait partie des branches visées par l'article 6 bis de l'arrêté royal du 24 décembre 1992, pour lesquelles les *clauses claims made* sont autorisées aux conditions énumérées ci-dessus.

37. Les principales critiques que l'on peut adresser aux articles 77 et 78 sont de deux ordres.

Ces articles font à plusieurs reprises référence à des concepts tels que l'événement dommageable dans la formulation initiale, la survenance du dommage ou la survenance d'un fait générateur de responsabilité dans la formulation actuelle, mais aucun de ces concepts ne fait l'objet d'une définition précise. Ce qui est sûr, c'est qu'il ne se recouvre pas.

Si le fait générateur doit être compris comme le fait susceptible de causer un dommage, que recouvre la notion d'événement dommageable ? Si cette notion vise le fait qui provoque immédiatement ou directement le dommage en sorte que le dommage serait à ce moment irréversible, la distinction paraît exagérément subtile et difficilement applicable spécialement lorsque la faute résulte d'une omission. Dans cette acception, la distinction entre l'événement dommageable et la survenance du dommage n'est guère plus claire, à moins de comprendre la survenance du dommage comme le moment où le dommage s'est révélé objectivement pour la première fois, voire comme l'ensemble de la période qui sépare le dommage de sa première manifestation objective ⁵¹. Vu la défaillance du législateur, nous verrons que les polices se hasardent à définir elles-mêmes ces notions, mais il est douteux que ces définitions conventionnelles s'imposent au juge.

⁵¹ D'après certaines définitions contractuelles, l'événement dommageable se situerait au moment où sont réunies toutes les conditions de réalisation de ce dommage, avant même qu'il ne se soit manifesté.

La seconde difficulté résulte du caractère impératif des articles 77 et 78 qui résulte de l'article 3 de la loi du 25 juin 1992.

L'on ne sait par exemple s'il faut considérer désormais que l'article 78 détermine les seuls modes de règlement possibles de l'étendue de la garantie dans le temps. Si l'article 78, § 2, ouvre la possibilité d'insérer des clauses *claims made* dans certains contrats d'assurance définis par arrêté royal, cette possibilité exclut-elle d'autres aménagements contractuels ? L'article 78 empêche-t-il par exemple de remplacer les critères de la survenance du dommage ou de la réclamation de la victime par le critère du fait générateur ou de l'événement dommageable ? Sans doute pas à condition que l'on parvienne à démontrer que cette dérogation s'avère plus favorable aux personnes que la loi entend protéger.

L'article 78, § 2 oblige impérativement l'assureur qui a eu recours à une *clause claims made*, à accorder à son assuré une garantie de postériorité de 36 mois. Les parties peuvent-elles librement convenir d'une garantie de postériorité plus longue ? Si la disposition concernée entend protéger uniquement l'assuré et la victime, cette possibilité devrait être admise puisqu'une disposition impérative ne s'oppose pas à l'octroi d'une protection plus importante en faveur des personnes protégées. En revanche, si l'on devait estimer que la même disposition entend aussi protéger l'assureur contre des engagements excessifs, la prolongation serait illicite, puisque l'assureur ne pouvait renoncer anticipativement à la protection que la loi lui accorde.

L'article 78, qui règle la postériorité en prenant pour référence la survenance du dommage, régleme-t-il aussi implicitement la garantie d'antériorité en sorte que l'assureur perdrait toute liberté contractuelle à cet égard ? Les principaux commentateurs apportent une réponse négative à cette question en considérant que l'article 78 ne règle, d'après son libellé, que la garantie de postériorité, à l'exclusion de la garantie d'antériorité, et qu'il ne s'oppose pas à l'octroi d'une garantie plus large ⁵². D'autres considèrent en revanche qu'en prenant pour référence la survenance du dommage, la loi impose impérativement à l'assureur la prise en charge du risque d'antériorité sous réserve bien entendu du régime des réticences et fausses déclarations prévus par les articles 5 à 7 de la loi du 25 juin 1992 ⁵³.

Face à ces nombreuses incertitudes et à d'autres encore que nous n'avons pas soulignées, une nouvelle révision de l'article 78 a été réclamée. Celle-ci prévoirait un retour au critère du fait générateur pour les contrats de grande diffusion visés par le § 1, et une plus grande liberté contractuelle pour les autres, moyennant une garantie de postériorité minimale de trois ans.

⁵² C. VAN SCHOU BROECK et G. SCHOORENS, *op. cit.*, note 50, p. 654, n°s 35 et s.

⁵³ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 307, n° 610.

2. PROPOSITION

38. Si l'article 78 devait une nouvelle fois faire l'objet d'une révision, cette révision devrait être menée conjointement avec celle du délai de prescription de l'action en responsabilité civile et de l'action directe.

Le problème de l'étendue de la garantie dans le temps ne peut en effet être réglé de façon cohérente que moyennant un examen attentif de la durée et du point de départ du délai de prescription de l'action en réparation du dommage subi par la victime. Idéalement en effet, l'assuré devrait pouvoir compter sur la couverture pendant toute la période durant laquelle sa responsabilité civile est susceptible d'être engagée, c'est-à-dire pendant toute la durée du délai de prescription. Nous ne reviendrons pas ici sur les déboires qu'a connus le délai de prescription quinquennale de l'action civile découlant d'une infraction pénale (art. 26 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle)⁵⁴. Il est cependant évident que la question de l'étendue de la garantie dans le temps ne peut être réglée de façon satisfaisante avec un délai de prescription trentenaire parfaitement ingérable par les assureurs⁵⁵.

Il y a, selon nous, une certaine logique à affirmer qu'il ne peut y avoir sinistre en responsabilité civile tant que les conditions de la responsabilité ne sont pas réunies et que le droit en réparation de la victime contre l'assuré ou le droit

⁵⁴ On songe bien entendu à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1994 (*J.T.*, 1994, p. 391) et à l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 mars 1995 (*J.T.*, 1995, p. 261). Selon le premier arrêt, bien que le délit de coups et blessures involontaires soit une infraction instantanée, la prescription ne prend cours qu'à partir de l'apparition du dommage, l'infraction n'existant qu'à ce moment. Le second déclare l'article 26 contraire aux règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination, cet article ayant pour conséquence que la situation d'une personne ayant subi un dommage résultant d'une faute est sensiblement plus défavorable lorsque cette faute constitue une infraction que lorsqu'elle n'en constitue pas une. Voy. à cet égard, M. FONTAINE, et J.-L. FAGNART, « Réflexions sur la prescription des actions en responsabilité », *R.G.A.R.*, 1995, n° 12502; L. SCHUERMANS, « La prescription des actions et la durée de la garantie d'assurance », in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, pp. 169-202.

L'action résultant du droit propre que la personne lésée possède contre l'assureur (action directe) se prescrit par cinq ans à compter du fait générateur du dommage ou, s'il y a infraction pénale, à compter du jour où celle-ci a été commise (art. 34, § 2, alinéa 1er de la loi du 25 juin 1992).

Toutefois, lorsque la personne lésée prouve qu'elle n'a eu connaissance de son droit envers l'assureur qu'à une date ultérieure, le délai ne commence à courir qu'à cette date, sans pouvoir excéder 10 ans à compter du fait générateur du dommage ou, s'il y a infraction pénale, du jour où celle-ci a été commise (art. 34, § 2, alinéa 2).

Le délai de 5 ans qui découle de l'article 34, § 2, a donc été aligné sur celui de l'action civile résultant d'une infraction (art. 26 du Titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle), mais on vient de rappeler que ce délai a, depuis lors, été jugé inconstitutionnel par la Cour d'arbitrage. Le point de départ du délai est, lui aussi, inspiré de l'article 26. Un tempérament est cependant prévu en faveur de la personne lésée lorsque celle-ci ignorait son droit envers l'assureur, ce qui rejoint l'enseignement de la Cour de cassation.

⁵⁵ Voy. à cet égard, J.L. FAGNART, « Les assurances de responsabilité dans la loi du 25 juin 1992 », *op. cit.*, note 50, p. 357.

d'action directe contre l'assureur n'a pas commencé à se prescrire. En suivant l'enseignement le plus récent de la Cour de cassation concernant le point de départ du délai de prescription, le sinistre existerait donc au moment de l'apparition du dommage⁵⁶. On entend par apparition du dommage, la première manifestation vérifiable et non ambiguë du dommage, celle-ci devant être attestée par des faits objectifs (témoignage ou certificat). Il n'est pas impensable que la notion légale de survenance du dommage au sens de l'article 78 puisse dès à présent être comprise en ce sens, ce qui permettrait de rapprocher dans le temps la survenance du dommage et la réclamation de la victime.

Nous ne partageons donc ni l'opinion du professeur Fagnart qui définit le sinistre par la réclamation de la victime, ni celle du professeur Fontaine qui voit dans la notion de sinistre une notion relative dont la définition peut varier selon le contexte dans lequel elle est utilisée. La première nous paraît confondre les conditions du droit à réparation et la mise en œuvre de ce droit par la victime⁵⁷. La conséquence ultime de cette logique serait de considérer qu'il ne peut y avoir sinistre avant le paiement effectif de l'indemnité. La seconde pouvait sans doute se justifier dans un régime de liberté contractuelle, mais se justifie plus difficilement dans un système impératif où l'on doit présumer que la notion de sinistre répond à une vision cohérente du législateur⁵⁸.

On remarquera d'ailleurs que la définition proposée s'adapte parfaitement aux autres dispositions légales qui font appel à la notion de sinistre (obligation de déclarer le sinistre, résiliation après sinistre, opposabilité des faits antérieurs au sinistre). L'obligation de déclarer le sinistre naît par exemple logiquement lorsque l'assuré a connaissance d'un fait ayant causé un dommage à un tiers susceptible d'engager sa responsabilité, l'assureur restant bien entendu libre d'organiser conventionnellement une anticipation de cette obligation, en imposant à l'assuré de déclarer non seulement les sinistres mais les menaces de sinistre.

39. La question de l'étendue de la garantie dans le temps n'est toutefois pas exclusivement tributaire de cette définition, car elle n'efface pas la nécessité pour l'assureur de maîtriser les risques d'antériorité (couverture des faits ou événements antérieurs à la prise d'effet du contrat) ni de postériorité (couverture des réclamations formulées postérieurement à la prise d'effet du contrat).

A dire vrai, les deux questions devraient être résolues séparément. Même si un sinistre, au sens où nous l'avons défini, survient pendant la période de garantie, rien n'interdit à l'assureur d'exclure son intervention lorsque la réclamation est formulée tardivement ou lorsque le fait générateur est survenu

⁵⁶ Cass., 13 janvier 1994, précité note 54.

⁵⁷ J.L. FAGNART, « Les assurances de responsabilité dans la loi du 25 juin 1992 », *op. cit.*, note 50, p. 367.

⁵⁸ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 594 à 600.

anticipativement. Il appartient au législateur d'apprécier l'opportunité de restreindre la liberté contractuelle à cet égard en vue de préserver les attentes légitimes de la partie réputée faible.

La réforme prochaine du délai de prescription de l'action en responsabilité civile fournit l'occasion d'imaginer un système à la fois plus cohérent et plus équilibré tenant compte des intérêts de toutes les parties concernées. D'après un récent avant-projet de loi, l'action en réparation d'un dommage se prescrirait par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage, de la cause de celui-ci et de l'identité de l'auteur responsable, sans que, en aucun cas le délai de prescription puisse être supérieur à 10 ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage.

Dans ce contexte, une solution pourrait être de définir le sinistre par référence à l'apparition objective du dommage, de façon à ce qu'elle ne dépende pas de la seule volonté de la victime, et de proposer voire d'obliger les assureurs à fournir une garantie de postériorité de cinq ans. L'antériorité, qui n'excéderait pas 10 ans, devrait, quant à elle, être couverte pour les dommages résultant de faits générateurs de responsabilité légitimement ignorés par le preneur à la souscription du contrat. La question reste de savoir s'il faut impérativement obliger les assureurs à fournir cette garantie d'antériorité, dans la limite bien entendu des règles applicables aux omissions et aux fausses déclarations.

B. Les polices

1. LA DÉFINITION DU SINISTRE

40. Vu l'ambiguïté des textes légaux, on ne sera pas surpris de constater que le sinistre fait l'objet de définitions les plus diverses dans les polices, ce qui témoigne de l'embarras des assureurs à cet égard. Certaines clauses identifient le sinistre à la survenance du dommage, d'autres au fait générateur ou à l'événement dommageable, d'autres encore à la réclamation de la victime. Certains programmes d'assurance prévoient même une définition différente pour la R.C. des médecins et la R.C. de l'hôpital.

La cohérence de la définition retenue avec les autres dispositions contractuelles faisant allusion au sinistre fait souvent défaut. La définition du sinistre par le biais du fait générateur ou de l'événement dommageable entraîne par exemple des difficultés évidentes lorsqu'on rapporte cette définition à l'obligation de déclarer le sinistre, le délai de déclaration pouvant commencer à courir dès le fait générateur avant même que le dommage soit connu. Il en va de même de l'exercice du droit de résiliation après sinistre qui, d'après la définition choisie, pourrait naître dès la survenance du fait générateur, ce qui n'est pas admissible.

Certaines clauses font référence à la survenance du dommage pour respecter le prescrit légal, mais précisent que le dommage est réputé survenu au moment du fait générateur de la responsabilité civile, ce qui paraît difficilement compatible avec l'article 78 qui distingue clairement les deux notions. D'autres définissent correctement le dommage comme la manifestation non ambiguë de troubles, dommages ou lésions dans le chef du tiers, attestée par témoignage ou certificat, mais assimilent néanmoins le sinistre à la réclamation formulée par écrit à l'encontre des assurés ou de la compagnie et fondée sur un fait générateur ou une succession de faits générateurs commis dans l'exercice de l'activité professionnelle décrite en conditions particulières.

Quel que soit le critère choisi et même lorsque celui-ci n'est pas celui du fait générateur, la plupart des polices contiennent par ailleurs une clause dite de « sinistre sériel », selon laquelle constitue un seul et même sinistre l'ensemble des demandes en réparation ayant pour origine un même fait générateur ou une succession de faits générateurs commis dans l'exercice de l'activité professionnelle décrite en conditions particulières. Outre qu'elle paraît difficilement conciliable avec les principes qui se dégagent des articles 77 et 78, la clause de « sinistre sériel » peut aussi entrer en contradiction avec la définition contractuelle du sinistre retenue par la police. Elle gagnerait donc à être dégagée de toute référence à la notion de sinistre, de façon à restreindre sa portée à l'application des plafonds de garantie.

2. LES CLAUSES D'ANTÉRIORITÉ ET DE POSTÉRIORITÉ DANS LES POLICES

41. L'étendue de la garantie dans le temps fait l'objet de règlements contractuels eux aussi très variés dérogeant dans une plus ou moins large mesure aux articles 77 et 78 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Il est vrai que la portée du caractère impératif de ces dispositions reste largement discutée (voy. *supra* n° 37).

De façon surprenante, l'on trouve encore de nombreuses couvertures de type *act committed* ou *occurrence basis*. Celles-ci couvrent tous les dommages qui se rapportent soit à un fait générateur soit à un événement dommageable survenu pendant la période de couverture. Sous l'angle de l'antériorité, seuls les faits générateurs ou les événements dommageables survenus antérieurement à la prise d'effet du contrat restent exclus. Sous l'angle de la postériorité, ces clauses couvrent en principe toutes les réclamations formulées après la fin du contrat se rapportant à un événement dommageable ou à un fait générateur survenu pendant la période de couverture. Sauf précision en sens contraire⁵⁹, la postériorité est donc couverte sans autre limite que celle du délai de prescription de l'action en

⁵⁹ Exemple de clause limitant la postériorité, « Nous assurons votre responsabilité pour tout événement dommageable survenu pendant la période de validité du contrat, à condition que la demande d'indemnisation nous soit formulée dans les cinq ans de l'année où l'événement dommageable est survenu ».

responsabilité civile ⁶⁰. Comme ces clauses dérogent à la loi dans un sens apparemment plus favorable à l'assuré, leur validité au regard de l'article 78 devrait pouvoir être défendue.

Des clauses définissant l'étendue de la garantie par rapport à la survenance du dommage (*loss occurrence*) conformément à l'article 78, § 1 peuvent aussi être rencontrées. Bien que moins fréquentes dans les conditions consultées, elles couvrent les réclamations formulées après la fin du contrat, sans autre limite que celle du délai de prescription. A défaut d'autres précisions, elles impliquent aussi la prise en charge des conséquences dommageables de faits générateurs survenus avant la période de couverture. En cas d'omissions intentionnelles ou non intentionnelles, le sort du contrat et du sinistre devrait être réglé conformément aux articles 5, 6 et 7 de la loi du 25 juin 1992.

42. La majorité des polices mises en conformité avec la loi du 25 juin 1992 reproduisent mot à mot le système *claims made* tel qu'il est prévu par l'article 78, § 2. La garantie n'est donc acquise que pour les demandes en réparation formulées par écrit à l'encontre de l'assuré ou de l'assureur pendant la durée du contrat pour un dommage survenu pendant cette même durée, moyennant toutefois une garantie de postériorité de 36 mois après la fin du contrat aux conditions prévues par le § 2.

Ces clauses sont évidemment licites, mais elles laissent ouvertes la question de l'interprétation de la notion de survenance du dommage. Si celle-ci pouvait être définie, comme nous le proposons, par le biais de la première manifestation objective du dommage, il serait dès à présent souhaitable de porter la garantie de postériorité à cinq ans, de façon à couvrir la durée du délai de prescription de l'action civile résultant d'une infraction pénale et le futur délai de prescription de l'action en réparation d'un dommage. Cette dérogation favorable à l'assuré devrait être autorisée en dépit du caractère impératif de l'article 78. Elle est déjà prévue dans certaines polices R.C. hôpitaux.

Les clauses rédigées en conformité avec l'article 78, § 2, laissent aussi ouverte la question de la prise en charge des faits générateurs de responsabilité survenus antérieurement à la prise d'effet de la garantie. Rien n'interdit de régler cette question par une clause adéquate, mais à défaut d'autres précisions, les clauses *claims made* rédigées par référence au dommage (ou même sans référence à la survenance du dommage) impliquent une couverture complète de l'antériorité, sous

⁶⁰ Exemple de clause : « La garantie demeure acquise à l'assuré ou à ses ayants droit jusqu'à la prescription légale et même après que le contrat a pris fin, pour autant que les revendications formulées se rapportent à des faits générateurs de responsabilité se rattachant à l'exercice légal de son art au cours de la période pendant laquelle la police était en vigueur. Après la cessation du contrat, la garantie reste acquise à l'assuré ainsi qu'à ses héritiers pour autant que les faits constitutifs du dommage remontent à la période pendant laquelle la couverture était en vigueur ».

réserve du régime des omissions intentionnelles ou non intentionnelles (art. 5 à 7 de la loi du 25 juin 1992).

42bis. Si le sinistre survient en dehors des limites temporelles de la couverture, la garantie est inexistante et cette absence de garantie est opposable à la personne lésée exerçant son action directe contre l'assureur. Il paraît en effet difficile de ranger ce moyen parmi les exceptions, nullités et déchéance dérivant de la loi ou du contrat dont l'article 87, § 2, de la loi du 25 juin 1992 organise l'opposabilité aux victimes dans les assurances non obligatoires. Le refus d'intervention de l'assureur se fonde ici sur l'inexistence de la garantie au moment du sinistre. Or, le moyen tiré de l'inexistence a toujours été considéré comme opposable à la victime, y compris dans les assurances obligatoires.

On observera enfin que l'article 78 ne contient aucune précision quant aux circonstances susceptibles d'entraîner la « fin du contrat ». Or c'est de ce moment que dépend la prise de cours de la garantie de postériorité ⁶¹. Il est certain que la garantie telle qu'elle est définie bénéficie aux héritiers et ayants droit de l'assuré décédé. Un problème particulier se pose cependant pour les assurances collectives du type de celles qui sont souscrites par les hôpitaux. Que se passe-t-il en effet lorsqu'un médecin cesse ses activités pour quelque cause que ce soit (départ volontaire, décès, rupture de contrat, fin du stage, résiliation de la couverture d'assurance pour accumulation de sinistres ...) ? D'un point de vue juridique, ces événements ne mettent pas fin au contrat collectif. Est-ce à dire que cette personne ou ses ayants droit pourront bénéficier de la garantie tant qu'il n'est pas formellement mis fin au contrat collectif et sans même qu'il y ait lieu d'évoquer le problème de la postériorité ?

Certaines conditions paraissent formulées en ce sens : « *Pour autant que de besoin, il est précisé que la garantie reste acquise aux personnes qui, en cours de contrat, cessent d'avoir la qualité d'assuré ou pour les demandes en réparations relatives à des actes ou des faits survenus pendant la période où elles avaient la qualité d'assuré* ». Cette clause est certes favorable aux assurés, mais il n'en reste pas moins que même si le contrat est reconduit tacitement dans la suite, le médecin sortant a formellement perdu la qualité d'assuré à l'échéance de la période initiale. C'est donc à partir de cette date là qu'il convient, selon nous, de calculer la garantie de postériorité pour les assurés sortant.

⁶¹ Lorsque le sinistre tel qu'il est défini contractuellement survient pendant une période de suspension de garantie, la question de la postériorité ne se pose pas, puisqu'il est admis que la suspension de garantie n'équivaut pas à la résiliation du contrat. Il suffit de se référer aux effets normaux de la suspension : le sinistre survenu pendant la période de suspension n'est pas couvert.

§ 2. Étendue de la garantie dans l'espace

43. Les polices définissent librement les limites de l'étendue territoriale de la garantie. les clauses qui figurent dans les conditions générales que nous avons consultées sont rédigées en termes comparables.

La plupart du temps la police couvre toutes les activités assurées exercées dans les pays de l'Union européenne voire dans le monde entier, à l'exclusion des États-Unis et du Canada ⁶². Ces pays connaissent en effet une dérive des responsabilités qui inquiète légitimement les assureurs. Certaines clauses ne couvrent les activités exercées en dehors de l'Union européenne que moyennant déclaration préalable et acceptation par la compagnie. Toutefois, les soins d'urgence prodigués à des personnes en danger sont généralement couverts d'office dans le monde entier. On y ajoute parfois les voyages ou missions sans pratique médicale, ainsi que la participation à des réunions, congrès ou colloques.

S'agissant de la couverture des hôpitaux, il importe que toute activité exercée au siège social soit couverte, ainsi qu'à tout endroit où se localisent des activités ou parties d'activités, y compris les éventuelles collaborations avec des tiers.

44. Les clauses relatives à l'étendue territoriale de la garantie définissent rarement les critères permettant de localiser l'acte qui est la source du dommage et de vérifier ainsi si l'activité en question est couverte par le contrat. Comme dans le contexte de l'étendue de la garantie dans le temps, on ne sait si c'est le fait générateur de la responsabilité, l'événement dommageable, la survenance du dommage ou même la réclamation de la victime qui doit être situé dans l'espace délimité par la police. Que se passe-t-il par exemple si un patient américain soigné en Belgique ne ressent les troubles liés à l'opération subie que lorsqu'il est de retour aux États-Unis ? Il nous semble que la référence au lieu de l'activité indique implicitement que c'est le lieu du fait générateur qui doit être retenu comme le critère de rattachement territorial pertinent, de sorte que la garantie reste due dans cette hypothèse.

Les activités exercées à l'étranger à l'intérieur de l'espace contractuellement défini ne sont elles-mêmes couvertes que moyennant certaines conditions. Souvent, les contrats prévoient que le preneur d'assurance doit avoir sa résidence habituelle ou le siège principal de ses activités en Belgique ⁶³. Une suspension de garantie ou une cessation de plein droit est parfois prévue en cas de changement de résidence.

⁶² La référence au territoire de l'Union européenne est plus précise qu'une simple référence à l'Europe qui ne renvoie à aucun espace géographique ou géopolitique déterminé.

⁶³ La garantie n'est donc pas acquise pour les médecins travaillant habituellement à l'étranger au service d'une organisation humanitaire. Beaucoup de compagnies considèrent ces risques comme inassurables. La seule solution est alors d'adhérer à la police collective souscrite par l'organisation au profit de ses membres.

Pour être couverte, l'activité occasionnellement exercée à l'étranger doit relever de l'une des activités assurées par le contrat. Les assurés doivent en outre remplir les conditions légales requises en Belgique pour les pratiques déclarées et se conformer à la législation du pays étranger. Le cumul de ces exigences indique sans doute que l'assuré ne pourrait bénéficier de la couverture s'il accomplit à l'étranger un acte médical qu'il ne pourrait accomplir en vertu de la loi belge sur l'art de guérir. Même si le contrat ne le prévoit pas, il est donc préférable de déclarer dès la conclusion ou en cours d'exécution, les activités professionnelles occasionnellement exercées à l'étranger.

§ 3. Étendue de la garantie en montants

45. Même si la responsabilité du médecin ou de l'hôpital est illimitée, l'assureur reste bien entendu libre de limiter ses garanties en montants. Le plafond est le montant maximum de l'indemnité que l'assureur peut être tenu de payer même si l'évaluation du dommage causé dépasse ce montant.

A. Technique de fixation des plafonds

46. Les montants assurés par les polices R.C. médecins ou hôpitaux sont généralement fixés en conditions particulières. Les techniques utilisées répondent aux procédés habituels. Les polices peuvent comporter des limitations par victime, par sinistre et par année d'assurance, l'année d'assurance étant comprise comme la période qui sépare deux échéances. Une limite absolue par police d'assurance peut aussi être envisagée ⁶⁴.

Pour l'application du plafond prévu par sinistre, il est souvent prévu qu'au regard des limitations financières de la garantie, tous les dommages imputables à une même cause ou plusieurs causes interdépendantes forment un seul et même sinistre, quel que soit le nombre des victimes. L'assureur se prémunit ainsi des dommages en série résultant d'un même fait générateur. Le montant assuré ne sera donc disponible qu'une seule fois, pour autant bien entendu que l'assureur puisse établir le lien de causalité unissant chaque dommage au fait générateur ou l'interdépendance entre différents faits générateurs. Pour éviter le reproche de contrariété avec l'article 77 de la loi du 25 juin 1992, il serait peut-être préférable de dissocier cette question de celle de la définition du sinistre en assurance de la responsabilité civile, en évitant les termes « sont considérés comme un seul et même sinistre ».

⁶⁴ Voy. à cet égard, J.-L. FAGNART, « L'étendue de la garantie ... », *op. cit.*, note 11, p. 62, n° 50.

En cas de fixation d'un plafond par année d'assurance, il importe de préciser conventionnellement si l'on impute sur ce plafond tous les sinistres déclarés durant l'année ou seulement les sinistres réglés au cours de cette année. La première modalité est plus fréquente que la seconde.

Lorsqu'il y a plusieurs personnes lésées et que le total des indemnités dues excède la somme assurée par sinistre ou par année d'assurance, les polices ne prévoient généralement pas les modalités d'attribution de l'indemnité aux différentes victimes. Comme le suggère le professeur Fagnart, on pourrait s'inspirer à cet égard de l'article 12, alinéa 2, de la loi du 21 novembre 1989 sur l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs (réduction proportionnelle des indemnités) ⁶⁵. Il importe en tous cas de régler clairement le sort des indemnités excessives versées par l'assureur à un moment où il ignorait l'existence d'autres prétentions.

B. Adéquation des plafonds

47. La fixation de montants assurés adéquats relève de la gageure. Alors que dans les années septante, les dommages corporels étaient couverts de façon illimitée, et que l'on pouvait encore dans les années quatre-vingts trouver des garanties à concurrence de 500 millions de FB, la plupart des polices R.C. hôpitaux couvrent actuellement les dommages corporels jusqu'à 100 ou 200 millions par sinistre, et les dégâts matériels à concurrence de 10 millions de FB moyennant une franchise généralement peu élevée ⁶⁶.

Les montants ainsi garantis paraissent à peine suffisants lorsqu'on sait qu'un cas de tétraplégie avec assistance de tierce personne peut, dans les hypothèses les plus graves, porter le montant de l'indemnité jusqu'à 100 millions FB pour une seule victime. Ils paraissent en tous cas trop faibles si on se rappelle que tous les dommages corporels relatifs à un même fait générateur sont considérés contractuellement comme un seul et même sinistre. Une limite supérieure devrait donc à tout le moins être prévue dans l'hypothèse de sinistres sériels.

48. Une autre cause d'insuffisance des montants assurés peut provenir d'une absence d'indexation des plafonds assurés. Le législateur n'a pas réglé cette question. Les polices tantôt excluent expressément l'indexation, tantôt sont muettes sur la question, ce qui aboutit en fait au même résultat. Les primes, quant à elles, font l'objet d'une indexation indirecte par le biais des critères de tarification retenus

⁶⁵ J.-L. FAGNART, *ibidem*.

⁶⁶ On sera attentif également aux montants assurés en protection juridique. Vu l'ampleur des frais de médecins conseils et d'experts un montant minimal de 600.000 FB paraît indispensable.

(chiffres d'affaire, ...). En période d'inflation, le plafond non indexé risque de devenir vite insuffisant.

Il est vrai que le problème présente moins d'acuité depuis que l'inflation est mieux maîtrisée et que la durée des contrats d'assurance tend à se réduire. On observera à cet égard que les contrats d'assurance de la R.C. des hôpitaux ou des médecins ne sont pas soumis au principe de l'annuité prévu par l'art. 30, § 1er de la loi du 25 juin 1992 ⁶⁷. Ces contrats sont néanmoins souscrits pour des durées généralement courtes. Certains prévoient que le contrat est conclu pour une durée maximale de trois ans, à l'exclusion de toute tacite reconduction ou moyennant renouvellement d'année en année. En l'absence d'indexation, les parties seront donc attentives à revoir les montants assurés à chaque échéance.

49. Il importe enfin de ne pas négliger l'importance des frais de sauvetage, des frais de défense des intérêts dans la fixation des montants assurés. Un procès en responsabilité civile médicale peut notamment entraîner des débours très importants en frais et honoraires d'avocats ou d'experts.

Auparavant ces intérêts et frais de justice étaient comptés dans les montants assurés, ce qui pouvait les absorber en grande partie. Désormais l'article 82 de la loi du 25 juin 1992 impose à l'assureur de payer les intérêts afférents à l'indemnité due en principal ainsi que les frais afférents aux actions civiles et les honoraires et frais des avocats et des experts même au-delà des limites de la garantie.

La loi du 16 mars 1994 a toutefois atténué cette exigence en permettant aux assureurs de limiter leur intervention dans certaines assurances de responsabilité autres que l'assurance automobile obligatoire. Le plafonnement est autorisé pour les assurances R.C. professionnelle et R.C. exploitation. L'article 4 de l'arrêté royal du 29 décembre 1994 insérant un article 6 ter dans l'arrêté royal du 24 décembre 1992 fixe les modalités de remboursement des frais et intérêts au-delà de la somme totale assurée. Cet article présente des difficultés d'interprétation et d'application nombreuses en raison de certaines discordances entre les versions française et néerlandaise du texte. De plus, il fait référence à plusieurs reprises à la somme *totale* assurée, en laissant ainsi penser qu'il faudrait cumuler les garanties accordées par type de dommages ou par type de responsabilités, lorsque celles-ci sont insérées dans un même contrat, mais font l'objet de montants assurés distincts (dommages corporels et matériels par exemple) ⁶⁸.

L'intervention de l'assureur dans les frais de sauvetage au delà de la somme totale assurée fait l'objet de modalités identiques (art. 4, § 1er A.R. du 24 décembre 1992, modifié par l'art. 3 de l'A.R. du 29 décembre 1994).

⁶⁷ Article 1er, de l'arrêté royal du 24 décembre 1992, modifié par l'arrêté royal du 25 décembre 1994.

⁶⁸ Voy. J. BEGEREM, *op. cit.*, note 50, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12614.

SECTION 3. LES EXCLUSIONS DE GARANTIE

50. Au sens le plus large, les exclusions de garantie servent à la fois à délimiter les contours de la garantie offerte et à extraire de la garantie ainsi délimitée certains risques ou dommages qui, à défaut, devraient être couverts ⁶⁹. En ce sens, les clauses déjà commentées qui déterminent les risques garantis sont aussi indirectement des clauses d'exclusion, puisqu'elles écartent implicitement de la couverture, les responsabilités, les activités, les dommages qui n'entrent pas dans la définition de l'espace garanti. Ainsi la clause qui limite la portée de la couverture à la responsabilité extra-contractuelle exclut implicitement la responsabilité contractuelle. De même, la clause qui inclut dans la couverture les dommages immatériels consécutifs exclut implicitement les dommages immatériels non consécutifs. Celle qui limite la garantie aux dommages accidentels écarte tout aussi clairement les dommages non accidentels.

La frontière entre la détermination positive des risques garantis (exclusions indirectes) et l'exclusion de risque (exclusions directes) n'est donc pas facile à tracer et dépend en dernière analyse de la volonté du ou des rédacteurs de la convention.

Outre les exclusions directes et indirectes de garantie, le refus d'intervention de l'assureur peut aussi se justifier par l'existence d'une cause de déchéance ou d'une faute lourde ou intentionnelle commise par un assuré. Avant de commenter les clauses d'exclusion, de déchéance et de faute lourde rencontrées dans les polices d'assurance de la R.C. des médecins et des hôpitaux, quelques réflexions générales s'imposent en vue de clarifier ces différentes notions.

§ 1. Généralités : la question de la qualification

51. Existe-t-il des critères permettant de distinguer une clause d'exclusion, d'une clause de déchéance ou de faute lourde ? La question n'aurait guère d'intérêt si le législateur n'avait assorti certaines de ces clauses d'un régime juridique impératif et si la charge de la preuve ne se répartissait pas différemment selon la qualification qu'on leur donne. Avant de proposer une solution, il importe donc de rappeler les enjeux du problème.

⁶⁹ Voy. J.-L. FAGNART, « L'étendue de la garantie ... », *op. cit.*, note 11, p. 24.

A. Les enjeux de la qualification

1. LA LOI SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE TERRESTRE

52. Alors que la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre consacre une disposition détaillée à la faute intentionnelle et à la faute lourde (art. 8) ainsi qu'à la déchéance (art. 11), elle est curieusement très discrète au sujet des exclusions de risque. Faute de leur consacrer un régime général, elle se contente de quelques dispositions particulières relatives à l'exclusion des risques de guerre (art. 9) et à certaines exclusions particulières en assurance vie relatives au suicide et aux délits intentionnels (art. 101).

1°) L'article 8, alinéa 1er, on s'en rappelle, interdit à l'assureur de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé intentionnellement le sinistre. En revanche, l'alinéa 2 prévoit que le même assureur répond en principe des sinistres causés par la faute lourde du preneur d'assurance, de l'assuré ou du bénéficiaire. L'assureur peut toutefois s'exonérer de ses obligations en cas de faute lourde, mais à condition que ces hypothèses soient déterminées expressément et limitativement dans le contrat. L'alinéa 3 précise que le Roi peut établir une liste limitative des faits qui ne peuvent être qualifiés de faute lourde.

Le législateur a ainsi cru résoudre les nombreuses difficultés suscitées précédemment par l'interprétation des clauses excluant de façon générale la faute lourde, conformément à l'article 16 de la loi du 11 juin 1874. La lecture des nouvelles conditions contractuelles démontre que cet objectif et loin d'être atteint. La technique mise en œuvre par l'article 8 est en effet déficiente à plusieurs égards.

Tout d'abord, l'énumération limitative de tous les cas d'espèce pouvant être tenus pour des fautes lourdes confronte l'assureur à une mission impossible. Une certaine abstraction est inévitable, car l'hypothèse de la règle ne peut être réduite à un simple fait. Ensuite, à défaut de définition légale de la faute lourde, le législateur laisse libre cours à la liberté contractuelle en permettant à l'assureur d'ériger en faute lourde, ce qui n'est en réalité qu'une faute légère. L'effet obtenu est donc l'inverse de celui recherché. Enfin, en réglementant impérativement les clauses de faute lourde sans en faire de même pour les clauses d'exclusion, le législateur incite le rédacteur des conditions générales à l'évasion contractuelle. Quoi de plus simple en effet que de transformer une clause de faute lourde en une clause d'exclusion ? Il suffit pour cela de transformer le libellé de la clause et de procéder à sa délocalisation en la transférant vers les cas de non-assurance. La pratique en atteste : certaines polices ne comportent plus d'énumération de cas de fautes lourdes. Elles se contentent d'une énumération de causes d'exclusion ou de

non-assurance ⁷⁰. On s'interroge plus loin sur les moyens juridiques permettant de lutter contre d'éventuels abus.

2°) L'article 11, consacré à la déchéance du droit à la prestation d'assurance prévoit, quant à lui, que le contrat d'assurance ne peut sanctionner de déchéance que l'inexécution d'une obligation déterminée imposée par le contrat et à la condition que le manquement soit en relation causale avec la survenance du sinistre.

Sans faire explicitement aucun lien avec les cas d'exclusion et les hypothèses de faute lourde, l'article 11 indique néanmoins que la déchéance, c'est-à-dire la perte du droit à la couverture, est conçue comme une *sanction* qui résulte de l'inexécution d'une obligation *déterminée* imposée par le contrat.

En exigeant que l'obligation contractuelle soit déterminée précisément dans le contrat et que l'inexécution de cette obligation soit en relation causale avec le sinistre, la loi du 25 juin 1992 améliore considérablement la situation des assurés. Sous l'empire de la loi du 11 juin 1874, de nombreuses clauses contractuelles sanctionnaient aveuglément de déchéance des manquements minimes qui ne présentaient aucun lien de causalité avec le sinistre (déclaration tardive du sinistre, défaut de transmission des pièces, non-comparution aux audiences ...) ⁷¹.

Avec de nombreux auteurs, on remarquera toutefois que le domaine d'élection des déchéances s'est considérablement réduit depuis que de nombreuses obligations autrefois sanctionnées de déchéance sont maintenant réglementées impérativement par la loi du 25 juin 1992 ⁷². Comme celle-ci atténue généralement la sanction en faveur de l'assuré sous forme d'une réduction de la prestation à concurrence du préjudice subi ou de dommages et intérêts (voy. notamment les art. 19 à 21, 80 et 81), les clauses conventionnelles de déchéance sont désormais prohibées dans ces matières. En outre, l'exigence de causalité empêche désormais de sanctionner de déchéance des comportements certes fautifs, mais postérieurs au sinistre ⁷³.

⁷⁰ Voy. H. DE RODE, « L'action récursoire et la répétition de l'indu », in *Questions de droit des assurances* (vol. II), Ed. Jeune Barreau de Liège, 1996, p. 407. Tout en absolvant l'assureur au nom de la liberté contractuelle, l'auteur se demande très justement si l'article 8 ne conduira pas progressivement à la suppression, dans les polices, de l'exclusion de la faute lourde.

⁷¹ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 288; H. DE RODE, « La bonne foi et l'assurance », in *La bonne foi*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1990, pp. 174-181.

⁷² M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 292-293; H. DE RODE, « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 108.

⁷³ Voy. cependant J. BEGEREM, « La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Divergence entre le texte de loi et la pratique », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12633, pour qui la déchéance serait une sanction applicable en cas d'inexécution d'obligations postérieures au sinistre. L'article 11 fait, selon nous, obstacle à la déchéance, car on ne voit pas comment établir le lien causal entre un manquement postérieur au sinistre et le sinistre.

En réalité, il n'y a plus guère que les obligations de prévention imposées à l'assuré avant tout sinistre qui pourraient encore être sanctionnées par la déchéance et tomber sous le coup de l'article 11. Le professeur Fontaine y ajoute l'obligation de déclarer les menaces de sinistre, fréquemment prévue dans les assurances R.C. professionnelles ⁷⁴.

Le médecin assuré est en effet souvent invité à informer la compagnie de toute menace sérieuse de réclamation sans attendre que celle-ci soit expressément formulée. Bien que cette obligation fasse rarement l'objet d'une sanction explicite, il nous paraît excessif de permettre que l'obligation de déclarer les menaces de sinistre soit plus lourdement sanctionnée que la déclaration tardive du sinistre lui-même. Celle-ci ne peut en effet donner lieu, d'après la loi, qu'à des dommages et intérêts (art. 21). Une clause qui frapperait de déchéance la simple déclaration tardive d'une menace de sinistre pourrait selon nous être considérée comme abusive sur la base de l'article 14 de l'arrêté royal du 22 janvier 1991 (voy. *supra* n° 20). L'obligation sera d'ailleurs souvent discutée car la question de savoir si un fait est susceptible ou non d'engager la responsabilité de l'assuré peut faire l'objet d'appréciation divergentes ⁷⁵. En outre, il sera probablement très difficile de démontrer la relation causale entre ce manquement et le sinistre.

Même si la réglementation des déchéances nous paraît plus efficace que celle des fautes lourdes, l'article 11 n'évite pas non plus l'écueil déjà dénoncé ci-dessus, résultant de l'absence de réglementation générale des clauses d'exclusion. Comme en matière de faute lourde, le régime sévère prévu en matière de déchéance pourrait inciter les rédacteurs des conditions d'assurance à l'évasion contractuelle. Les clauses de déchéance peuvent, elles aussi, être aisément transformées en clauses d'exclusion, de sorte que l'on pourrait contourner le régime impératif prévu par l'article 11, par une simple délocalisation ⁷⁶. Il faudra se demander si un tel transfert effectué sous le couvert de la liberté contractuelle pourrait ou non être contesté.

3°) L'article 9 de la loi du 25 juin 1992 prévoit, quant à lui, que l'assureur ne répond en principe pas des sinistres causés par la guerre ou par des faits de même nature. Cette disposition supplétive ne concerne toutefois qu'une exclusion particulière de sorte que son intérêt est assez limité. L'alinéa 2 indique certes que l'assureur doit faire la preuve du fait qui l'exonère de sa garantie, mais cette solution paraît limitée à l'hypothèse visée. Elle peut difficilement être comprise

⁷⁴ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 88 et 279.

⁷⁵ En ce sens, R.O. DALCQ et M.-A. CRIJNS, *op. cit.*, note 7, p. 413, n° 65.

⁷⁶ Quelle différence par exemple y a-t-il entre une police qui prévoit que le vol couvre « les marchandises entreposées à condition qu'un système d'alarme soit branché en tout temps » et celle qui impose à l'assuré « de brancher en permanence le système d'alarme, sous peine de déchéance » ? Cet exemple est emprunté à M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 289. Voy. également H. DE RODE, « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », *op. cit.*, note 31, p. 108, n° 37.

comme une disposition visant à régler de façon générale la charge de la preuve des causes d'exclusion. Il en va de même de l'article 101 qui indique que la preuve du suicide incombe à l'assureur.

2. LA CHARGE DE LA PREUVE

53. La charge de la preuve des faits justifiant une exclusion ou une déchéance divise depuis longtemps la jurisprudence et la doctrine. Une étude détaillée est en voie de publication à ce sujet ⁷⁷.

En l'absence de clause attribuant expressément le fardeau de la preuve à l'assuré ou à l'assureur, certains auteurs estiment que la clause d'exclusion doit être considérée comme une exception invoquée par l'assureur contre l'action de l'assuré et que la charge de la preuve incombe par conséquent à l'assureur (art. 1315, alinéa 2 C. civ.) ⁷⁸. Les articles 9 et 101 précités paraissent confirmer cette thèse dans le cas particulier des risques de guerre et du suicide. D'autres considèrent au contraire que la clause d'exclusion participe à la description du risque assuré et à la définition de la garantie de sorte que la charge de la preuve reposerait non sur l'assureur mais sur l'assuré. Il appartiendrait en effet à celui-ci de démontrer qu'il se trouve dans les conditions pour bénéficier de la garantie ⁷⁹.

Faisant suite à deux arrêts qui concernaient des hypothèses dans lesquelles les parties avaient conventionnellement dérogé aux règles légales, et dont l'enseignement était par conséquent limité ⁸⁰, la Cour de cassation s'est prononcée récemment dans un arrêt du 5 janvier 1995, en des termes dénués de toute ambiguïté : « l'assuré doit apporter la preuve, non seulement du dommage, mais encore de l'événement qui y a donné lieu et établir que le risque réalisé était celui prévu par le contrat et non exclu par celui-ci » ⁸¹.

Cette solution a été approuvée. « L'assuré a donné son consentement à un contrat décrivant le risque couvert, d'une part dans la définition du risque, d'autre part dans les exclusions. La preuve de la correspondance entre les conditions du sinistre et la définition du risque couvert ne suffit pas à lui conférer la qualité de

⁷⁷ H. DE RODE, « Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance : charge de la preuve et validité », à paraître au *Bulletin des Assurances*, 1996/4.

⁷⁸ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Larcier, 1991, p. 63 et les réf. citées; J.-L. FAGNART, Examen de jurisprudence, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 732-733, n° 39.

⁷⁹ MONETTE, DE VILLE et ANDRÉ, *Traité des assurances terrestres*, t. I, n° 297 et 382; R. CARTON DE TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, *Assurances terrestres, Le contrat d'assurance en général*, n° 141, 146, 147, 165, 444; M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 290.

⁸⁰ Cass., 19 février 1965, *Pas.*, 1965, I, 628; Cass., 20 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 949 et la note. Pour un commentaire, voy. H. DE RODE, « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », *op. cit.*, note 31, p. 93, n° 20; du même auteur, « Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance ... », *op. cit.*, note 76, n° 8.

⁸¹ Cass., 5 janvier 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 29; *J.L.M.B.*, 1996, p. 336.

créancier vis-à-vis de l'assureur, dès lors qu'il n'établit pas en sus que le sinistre ne correspond pas à l'une des circonstances exclues. » ⁸²

Le principe énoncé par la Cour de cassation a, il est vrai, l'avantage de la cohérence et de la simplicité. Comme le fait opportunément remarquer Hélène de Rode, qu'elle soit présentée comme une clause d'exclusion ou comme une définition de la garantie, la portée de la clause est identique. Il s'agit de deux moyens différents pour arriver à une même fin. On ne comprendrait pas que des clauses dont la fonction est identique soient soumises à un régime probatoire différent, suivant qu'elles sont présentées dans le contrat comme participant à la définition de la garantie (clauses d'exclusion indirecte) ou comme des exclusions de garantie (clauses d'exclusion directe). Il en va d'autant plus ainsi que les clauses d'exclusion viennent souvent confirmer ou préciser ce qui se dégageait déjà implicitement des clauses visant à délimiter le périmètre garanti.

54. L'arrêt du 5 janvier 1995 présente aussi l'avantage de neutraliser les effets d'un déplacement éventuel des clauses d'un article à un autre de la police, puisque ce déplacement n'aura pas de conséquence sur la charge de la preuve. Si cet arrêt permet de régler de façon harmonieuse la charge de la preuve des causes d'exclusion directe et indirecte de la garantie, la question de la charge de la preuve des fautes lourdes et des causes de déchéance est, quant à elle, laissée ouverte.

A la différence des causes d'exclusion, la jurisprudence et la doctrine ont généralement considéré que les causes de déchéance devaient être prouvées par l'assureur ⁸³. S'agissant de priver l'assuré du droit à la couverture à la suite d'un manquement contractuel, la déchéance est traditionnellement analysée comme une exception au sens de l'article 1315, alinéa 2 du Code civil, dont la preuve incombe à celui qui s'en prévaut.

Antérieurement à la loi du 25 juin 1992, la faute lourde était souvent présentée comme un cas d'exclusion de la garantie mais, paradoxalement, il était unanimement admis que la preuve de cette faute incombait à l'assureur ⁸⁴. La façon dont l'article 8 de la loi du 25 juin 1992 régleme désormais l'exonération de garantie résultant d'une faute lourde permet-elle de renverser cette solution sous l'angle de la charge de la preuve ? On l'a prétendu parce qu'en obligeant l'assureur à préciser les cas de faute lourde qui l'exonèrent de la garantie, le législateur aurait

⁸² H. DE RODE, « Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance », *op. cit.*, note 76, n° 11. En jurisprudence dans notre matière, voy. Anvers, 1er mars 1995, *Rev. Dr. Santé/T. Gez.*, 1995-1996, p. 221, note N. JEGER; d'après cette décision le médecin qui prétend être assuré contre un sinistre en supporte la charge de la preuve.

⁸³ R. CARTON DE TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, *Précis des assurances terrestres en droit belge, Le contrat d'assurance en général*, n° 165 et 166; M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 290.

⁸⁴ H. DE RODE, « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », *op. cit.*, note 31, p. 83, n° 6 et les réf. citées.

en fait aligné le régime de la faute lourde sur celui des exclusions de risque. Une telle affirmation, qui bouleverse les solutions traditionnelles, ne peut cependant se justifier sans une tentative de qualification des différentes clauses permettant à l'assureur de s'exonérer de sa garantie, tentative qui permettrait d'introduire une certaine discipline contractuelle dans la rédaction des conditions générales.

B. Les critères de la qualification

55. Il ressort des observations qui précèdent que le législateur poursuivant son effort de réglementation a créé les conditions d'une véritable évasion contractuelle en faveur des clauses peu réglementées (exclusions directes ou indirectes) au détriment des clauses réglementées (déchéances et fautes lourdes). La solution adoptée par la Cour de cassation en matière de charge de la preuve ne fait que renforcer l'attrait des clauses d'exclusion, par rapport aux clauses de faute lourde.

Le comportement qui consiste à faire usage de la liberté contractuelle en vue d'adopter un régime juridique, qui n'est peut-être pas le plus normal, mais qui est le plus favorable à l'assureur est-il répréhensible ? Certains estiment que non pour autant que l'assureur accepte toutes les conséquences légales de son choix ⁸⁵. La question est de savoir cependant si la loi, dans les dispositions impératives qu'elle consacre à l'une ou l'autre clause, n'autorise pas les tribunaux à exercer un contrôle sur leur qualification.

Selon une formule bien connue empruntée à MM. Carton de Tournai et Van der Meersch : « *La déchéance peut être définie comme un moyen ou une exception qui permet à l'assureur, bien que le risque prévu au contrat se soit réalisé, de refuser la garantie promise, en raison de l'inexécution par l'assuré de ses obligations conventionnelles ...; la déchéance s'analyse ainsi en un retrait de droit. Constitue par contre une exclusion (ou un cas de non-assurance), l'hypothèse qui ne doit pas, aux termes du contrat, entraîner la prestation de l'assureur ... L'exclusion de risque ou la non-assurance s'analyse en un défaut de droit* » ⁸⁶.

Cette formule, qui a fait école, est judicieuse, mais elle ne se réduit pas à la seule opposition entre « le retrait de droit » et « l'absence de droit » qui ne permet pas de dégager des critères sûrs. A notre avis, ce qui distingue la déchéance et l'exclusion, c'est que la déchéance au sens de l'article 11 est la sanction de l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle imposée à l'assuré alors que l'exclusion de risque participe à la délimitation de la garantie offerte et est donc étrangère à toute idée de sanction. Alors que la clause d'exclusion retranche de la garantie certains éléments compris en principe dans l'espace délimité par le contrat d'assurance (activités assurées, dommages assurés, responsabilités assurées,

⁸⁵ H. DE RODE, « L'action récursoire et la répétition de l'indu », *op. cit.*, note 31, p. 407; M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 287 à 289.

⁸⁶ R. CARTON DE TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, note 82, n° 141.

personnes dont la responsabilité est assurée ...), la clause de déchéance sanctionne un comportement de l'assuré dont la conséquence est d'augmenter sensiblement la probabilité de survenance d'un sinistre.

C'est pourquoi la faute lourde se rapproche davantage, à notre avis, d'une cause de déchéance que d'une cause d'exclusion⁸⁷. Même si l'article 8 ne définit pas expressément le concept de faute lourde, rien n'indique que le législateur ait voulu lui donner un contenu différent de celui que la jurisprudence lui donnait antérieurement : la faute lourde désigne un comportement gravement imprudent proche de la faute intentionnelle, entraînant une aggravation du risque au-delà des prévisions normales de l'assureur (élément objectif), alors que l'assuré avait ou devait avoir connaissance de cette aggravation (élément subjectif).

Si la définition de la faute lourde est devenue étrangère à la technique de protection mise en place par l'article 8, il reste permis de s'en inspirer pour identifier certaines clauses dont on se demande, indépendamment de leur présentation et de leur localisation, si elles doivent être tenues pour des clauses d'exclusion ou de faute lourde.

56. La faute lourde, comme la cause de déchéance, entraîne un retrait de droit. Elles se rejoignent donc dans leurs conséquences, mais se rejoignent-elles aussi dans leurs origines ? La déchéance est une sanction qui peut s'attacher à différents types de comportements. Certains sont ponctuels, d'autres se conçoivent dans la durée (maintien d'un état de fait durant toute l'exécution du contrat). La particularité de la faute lourde dans les assurances de responsabilité civile résulte du fait que le comportement même qui est reproché par l'assureur à l'assuré est aussi celui qui engage la responsabilité de l'assuré à l'égard de la victime. Au regard du contrat d'assurance, ce comportement, source de responsabilité, ne peut être garanti, car il a entraîné une aggravation du risque au-delà des prévisions normales de l'assureur.

Dans cette conception, les clauses de faute lourde apparaissent comme une catégorie particulière de déchéance. Ce rapprochement justifie que l'exonération de l'assureur soit, dans les deux cas, subordonnée à la preuve du lien causal entre le comportement reproché à l'assuré et le sinistre. Il justifie également, même si la loi est muette à ce sujet, que la sanction de la faute lourde reste strictement personnelle

⁸⁷ *Contra*. H. DE RODE, « Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance », *op. cit.*, note 79, n° 13 et 14. Selon cet auteur, « l'on ne pourrait prétendre, dans le cas de faute lourde, qu'il y a bien eu un sinistre couvert, et que la faute commise par l'assuré lui a fait perdre son droit de couverture. Suivant les termes de la police, le sinistre n'a jamais été couvert; il est survenu dans des circonstances qui le placent hors de la garantie, et l'assuré n'a donc pas subi un "retrait de droit" ». Nous croyons que cette question ne peut précisément pas être tranchée d'après les termes de la police, sans quoi l'on s'expose à la manipulation. La jurisprudence antérieure à l'article 8 démontre au contraire que la faute lourde vise un comportement gravement fautif sanctionné par le retrait du droit à la couverture. L'article 8, alinéa 2, parle lui même "d'exonération des obligations", ce qui rapproche clairement la faute lourde d'une cause de déchéance.

à celui qui l'a commise. Il justifie enfin que la charge de la preuve des faits justifiant l'exonération repose sur l'assureur et non sur l'assuré (pour plus de détails, voy. *infra* n° 64).

Si l'on pouvait s'accorder sur ces critères, un contrôle judiciaire pourrait s'ouvrir afin de lutter contre les manipulations contractuelles visant à contourner les exigences des articles 8 et 11, en transférant vers les clauses d'exclusion ce qui correspond en réalité à des hypothèses de faute lourde ou à des causes de déchéance. Plusieurs auteurs, et non des moindres, estiment que ces transferts peuvent s'autoriser de la liberté contractuelle et qu'ils ne sont donc pas illicites ⁸⁸.

Nous pensons qu'il existe des limites à cette liberté. Ces limites se déduisent de la qualification que nous venons de proposer sur la base des textes légaux impératifs précités et de l'article 14 de l'arrêté royal portant réglementation générale du contrôle, qui indique qu'aucune clause ne peut porter atteinte à l'équivalence entre les engagements de l'assureur et du preneur. Or, une clause qui contourne les exigences de l'article 8 ou de l'article 11 est manifestement une clause qui porte atteinte à l'équivalence entre les engagements des parties, ne fût-ce que parce qu'elle contourne l'exigence de précision prévue par ces articles, efface l'exigence de causalité et entraîne un renversement de la charge de la preuve.

§ 2. Fautes lourdes et exclusions de risque dans les polices des hôpitaux et des médecins

A. Les fautes lourdes

57. En ce qui concerne les professions médicales, l'U.P.E.A. a préparé avec l'aide d'un groupe d'experts médecins, une liste indicative de différents cas de faute lourde. Celle-ci comprenait initialement :

- les dommages résultant de manquements tels aux normes de prudence ou de sécurité, aux lois, règles ou usages propres aux activités assurées, que leurs conséquences dommageables auraient pu être évitées, selon l'avis de toutes personnes normalement compétentes en la matière;
- les dommages consécutifs à l'exercice d'activités légalement ou déontologiquement interdites;
- les dommages consécutifs à l'application de traitements légalement interdits;
- les dommages consécutifs à la pratique d'expérimentation non déclarées préalablement à l'assureur ⁸⁹;

⁸⁸ Voy. les références citées *supra*, note 84.

⁸⁹ Cette clause qui écarte des activités assurées, certaines activités fréquemment exercées dans les hôpitaux seraient sans doute mieux à sa place dans la liste des exclusions. On ne voit

- les dommages consécutifs à l'utilisation de techniques ou méthodes de traitement dangereuses ou dépassées pour lesquelles existent, dans l'état actuel de la science, des alternatives communément acceptées;
- les dommages causés par la prise de risques injustifiés, notamment pour des raisons économiques, liés aux frais de fonctionnement;
- les dommages consécutifs à la mise en œuvre intentionnelle de traitements superflus;
- les dommages causés par l'inaptitude physique ou psychique à appliquer le traitement à l'origine du dommage;
- les dommages causés en état d'intoxication alcoolique ou médicamenteuse;
- les dommages causés par un refus d'assistance à une personne en danger;
- les dommages causés suite à l'exercice d'anesthésies simultanées ou à l'absence d'anesthésiste pendant toute la durée de l'anesthésie;
- les dommages causés au cours d'interventions pratiquées sans le dispositif de surveillance et de réanimation requis.

On a écrit à propos de cette énumération qu'elle correspondait à la jurisprudence antérieure et qu'il était de surcroît inimaginable que les compagnies d'assurance y ajoutent des hypothèses farfelues ⁹⁰. Certes, les dispositions énumérées ci-dessus correspondent le plus souvent à des hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a retenu la responsabilité du médecin sur la base de l'article 1382 C. civ. ou du contrat médical, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il s'agisse automatiquement de fautes lourdes au regard du droit des assurances.

La jurisprudence relative à la faute lourde telle qu'on l'entendait antérieurement à la loi du 25 juin 1992 est au demeurant assez rare dans le domaine de l'assurance R.C. médicale. On cite souvent le cas du médecin qui avait ligaturé les trompes de sa patiente sans son consentement ⁹¹. Encore faut-il remarquer que la faute lourde a été retenue dans cette hypothèse sur la base de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, qui fixe les limites de l'immunité du préposé, et non sur la base de l'article 16 ancien de la loi du 11 juin 1874 sur le contrat d'assurance terrestre. En dépit de l'identité des termes, le contenu de la faute lourde dans l'un et l'autre contexte n'est pas nécessairement le même. La faute lourde est sanctionnée en droit des assurances, parce qu'elle aggrave sensiblement la probabilité de survenance du sinistre. Cette considération est absente lorsqu'il s'agit d'apprécier les limites de l'immunité de responsabilité du préposé ⁹².

pas en quoi en effet la pratique d'expérimentations devrait être sanctionnée au titre d'une faute lourde.

⁹⁰ H. DE RODE, « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », *op. cit.*, note 31, p. 101, n° 29.

⁹¹ Bruxelles, 24 décembre 1992, *R.G.A.R.*, 1994, n° 19328; *R.G.D.C.*, 1995, p. 209, note T. VANSWEEVELT.

⁹² T. VANSWEEVELT, note précitée, p. 214, qui estime cependant que la qualification de la faute lourde retenue dans le procès en responsabilité pourrait exercer une influence sur la possibilité pour l'assureur de s'exonérer de sa garantie.

58. Les polices d'assurance consultées reproduisent rarement l'intégralité des clauses proposées par l'U.P.E.A. Plusieurs d'entre elles, et c'est heureux, resserrent les conditions d'application en insistant sur la gravité du comportement susceptible de justifier l'exonération. D'autres éliminent des hypothèses de faute lourde, d'autres procèdent simplement à un transfert dans les clauses d'exclusion (dommages consécutifs à des actes légalement, déontologiquement ou disciplinairement interdits ou à la pratique d'expérimentation non déclarée). D'autres encores ajoutent à la liste d'autres cas de faute lourde (absence de consentement éclairé du patient suite à une information insuffisante, dommage consécutif à la confusion entre patients, ou résultant de l'erreur commise quant au membre ou à l'organe à soigner)⁹³. Plusieurs polices ne distinguent pas les clauses de faute lourde et les clauses d'exclusion ou de non-assurance.

Si on laisse de côté la question délicate du contrôle de la délocalisation contractuelle des clauses qui vient d'être abordée, il reste deux types de clauses qui nous paraissent critiquables : les clauses vagues et imprécises et celles qui tiennent pour des fautes lourdes ce qui relève en réalité de fautes légères.

1. LES CLAUSES VAGUES ET IMPRÉCISES

59. Comme il est pratiquement impossible d'énumérer dans une police tous les comportements susceptibles d'être qualifiés de faute lourde, certaines clauses ne peuvent s'empêcher de viser abstraitement certains comportements en précisant qu'ils doivent présenter une certaine gravité pour justifier l'exonération de l'assureur.

Une des clauses présentes dans la première liste proposée par l'U.P.E.A. et dans la plupart des polices est typique à cet égard. Celle-ci assimile à des cas de faute lourde « *les manquements, tels aux normes de prudence ou de sécurité, aux lois, règles ou usages propres aux activités assurées, que leurs conséquences dommageables auraient pu être évitées, selon l'avis de toutes personnes normalement compétentes en la matière* ». On constatera que cette clause s'apparente à une définition générale de la faute lourde dans la ligne des critères qui avaient été dégagés par la jurisprudence antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1992⁹⁴.

60. Le juge peut-il prétendre exercer un contrôle sur ce genre de clauses et sur quelle base ? Hélène de Rode estime que le seul contrôle que le juge puisse

⁹³ La nouvelle liste proposée par l'U.P.E.A. à la suite des observations de l'O.C.A. ajoute ces deux hypothèses qui ne figuraient pas dans la liste précédente. La clause qui fait référence à une erreur commise quant au membre ou à l'organe à soigner devrait être précisée, de façon à ce qu'elle ne puisse s'appliquer à une simple erreur de diagnostic.

⁹⁴ Dans le même sens, T. VANSWEEVELT, *op. cit.*, note 2, p. 197.

désormais exercer aux termes de l'article 8, alinéa 2, concerne la conformité des faits de l'espèce à la clause. Celle qui est citée se prête à tout le moins à un contrôle de la gravité du manquement reproché à l'assuré. Pour le surplus, l'unique possibilité de lutter contre les clauses abusives résulterait de la délégation faite au Roi par l'article 8, alinéa 3, lui permettant d'établir une liste de faits qui ne peuvent être qualifiés de faute lourde et qui, dès lors, n'emportent pas exonération de la garantie. « La limite aux abus, telle que l'a prévue le législateur, consiste dans la détermination par voie réglementaire des cas de faute lourde exclus, et non dans le contrôle judiciaire du respect de conditions s'ajoutant à celles prévues par le texte des polices d'assurance »⁹⁵.

Que le juge puisse contrôler l'application de la clause aux faits de l'espèce, cela va de soi. Se limiter à ce contrôle placerait cependant l'assuré dans une situation aussi inconfortable que celle qui existait avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1992, ce qui ne peut pas avoir été l'intention du législateur.

Il nous semble au contraire que le juge trouve dans le libellé de l'article 8 les éléments permettant de justifier un contrôle sur les clauses vagues et imprécises. La loi indique en effet clairement que l'assureur ne s'exonérera de sa garantie que pour les cas de faute lourde déterminés *expressément et limitativement* dans le contrat. L'on rapprochera cette formulation de celle utilisée par l'article 11, qui indique que la déchéance ne peut être prévue qu'en raison d'une obligation *déterminée* imposée par le contrat (c'est nous qui soulignons). Il est permis de déduire de ces deux dispositions que le juge peut légitimement exercer un contrôle sur le caractère clair et précis des clauses de faute lourde et de déchéance et sanctionner éventuellement de nullité celles qui ne satisfont pas à ces exigences.

La possibilité prévue par l'article 8, alinéa 3, n'est pas de nature à exclure ce contrôle judiciaire, pas plus qu'il n'exclut le contrôle administratif des clauses de faute lourde sur la base de l'article 21 octies, joint à l'article 19 bis de la loi de contrôle. En se fondant sur un raisonnement identique à celui que nous défendons ici, l'Office de Contrôle des Assurances a d'ailleurs estimé que la clause écartant de la garantie un « *manquement tel aux normes de prudence, ou de sécurité, aux lois, règles ou usages propres aux activités garanties, que les conséquences dommageables du manquement étaient normalement prévisibles* », ne répondait pas au prescrit de l'article 8.

Cette clause est imprécise parce qu'elle se réfère globalement aux normes, lois, usages propres à l'activité concernée sans autre précision. En outre, la référence aux dommages normalement prévisibles est ambiguë, puisqu'il est précisément nécessaire que les conséquences dommageables d'un fait fautif soient prévisibles pour que la responsabilité de l'assuré soit engagée.

⁹⁵ H. DE RODE, « L'action récursoire et la réparation de l'indu », *op. cit.*, note 31, p. 419; « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », *op. cit.*, note 71, p. 101-103; comp. M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 316.

A la suite de l'intervention de l'Office de Contrôle des Assurances, la liste des cas de faute lourde a été révisée de façon à ne plus faire usage que de cas non-équivoques de *non-assurance* (... et non plus de fautes lourdes; sur cette curieuse transformation voy. *supra* n° 56). Elle sera prochainement communiquée aux compagnies, qui restent toutefois libres d'apprécier le caractère de faute lourde ou d'exclusion de chacune de ces clauses. La nouvelle liste ne reprend plus la clause critiquée.

Pour des motifs similaires, l'Office de Contrôle a également critiqué sur le fondement des articles 8 et 11 de la loi du 25 juin 1992, les clauses excluant de la garantie « *les accidents survenus à l'occasion de paris, de défis, ou d'actes notoirement téméraires* ». Comme cette clause ne figure pas dans les polices examinées, nous ne la commenterons pas davantage.

61. Il existe en réalité d'autres clauses dont la précision pourrait être discutée. Si l'on conçoit l'exclusion des dommages consécutifs à des actes légalement ou déontologiquement (certaines clauses ajoutent disciplinairement) interdits, ne serait-il pas préférable de préciser par rapport à quelle législation ou réglementation, cette interdiction doit être appréciée ? Tout comportement qualifiable pénalement est virtuellement un comportement interdit par la loi. Or, l'on sait que la faute du médecin constitue le plus souvent une infraction pénale ...

Que penser d'une clause qui ajoute à cette exclusion les dommages allant à l'encontre des recommandations des Conseils de l'Ordre ? N'est-il pas excessif de sanctionner d'une déchéance, un manquement à une simple recommandation, en transformant ainsi en faute lourde, ce qui pourrait bien n'être qu'une faute légère ? L'on observera cependant que la plupart des clauses qui se réfèrent à la loi ou à la déontologie sont présentées parmi les exclusions et non parmi les fautes lourdes. Ce transfert a certes une incidence sur la charge de la preuve, mais non sur l'exigence d'une rédaction précise des clauses (voy. *infra* n° 68 les clauses d'exclusion).

2. LES FAUTES LÉGÈRES DÉGUISÉES EN FAUTES LOURDES

62. Nombre de comportements évoqués dans les clauses énumérant les cas de fautes lourdes sont assurément fautifs au regard des règles qui régissent la responsabilité civile médicale, mais ne sont pas pour autant des fautes lourdes au sens de l'article 8 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

Ces clauses sont dangereuses parce qu'elles déguisent en fautes lourdes susceptibles d'exonérer l'assureur, de simples négligences. En voici quelques exemples.

Sont exclus de la couverture :

- « *les dommages causés par l'inaptitude physique ou psychique à appliquer le traitement à l'origine du dommage* ». L'état de fatigue peut-il être considéré comme une inaptitude physique donnant lieu à exonération de garantie ? Afin d'éviter une interprétation extensive, il serait souhaitable de ne viser que l'inaptitude physique ou psychique manifeste ou flagrante à poser l'acte ou le traitement médical ou paramédical. Certaines polices ne citent d'ailleurs comme faute lourde que l'exécution d'un acte ou d'un traitement médical ou paramédical en état d'ivresse, d'intoxication alcoolique ou médicamenteuse (ou tout état analogue résultant de l'utilisation de produits autres que des boissons alcoolisées), ce qui est préférable ⁹⁶. Parfois même, seul l'état d'ivresse est visé ce qui exclut l'intoxication alcoolique non constitutive nécessairement d'ivresse.

- « *les dommages causés suite à l'exercice d'anesthésies simultanées ou à l'absence d'anesthésiste pendant toute la durée de l'anesthésie* ». Personne ne contestera que la pratique des anesthésies simultanées constitue une imprudence en plus d'un manquement à la déontologie (voy. l'art. 51 du Code de déontologie médicale). Mais la réalité démontre qu'il s'agit d'une obligation très difficile à respecter en période de surcharge et de manque d'effectifs. Il est donc dangereux de considérer, sans autre précision, que tout manquement à cette obligation est automatiquement tenu pour une faute grave.

- « *les dommages causés au cours d'interventions pratiquées sans le dispositif de surveillance et de réanimation requis* ». L'on ne peut manquer de rapprocher cette clause d'un arrêt rendu par le tribunal de première instance de Charleroi sous l'empire de l'ancien régime légal. Les termes de ce jugement sont clairs : « Le médecin anesthésiste qui a pratiqué une péridurale en laissant à l'infirmière le soin de procéder à l'injection du produit analgésique et qui a pratiqué l'anesthésie alors que toutes les conditions de sécurité n'étaient pas réunies, le matériel de réanimation ne se trouvant pas à proximité immédiate, n'a pas commis une faute lourde au sens de l'article 16 [de la loi du 11 juin 1874], même si elle a transgressé les instructions de l'ordre des médecins et l'article 51 du Code de déontologie qui impose de surveiller l'anesthésie pendant la durée de l'opération. En pratique, cette présence médicale continue se heurte à une impossibilité matérielle, compte tenu du nombre insuffisant d'anesthésistes ... » ⁹⁷.

On remarquera que les deux dernières clauses se réfèrent à des problèmes d'organisation, de coordination ou d'équipement des services dont la maîtrise

⁹⁶ La dernière liste proposée par l'UPEA exclut : « *L'exécution d'un acte ou d'un traitement médical ou paramédical en état d'intoxication alcoolique, médicamenteuse, ou sous l'influence de stupéfiants ou l'incapacité physique ou psychique flagrante à poser l'acte ou le traitement médical ou paramédical* ». Si la clause est désormais plus précise, l'expression « *poser un traitement médical ou paramédical* » reste obscure et heurte le bon usage du français.

⁹⁷ Civ. Charleroi, 1er février 1991, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12338.

échappe aux médecins. L'élément d'imputabilité de la faute lourde ne se vérifie, si faute lourde il y a, qu'à l'égard de l'hôpital et non à l'égard du médecin (sur le caractère personnel de la faute lourde voy. *infra* n° 66).

• « *l'absence de consentement éclairé du patient suite à une information insuffisante du patient ou des personnes pouvant consentir en son nom* »⁹⁸.

S'il est vrai que la jurisprudence retient le défaut de consentement libre et éclairé du patient comme une source possible de responsabilité du médecin, on ne voit pas en quoi cette faute devrait nécessairement être tenue pour une faute grave⁹⁹.

Cette clause est d'autant plus dangereuse que le manque d'information est souvent l'ultime moyen utilisé par le patient pour engager la responsabilité du médecin lorsqu'aucune erreur de diagnostic ni thérapeutique ne peut être retenue à sa charge. Dès lors que l'obligation d'information doit être adaptée à la personnalité du malade et que l'étendue de l'exception thérapeutique fait l'objet de controverses entre les juristes et les médecins, une exonération sans nuance paraît excessive.

La preuve de manquement sera d'ailleurs difficile car il n'est pas d'usage que le médecin se réserve une trace écrite de l'information qu'il a effectivement fournie ni du consentement donné par le patient. La preuve du lien causal entre ce manquement et le sinistre sera aussi délicate à rapporter. On ne peut nier toutefois qu'il peut exister des circonstances dans lesquelles le manquement à l'obligation d'information peut être révélateur d'une faute lourde. C'est le cas lorsqu'il y a absence totale de consentement du patient, notamment dans l'hypothèse d'une stérilisation chirurgicale. L'article 54 du Code de déontologie médicale impose, dans ce cas précis, le respect de la volonté du patient¹⁰⁰.

• « *La prise de risques injustifiés, notamment pour des raisons économiques liées aux frais de fonctionnement* ».

Une fois encore cette clause pourrait être opposée dans des situations qui ne révèlent pas l'existence d'une faute lourde du médecin ni même de l'hôpital. Que penser en effet de la situation fréquente en pratique, où l'hôpital est obligé de renvoyer un patient un peu plus tôt que prévu pour libérer un lit ? L'hypothèse visée a heureusement disparu de la nouvelle liste indicative proposée par l'UPEA.

63. Existe-t-il des moyens juridiques permettant de contester ces clauses ? Un contrôle pourrait-il encore être exercé sur l'existence objective d'une aggravation de risque et sur la conscience de cette aggravation dans le chef de l'assuré ? La

⁹⁸ La nouvelle liste proposée par l'UPEA vise « *Un manquement au devoir d'information ou l'absence de consentement éclairé du malade ou de son entourage* ».

⁹⁹ Dans le même sens, T. VANSWEEVELT, *op. cit.*, note 2, p. 200.

¹⁰⁰ Bruxelles, 24 décembre 1992, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12328. L'arrêt précise, à juste titre, que l'existence de la faute lourde ne dépend pas du prononcé d'une peine disciplinaire.

majorité de la doctrine répond par la négative à cette question au motif que ce contrôle supplémentaire irait à l'encontre de l'intention du législateur qui a précisément voulu éviter les incertitudes inhérentes au concept général de faute lourde ¹⁰¹. Tous les cas spécifiés devraient donc systématiquement être assimilés à des hypothèses de fautes lourdes, la seule possibilité étant de contrôler l'application de la clause aux faits de l'espèce.

On ne peut souscrire à cette opinion sans nuances. Il convient d'observer en effet que face à la difficulté de définir expressément et limitativement les cas de faute lourde pouvant exonérer l'assureur de sa garantie, les clauses contractuelles réintroduisent elles-mêmes l'élément de gravité sans lequel le comportement visé ne peut être assimilé à une faute lourde.

Sont par exemple exclus les dommages résultant

- « de l'exécution d'actes relevant de l'exercice de l'art médical, pharmaceutique ou dentaire, mettant en œuvre des techniques ou des traitements *notoirement* reconnus comme dépassés ou superflus, exposant le patient traité à un risque *totale*ment inutile; » ¹⁰²
- « de l'exécution d'actes relevant de l'exercice de l'art médical, pharmaceutique ou dentaire en état d'incapacité physique ou psychique *flagrante*; »
- « de l'absence de consentement écrit du patient suite à une information *manifestement* insuffisante ».

Toutes ces précisions sont de nature à réintroduire un contrôle du juge, au moins sur l'aggravation objective du risque par rapport aux prévisions normales de l'assureur. L'élément subjectif pourrait, quant à lui, être réintroduit par le biais de la condition d'imputabilité de la faute lourde (voy. *infra* n° 66).

Même lorsque la clause concernée ne limite pas sa portée aux comportements les plus graves, un contrôle reste à notre avis possible soit sur la base de l'abus de droit ¹⁰³, soit sur la base de l'article 14 de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général du contrôle des activités d'assurances. Ce deuxième moyen a notre préférence. Une clause qui érige une simple faute civile en faute grave porte manifestement atteinte à l'équivalence entre les engagements

¹⁰¹ H. DE RODE, « Les clauses d'exclusion et de faute lourde », *op. cit.*, note 31, pp. 101-103; P. HENRY, « L'assurance-vol », in *Les assurances de l'entreprise*, II, Bruylant, 1993, p. 90; M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 316; *contra* S. KINET, *Le nouveau contrat type d'assurance automobile*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 165.

¹⁰² La nouvelle liste proposée par l'UPEA prévoit une clause de ce type : « *est exclu un dommage consécutif à la mise en œuvre de techniques ou de méthodes de traitement dangereuses et notoirement dépassées, selon l'avis formulé contradictoirement par un collège d'experts, et pour lesquelles au moment de l'acte existe, vu l'état actuel de la science, des alternatives communément acceptées* ».

¹⁰³ En ce sens, T. VANSWEEVELT, *op. cit.*, note 2, p. 201.

des parties contractantes, car il est de l'essence de l'assurance de la responsabilité de couvrir les fautes légères (sur la question de la sanction, voy. *supra* n° 20).

3. LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'EXONÉRATION POUR FAUTE LOURDE

Indépendamment de la licéité des clauses, la présentation de la faute lourde comme une cause particulière de déchéance de la garantie a des conséquences déterminantes sur le régime juridique qui lui est applicable. Nous en soulignerons trois.

64. *La causalité.* Comme la faute lourde constitue un manquement contractuel de l'assuré, l'exonération est normalement subordonnée à la preuve du lien de causalité entre ce manquement et le sinistre. Cette preuve incombe à l'assureur. La faute ne doit toutefois pas être nécessairement la cause exclusive du sinistre.

Ces solutions n'étaient pas contestées sous l'empire de l'ancien régime légal ¹⁰⁴. La plupart des clauses examinées sont d'ailleurs expressément ou implicitement rédigées en ce sens puisqu'elles excluent les dommages *causés* par l'une des fautes lourdes énumérées. Certaines organisent cependant un renversement de la charge de la preuve. Par exemple « *les actes et faits suivants sont expressément considérés comme fautes lourdes ou manquements qui entraînent la déchéance du droit à la prestation, sauf s'il est établi qu'il n'y a pas de lien causal entre la faute lourde ou le manquement et le dommage* ». Même si elles modifient les principes classiques de répartition de la charge de la preuve, ces clauses ne nous paraissent pas critiquables, dans la mesure où elles visent des situations où tout laisse à penser que la faute est bien l'une des causes du sinistre (ivresse, ...) ¹⁰⁵.

65. *L'opposabilité des exceptions à la victime.* L'on sait que l'un des apports majeurs de la loi du 25 juin 1992 est d'avoir étendu l'action directe à toutes les assurances de la responsabilité. Le régime d'opposabilité des exceptions issues du contrat d'assurance diffère suivant qu'il s'agit d'assurances obligatoires ou non obligatoires.

Les assurances R.C. des médecins et des hôpitaux ne sont pas à ce jour des assurances obligatoires. Il y a donc lieu de leur appliquer l'article 87, § 2, qui prévoit que l'assureur ne peut opposer à la personne lésée « que les exceptions, nullités et déchéances dérivant de la loi ou du contrat et trouvant leur cause dans un fait antérieur au sinistre ». La faute lourde, qui s'apparente selon nous à une cause

¹⁰⁴ Voy. H. DE RODE, « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », *op. cit.*, note 31, p. 88.

¹⁰⁵ On notera cependant que l'annexe de la directive européenne sur les clauses abusives du 5 avril 1993 (JOCE n° L 95 du 21 avril 1993) cite parmi les clauses annulables, celles qui imposent au consommateur la charge d'une preuve qui devrait normalement revenir à une autre partie au contrat.

de déchéance, est par nature antérieure, fût-ce un bref instant, au sinistre (d'où l'on voit l'intérêt qu'il y a à faire dépendre la définition du sinistre de l'apparition du dommage et non du fait générateur), de sorte qu'elle sera toujours opposable à la personne lésée.

La solution serait sans doute identique pour les exclusions de risque, mais pour une toute autre raison : les clauses qui participent à la définition et à la description des garanties offertes sont toujours opposables à la personne lésée, y compris dans les assurances obligatoires. Elles ne peuvent être assimilées aux exceptions, nullités et déchéances visées par l'article 87. Il y a là un autre intérêt à distinguer clairement les exclusions, les déchéances et les fautes lourdes.

66. *L'imputabilité et l'effet relatif.* Comme la faute lourde s'analyse en un manquement contractuel assimilable à une cause de déchéance de la garantie, l'exonération qui s'y attache reste en principe strictement personnelle à l'assuré qui l'a commise. Lorsque le contrat couvre plusieurs assurés, cela signifie que la faute lourde commise par l'un d'entre eux n'a pas nécessairement le même effet exonératoire à l'égard des autres. « Seul le fait personnel de l'assuré est de nature à le priver de la couverture, non le dol ou la faute lourde de ceux dont il serait responsable » ¹⁰⁶. L'acte commis par un organe de la société est toutefois assimilé à un acte de celle-ci ¹⁰⁷

La responsabilité du chef de service ou du maître de stage reste ainsi garantie en dépit de la faute lourde du préposé ou du stagiaire. L'inverse devrait être vrai également. Les polices précisent souvent que le maintien de la garantie ne se justifie cependant que si le préposé ou le stagiaire a agi à l'insu de l'assuré ou à l'encontre de ses instructions. D'autres, plus restrictives, subordonnent la déchéance à la participation consciente et délibérée de l'assuré à l'acte constitutif de faute lourde.

Puisque la responsabilité du commettant ou du maître de stage reste en principe couverte à l'égard de la victime, le comportement du préposé ou du stagiaire sera sanctionné par une action récursoire en remboursement de tout ou partie des sommes versées à la personne lésée. Conformément à l'article 88 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, ce droit de recours de l'assureur doit nécessairement être réservé dans la police. Il serait souhaitable que la clause en question fixe un plafond à ce recours, afin d'éviter que l'obligation de remboursement plonge l'assuré dans des difficultés financières inextricables.

La clause suivante apparaît dans l'une des polices consultée : « *Lorsque le motif d'exclusion est propre à l'un des assurés, l'exclusion lui est personnelle et*

¹⁰⁶ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 317.

¹⁰⁷ Voy. H. DE RODE, « L'action récursoire et la répétition de l'indu », *op. cit.*, note 31, p. 418 et réf. citées.

n'est pas opposable aux autres assurés. La compagnie se réserve toutefois, s'il y a lieu, un droit de recours contre l'assuré responsable. En cas de recours contre les assurés, le montant de recours ne pourra excéder 1.000.000 FB ».

67. L'on doit reconnaître cependant que le caractère personnel de la faute lourde, qui n'était guère contesté sous l'empire de la loi du 11 juin 1874, se déduit moins clairement de l'article 8, alinéa 2 de la loi du 25 juin 1992. L'article 8, alinéa 1er, qui concerne la faute intentionnelle est, quant à lui, rédigé sans équivoque à cet égard : « l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé intentionnellement le sinistre » (c'est nous qui soulignons). En créant une confusion entre les causes de déchéance et les causes d'exclusion, l'article 8, alinéa 2, ne permet pas une conclusion aussi sûre.

A notre avis, cette disposition ne remet toutefois pas en cause la solution traditionnelle confirmée d'ailleurs par l'analyse proposée. Afin d'éviter des querelles inutiles, il serait néanmoins préférable de traduire désormais dans la police toutes les conséquences du caractère personnel de la faute lourde et de préciser également à quelles conditions l'assuré pourra se voir opposer les manquements commis par un autre assuré ¹⁰⁸.

B. Les clauses d'exclusion

68. Nous ne pouvons examiner ici, une à une, les clauses d'exclusion que l'on trouve dans les polices d'assurance R.C. médecins et R.C. hôpitaux. Certaines d'entre elles sont classiques et ne méritent pas un commentaire particulier. Les risques qui font l'objet d'une assurance légalement obligatoire ou qui relèvent de l'assurance R.C. vie privée sont, par exemple, presque toujours exclus de la garantie (assurance, R.C. automobile, assurance R.C. en cas d'incendie ou d'explosion dans les lieux accessibles au public...).

Bien que traditionnelles certaines clauses d'exclusion méritent quelques observations au regard des particularités qu'elles présentent dans le secteur des soins de santé. D'autres, que nous avons déjà rencontrées, sont dangereuses dans leur généralité.

¹⁰⁸ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 1996, n° 317. Voy. H. DE RODE, « Les clauses d'exclusions et de faute lourde », *op. cit.*, note 31, p. 89, pour qui l'effet relatif de la faute lourde ne peut résulter que d'une solution conventionnelle. Les décisions citées à l'appui de cette thèse correspondent toutes à des situations où la faute lourde avait été commise par le commettant lui-même, celle-ci étant accompagnée ou non d'une faute du préposé. Si cette faute est elle-même lourde, aucun problème ne se pose. Si ce n'est pas le cas, on peut légitimement se demander si le caractère personnel de la faute lourde commise par le commettant n'empêche pas l'assureur de se prévaloir de cette faute pour s'exonérer de la garantie à l'égard du préposé assuré (à supposer que la responsabilité de celui-ci soit mise en cause).

1. LES RISQUES DE GUERRE ET LES RISQUES CATASTROPHIQUES

69. Il est d'usage d'exclure de toute garantie les risques de guerre et les risques catastrophiques qui sont difficilement assurables d'un point de vue technique.

Tout en réservant la convention contraire, l'article 9 de la loi du 25 juin 1992 confirme que l'assureur ne répond en principe pas des sinistres causés par la guerre ou par des faits de même nature et par la guerre civile. Contrairement à la loi antérieure, les émeutes ne sont plus associées à la guerre. Ceci n'enlève rien à la possibilité de les exclure contractuellement.

Lorsque le contrat d'assurance couvrant la responsabilité de l'hôpital ou du médecin exclut les dommages causés lors de guerres, troubles, émeutes, inondations et autres cataclysmes de la nature, il convient à tout le moins de réserver les dommages causés à l'occasion de la participation des assurés aux premiers soins, au service 100, au SMUR et aux plans catastrophes.

2. LE RISQUE NUCLÉAIRE

70. L'assurance exclut généralement les dommages causés par *« tout fait ou succession de faits de même origine, dès lors que ce fait ou ces faits ou certains dommages causés proviennent ou résultent des propriétés radioactives ou, à la fois, des propriétés radioactives et des propriétés toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses des combustibles nucléaires ou produits ou déchets radioactifs »*.

Vu les progrès de la médecine nucléaire, il est évident que les clauses d'exclusion traditionnelles du risque nucléaire doivent être corrigées dans les contrats relatifs à la R.C. médicale et des hôpitaux.

La clause suivante est fréquente : *« l'assurance s'étend aux dommages dus aux radiations émises lors des soins diagnostiques et thérapeutiques résultant d'appareils de rayons X ou comportant des radio-nucléides »*.

Ou encore : *« La responsabilité du présent contrat s'étend à la responsabilité du preneur pour les dommages causés aux tiers du fait de la présence ou de l'utilisation dans les sièges d'exploitation d'appareils contenant des sources radioactives »*.

Le libellé des clauses apportant un correctif à l'exclusion du risque nucléaire mérite une attention particulière à deux égards. Il faut tout d'abord se demander si les appareils de rayons X ou comportant des radionucléides couvrent l'ensemble des techniques médicales modernes utilisées par l'hôpital, susceptibles de provoquer des dommages à des tiers. On observera ensuite que certaines clauses

consultées ne visent que les radiations émises lors des soins, sans préciser si cette expression englobe celles qui sont émises lors des examens et des investigations. Afin d'éviter des litiges ultérieurs, il serait préférable de préciser l'intention des parties contractantes à cet égard.

3. LE RESPECT DE LA LOI ET DE LA DÉONTOLOGIE

71. Les références au respect de la loi, des règlements et de la déontologie sont omniprésentes dans les contrats couvrant la responsabilité civile des médecins et des hôpitaux. Lors de l'examen du contenu de la garantie, nous avons déjà abordé celles qui subordonnent la garantie à la condition que l'assuré ait toutes les qualifications légales pour accomplir l'acte qui s'est révélé dommageable. Les actes médicaux accomplis sans être porteur des diplômes requis sont ainsi indirectement exclus. Nous avons insisté également sur l'ambiguïté des clauses qui subordonnent la garantie au respect de la loi et de la déontologie, dans la mesure où la responsabilité du médecin ou de l'institution hospitalière trouve la plupart du temps sa source dans la violation d'une disposition légale ou réglementaire.

Les clauses d'exclusion précisent ou confirment en termes négatifs, ce que la description des garanties laisse entrevoir en termes implicites. La complémentarité qui existe entre ces clauses et celles relatives à la description du risque assuré, nous incite d'ailleurs à les classer parmi les cas d'exclusions et non parmi les cas de fautes lourdes. On observera d'ailleurs que les clauses de ce type ne visent pas nécessairement à sanctionner des comportements fautifs dont la conséquence est d'aggraver le risque au-delà des prévisions normales de l'assureur, mais à obliger l'assuré à exercer ses activités dans les limites de la loi ou de la déontologie. Cette classification ne se reflète toutefois pas toujours dans la structure des polices qui ne se montrent pas très rigoureuses en la matière.

La liste initiale des cas de faute lourde proposées par l'U.P.E.A., comprend par exemple les dommages consécutifs à l'exercice d'activités légalement et déontologiquement interdites ainsi que les dommages consécutifs à l'application de traitements légalement interdits. Certaines clauses ajoutent à l'énumération les activités disciplinairement interdites. La nouvelle liste ne prévoit plus, quant à elle, que des clauses de non-assurance!

a) La référence à la loi et aux règlements

72. L'exclusion des dommages consécutifs à l'existence d'activités ou à des traitements légalement interdits est sujette à interprétation. Si l'interdiction doit être expressément formulée par une loi ou un règlement, l'exclusion se limite à peu de choses. Comme le souligne Madame Hennau¹⁰⁹, la législation relative à l'art de

¹⁰⁹ C. HENNAU-HUBLET, « La responsabilité pénale du médecin », *op. cit.*, note 17, p. 75.

guérir n'a que peu précisé les limites de la liberté thérapeutique et diagnostique dans la pratique de la médecine curative. Si l'on fait abstraction des exigences relatives à la compétence de l'agent, celle-ci ne formule explicitement que peu d'interdictions. En réalité, c'est la jurisprudence qui constitue la source la plus importante des conditions de légalité de la pratique médicale. Cette légalité est alors appréciée à l'aune de critères généraux, comme ceux de l'utilité, de la stricte nécessité et de la proportionnalité de l'acte ou du traitement. L'exclusion s'appliquera-t-elle en cas de méconnaissance des conditions générales de légalité élémentaire des actes médicaux ?

La question est importante, spécialement, pour les actes, de plus en plus nombreux, qui ne sont pas guidés par un but strictement thérapeutique ou curatif. La médecine a depuis longtemps dépassé les frontières de l'acte thérapeutique, et l'on ne peut affirmer sans nuances qu'un acte dont le but n'est pas curatif est *ipso facto* exclu de la garantie.

Certains d'entre eux font d'ailleurs l'objet d'une réglementation précise. C'est le cas pour le prélèvement d'organes *post mortem* ou *in vivo* (loi du 13 juin 1986) et pour l'interruption volontaire de grossesse (loi du 3 avril 1990). Il convient alors de se reporter à ces lois pour apprécier la légalité de l'intervention et, partant, l'opposabilité de l'exclusion.

L'utilité de certaines pratiques est parfois reconnue implicitement ou explicitement par la loi ou par le Code de déontologie. La loi du 21 juin 1983 reconnaît au moins implicitement le principe des essais cliniques de nouveaux médicaments sur des sujets volontaires, non bénéficiaires. Le Code de déontologie reconnaît lui-même formellement que l'essai sur l'homme de nouvelles médications et de nouvelles techniques médicales est indispensable. Il en fixe par ailleurs certaines conditions d'admissibilité (art. 89 à 94).

Certaines pratiques dont le but curatif est inexistant ou discutable ne sont nullement réglementées, mais font parfois l'objet d'une attention particulière dans le Code de déontologie. On songe notamment à la stérilisation chirurgicale purement contraceptive (art. 54), à la procréation assistée (art. 88) et à l'euthanasie (art. 95 à 98). Le législateur n'a pas réglementé non plus les interventions chirurgicales d'inversion de sexe. La légalité de toutes ces pratiques non précisément réglementées s'apprécie alors par référence aux conditions classiques régissant l'activité médicale, en y intégrant les enseignements de la médecine.

En l'absence de réglementation précise, c'est donc par rapport aux critères d'utilité, de nécessité et de proportionnalité qu'il conviendra d'apprécier la légitimité du refus d'intervention éventuellement opposé par l'assureur à l'assuré. Cette appréciation n'exclut pas une référence au Code de déontologie.

Afin d'éviter les incertitudes inhérentes à la généralité de ces concepts, certaines polices préfèrent exclure radicalement de la garantie certaines pratiques

déterminées (chirurgie esthétique, médecine sportive, expérimentations, essais et tests associés ...). La nouvelle liste proposée par l'UPEA exclut par exemple « *les dommages consécutifs à la pratique d'expérimentations non déclarées préalablement à l'assureur* ».

b) La référence au Code de déontologie

73. La référence générale aux règles déontologiques est plus ambiguë encore que la référence aux lois et règlements. Les règles déontologiques ne constituent pas en elles-mêmes une source de responsabilité, même si elles peuvent intervenir dans l'appréciation de la faute médicale. Elles n'ont d'ailleurs un caractère obligatoire que si elles sont sanctionnées par un arrêté royal.

En outre, le Code de déontologie procède davantage par recommandations que par interdictions formelles. Il formule un certain nombre de règles de conduite générales dont la violation ne constitue qu'une faute légère au sens du droit de la responsabilité civile.

L'article 4 prévoit par exemple que « le médecin doit se tenir au courant des progrès de la science médicale », l'article 34 que « le médecin s'engage à donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données actuelles et acquises de la science », l'article 50 que « le chirurgien doit choisir des aides opératoires compétents ». Ce sont là les bases de la responsabilité civile du médecin. Une clause qui exclurait sans discernement de la garantie, les manquements à la déontologie viderait le contrat de toute substance en créant un déséquilibre manifeste entre les engagements des parties. Elle serait par conséquent annulable sur la base de l'article 14 du règlement général de contrôle.

Il serait donc préférable d'abandonner toute référence au Code de déontologie dans les clauses de faute lourde et les clauses d'exclusion. De façon générale, les polices gèneraient en clarté si elles prenaient soin de préciser par rapport à quels textes légaux ou réglementaires l'interdiction doit être appréciée.

CONCLUSIONS

74. L'examen du contenu des garanties couvrant la responsabilité civile des médecins et des hôpitaux indique que la majoration des primes n'a pas été accompagnée d'une extension notable des couvertures. Il est vrai que cette augmentation se justifiait uniquement par la souci de faire face à une sinistralité aggravée et non par la volonté de mieux adapter le tarif au contenu des garanties. Il

est vrai aussi que le législateur utilisant la technique de la réglementation impérative avec des fortunes très diverses n'a guère facilité la tâche des assureurs appelés à adapter le contenu de leurs polices aux nouvelles exigences légales. Les dispositions consacrées à l'étendue de la garantie dans le temps et à la faute lourde en attestent. L'on ne peut que regretter cependant l'usage immodéré que certaines polices font des clauses d'exclusion et de non-assurance.

Il semble que les clauses contractuelles d'exclusion et de faute lourde soient désormais mises en service d'une politique générale de prévention de la compagnie, quitte à méconnaître les exigences nouvelles qui se déduisent de la loi du 25 juin 1992. Or, les clauses contractuelles ne suffisent pas à remplacer une véritable politique de prévention ou de *risk management* au sein des hôpitaux.

Notre analyse se limite à cet égard à un constat. Peut-on proposer des solutions ? Le Ministère de l'économie et des finances a entamé une réflexion à ce sujet. Deux pistes sont, pour l'instant, envisagées.

La première serait de rendre l'assurance R.C. des médecins obligatoire. La création d'une obligation d'assurance ne viserait sans doute pas en l'espèce à parer au danger de la non-assurance, qui ne semble pas très répandu dans le secteur médical, mais à permettre une intervention contraignante dans le contenu même des garanties offertes. Inutile de dire que cette option ne suscite guère l'enthousiasme des assureurs.

L'obligation d'assurance n'est cependant pas la panacée. Elle n'est efficace que si elle s'accompagne d'un régime de contrôle administratif relatif à la souscription et au maintien des garanties, ainsi que d'un système visant à pourvoir aux cas de non-assurance (fonds de garantie). Elle suppose aussi que soient clairement fixées les caractéristiques que la garantie devra impérativement présenter. L'homogénéisation des couvertures suppose que le risque envisagé présente lui-même une certaine homogénéité, ce qui n'est pas vraiment le cas en notre matière, à en juger par la multiplicité des intervenants.

Une autre solution serait de faire usage de l'article 8, alinéa 3, de la loi du 25 juin 1992 et d'adopter sur cette base un arrêté royal qui énumérerait les différentes hypothèses qui ne pourraient être qualifiées de fautes lourdes. Cette solution ne mettrait pas un terme à tous les problèmes soulevés, mais elle présenterait l'avantage d'interdire l'usage de certaines clauses trop vagues ou déséquilibrées. Elle n'aura toutefois d'efficacité que si l'on règle par la même occasion la question délicate de la délocalisation et de la disqualification des clauses.

Les assureurs s'opposent pour l'instant à l'établissement de cette liste au motif qu'elle privilégierait le secteur médical et paramédical et ignorerait le principe constitutionnel d'égalité par rapport à d'autres professions présentant un risque équivalent pour les assureurs. Cette argumentation n'est guère convaincante. Les caractéristiques propres à chaque risque commandent au contraire que l'on adapte la

liste des hypothèses à chaque catégorie de risque. Il n'est certainement pas contraire au principe d'égalité de prévoir des listes différentes pour des risques objectivement différents (R.C. professionnelle des médecins, des notaires, des avocats, R.C. exploitation ...).

L'Union professionnelle a fait un premier pas dans le sens de la discipline contractuelle en revoyant la liste indicative qu'elle avait établie dans un premier temps. Cette liste indicative suffira-t-elle ? La réponse est désormais entre les mains des assureurs. A défaut de souscrire à cette discipline, les assureurs s'exposeront aux errements inévitables d'une jurisprudence basée sur le caractère abusif des clauses contractuelles.

par Bernard DUBUISSON,
Professeur à la
Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain
Louvain-la-Neuve,
Novembre 1996

Table des matières

<i>Section 1. La délimitation des garanties</i>	3
§ 1. Les responsabilités assurées	3
A. Responsabilité professionnelle - Responsabilité exploitation	3
B. Activités assurées	6
C. Responsabilité civile contractuelle ou extra-contractuelle	10
D. Responsabilités pour faute ou sans faute - du fait personnel ou du fait d'autrui	12
E. Responsabilité liées à la survenance d'un accident	14
§ 2. Les personnes assurées et les tiers	17
A. Les assurés	17
1. Assurance de la responsabilité civile des médecins	18
2. Assurance de la responsabilité civile des hôpitaux	18
B. Les tiers	24
§ 3. Les dommages assurés	26
 Section 2. L'étendue de la garantie	 27
§ 1. L'étendue de la garantie dans le temps	27
A. Règles en vigueur	28
1. Présentation	28
2. Proposition	31
B. Les polices	33
1. La définition du sinistre	33
2. Les clauses d'antériorité et de postériorité dans les polices	34
§ 2. Etendue de la garantie dans l'espace	37
§ 3. Etendue de la garantie en montants	38
A. Technique de fixation des plafonds	38
B. Adéquation des plafonds	39

<i>Section 3. Les exclusions de garantie</i>	41
§ 1. Généralités : la question de la qualification	41
A. Les enjeux de la qualification	42
1. La loi sur le contrat d'assurance terrestre	42
2. La charge de la preuve	45
B. Les critères de la qualification	47
§ 2. Fautes lourdes et exclusions de risque dans les polices des hôpitaux et des médecins	49
A. Les fautes lourdes	49
1. Les clauses vagues et imprécises	51
2. Les fautes légères déguisées en fautes lourdes	53
3. Le régime juridique de l'exonération pour faute lourde	57
B. Les clauses d'exclusion	59
1. Les risques de guerre et les risques catastrophiques	60
2. Le risque nucléaire	60
3. Le respect de la loi et de la déontologie	61
<i>Conclusions</i>	63