

Le Fonds des accidents médicaux, un subrogé particulier ?

Quentin ALALUF

Avocat au barreau de Bruxelles

| | |
|--|-----|
| Introduction | 170 |
| Section 1. La subrogation du fonds | 172 |
| § 1. Le paiement avec subrogation | 172 |
| I. Notion | 172 |
| II. Les sources | 173 |
| III. Les conditions | 174 |
| IV. Les effets du droit de subrogation | 175 |
| V. Les subrogations organisées spécifiquement par la loi | 177 |
| § 2. Le Fonds et le prestataire responsable qui conteste sa responsabilité | 179 |
| I. La disposition légale | 179 |
| II. La procédure | 180 |
| III. Les seuils de gravité | 187 |
| IV. La valeur de l'expertise contradictoire | 196 |
| V. Paiement provisionnel | 199 |
| VI. Le partage de la responsabilité | 202 |
| § 3. Le Fonds et le prestataire non (ou insuffisamment) assuré | 207 |
| § 4. Le Fonds et l'offre d'indemnisation manifestement insuffisante | 209 |
| Section 2. La tentation du recours direct | 212 |
| Conclusion | 215 |

Introduction

1. La loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé a créé le Fonds des accidents médicaux, ci-après le Fonds, qui a pour mission¹ :

- de déterminer si un dommage résulte d'une prestation de soins de santé et, dans l'affirmative, de préciser si la responsabilité d'un prestataire de soins est engagée, si le dommage découle d'un accident médical sans responsabilité au sens de la loi ou si le dommage ne rentre pas dans le champ d'application de la loi ;
- d'indemniser les dommages dépassant le seuil de gravité découlant d'un accident médical sans responsabilité ;
- d'inviter le dispensateur de soins ou son assureur à formuler une offre d'indemnisation au patient ou à ses ayants droit lorsqu'il considère que la responsabilité du prestataire est engagée ;
- d'indemniser les dommages dépassant le seuil de gravité causé par la faute d'un prestataire de soins qui décline sa responsabilité ou qui n'offre pas une réparation satisfaisante ;
- de garantir une non-assurance ou une couverture insuffisante d'assurance en indemnisant les victimes d'une prestation de soins de santé fautive, et ce, même si le dommage n'atteint aucun des seuils de gravité déterminés par la loi ;
- d'assister la victime en donnant, à la demande de celle-ci, du prestataire ou de son assureur, un avis quant au caractère raisonnable d'une offre d'indemnisation proposée par un prestataire de soins ou un assureur, et ce, dans le cadre d'une médiation organisée conformément aux articles 1724 à 1733 du Code judiciaire.

Le Fonds assume également des missions de prévention, d'enregistrement et de reporting².

En centralisant les demandes qui lui sont soumises, le Fonds doit pouvoir émettre des avis sur toutes questions concernant la prévention ou la réparation des dommages résultant de soins de santé.

Par mission d'enregistrement, l'on entend l'établissement des statistiques sur les indemnisations accordées en application de la loi du 31 mars 2010.

La mission de reporting consiste pour le Fonds à fournir, chaque année, un rapport d'activité. Ainsi, depuis 2012, est publié sur le site Internet du Fonds³

¹ P. STAQUET, « Indemnisation des dommages résultant de soins de santé : la loi du 31 mars 2010 », *L'évaluation et la réparation du dommage corporel – questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, p. 10 ; E. LANGENAKEN, « La loi belge du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultants de soins de santé : dernières évolutions », in G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, coll. CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 140.

² *Rapport d'activité du Fonds des accidents médicaux – 2019*, p. 9.

³ <http://www.riziv.fgov.be/fr/publications/Pages/rapports-activites-fam.aspx#.WtRlWuQh0dU>.

un rapport annuel d'activité, lequel reprend notamment les données statistiques évoquées ci-dessus, mais également la position du Fonds sur certains concepts clefs de la législation, les moyens administratifs et financiers du Fonds et les perspectives ou projections pour les années futures. Ce rapport annuel est généralement publié au mois d'octobre de l'année qui suit l'année étudiée, de telle sorte qu'à ce jour, le dernier rapport d'activité disponible est celui relatif à l'année 2019.

2. En 2019, le Fonds a rendu 501 avis⁴.

Dans 409 situations, soit dans 81,64 % des cas, le Fonds a considéré qu'il n'y avait ni accident médical sans responsabilité ni lieu de retenir la responsabilité d'un prestataire de soins.

68 avis (13,57 %) retiennent la responsabilité d'un prestataire de soins, et ce, que le seuil de gravité soit atteint (35 cas) ou non (33 cas).

Enfin, 24 avis (4,79 %) concluent à l'existence d'un accident médical sans responsabilité indemnisable par le Fonds.

3. Lorsque la responsabilité d'un prestataire est retenue et reconnue par celui-ci ou son assureur, la victime est alors indemnisée par l'assureur, et ce, peu importe que l'un des seuils de gravité soit atteint ou non.

4. Quand il s'agit d'un accident médical sans responsabilité, au sens de la loi, et que l'un des seuils de gravité est rencontré, le patient est indemnisé par le Fonds des accidents médicaux.

Cette indemnisation demeure alors définitivement à charge de Fonds.

5. Il existe encore des situations où le Fonds indemnise la victime sans pour autant que cette intervention doive définitivement être supportée par lui⁵.

Ainsi :

- lorsqu'il est établi que le dommage du patient (ou de ses ayants droit) trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité civile d'un prestataire de soins, qui ne fait pas l'objet d'une couverture d'assurance ou dont celle-ci est insuffisante ;
- lorsqu'il est établi que le dommage atteint un seuil de gravité, qu'il engage la responsabilité d'un prestataire de soins mais que celui-ci ou son assureur conteste la mise en cause de la responsabilité ;
- lorsque le Fonds est d'avis qu'une proposition d'un assureur est manifestement insuffisante.

Dans ces situations, lorsque le Fonds aura indemnisé la personne lésée ou ses ayants droit, il exercera une action subrogatoire contre le prestataire de soins ou son assureur⁶.

⁴ *Rapport d'activité du Fonds des accidents médicaux – 2019*, partie 3, point 9.

⁵ G. SCHAMPS, « Le Fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.035, n° 15.

⁶ E. LANGENAKEN, « La loi belge du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé : encore un effort... », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.775.

6. Depuis sa création jusqu'au 31 décembre 2019, le Fonds des accidents médicaux a introduit 74 actions en justice contre des prestataires de soins ou leurs assureurs⁷.

À cette date du 31 décembre 2019, 10 jugements ont été prononcés en faveur du Fonds en première instance, tandis que 12 jugements sont intervenus en faveur du prestataire ou de son assureur.

En degré d'appel, seuls 2 arrêts se sont avérés favorables au Fonds tandis que 10 arrêts ont été prononcés en faveur du prestataire ou de son assureur.

Section 1

La subrogation du fonds

7. Avant de nous pencher sur la situation du Fonds proprement dite, nous rappellerons les grands principes généraux du recours subrogatoire.

Ensuite, nous nous pencherons sur les trois situations dans lesquelles le Fonds peut être amené à revendiquer un droit de subrogation. Nous verrons quels obstacles peuvent éventuellement se dresser sur sa route dans ce cadre.

§ 1. Le paiement avec subrogation

I. Notion

8. L'ancien Code civil ne contient pas de théorie générale de la subrogation.

La subrogation personnelle est un mécanisme par lequel, dans un rapport juridique, une personne (dite subrogée) en remplace une autre (dite subrogeante) et doit être considérée comme la personne qu'elle remplace⁸.

9. Le paiement subrogatoire⁹ est un cas de subrogation personnelle, organisé par les articles 1249 à 1252 de l'ancien Code civil.

Il s'agit d'un mécanisme, légal ou conventionnel, par lequel un tiers paie la dette d'autrui (le subrogé), prend à tous égards la place du créancier (le subrogeant) contre le débiteur dans le rapport obligataire à la suite de ce paiement, de telle sorte qu'il peut exercer contre le débiteur toutes les actions du créancier auquel il se substitue¹⁰.

⁷ *Rapport d'activité du Fonds des accidents médicaux – 2019*, partie 3; ces statistiques ne concernent donc pas les procédures judiciaires introduites par des patients poursuivant la reconnaissance d'un accident médical sans responsabilité.

⁸ F. GEORGE et X. THUNIS, « La subrogation: un mécanisme hybride, une institution polymorphe », in F. GEORGE et X. THUNIS (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, coll. CUP, vol. 181, Liège, Anthemis, 2018, p. 8.

⁹ Ou paiement avec subrogation.

¹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, t. 3, p. 2035.

Le paiement avec subrogation présente un double aspect :

- un paiement : le créancier initial est désintéressé et, à son égard, la créance est éteinte ;
- une cession de créance automatique du créancier initial en faveur du tiers payeur, à concurrence et dans les limites du paiement. Le paiement subrogatoire implique donc la cession, au profit du subrogé, de tous les droits, actions et sûretés dont disposait le créancier subrogeant contre le débiteur. De son côté, le débiteur conserve à l'égard du subrogé toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au subrogeant¹¹.

Le créancier originaire est, dès lors, en quelque sorte « expulsé du rapport initial » si la créance lui est entièrement payée ; si le paiement n'est que partiel, le créancier initial, subrogeant, subsiste à l'égard du débiteur aux côtés du tiers payeur subrogé.

II. Les sources

10. La subrogation peut être légale (article 1251 de l'ancien Code civil) ou conventionnelle (article 1250 de l'ancien Code civil).

La subrogation légale ne s'applique pas à tous les tiers payeurs, mais essentiellement au tiers payeur intéressé au paiement de la dette (article 1251, 3^o, de l'ancien Code civil).

Sont ainsi visées les hypothèses de coobligations : il peut s'agir d'obligations indivisibles, d'obligations solidaires ou d'obligations *in solidum*.

De la même manière, la caution qui désintéresse le créancier peut ensuite se retourner contre le débiteur principal sur pied de l'article 1251, 3^o, de l'ancien Code civil.

Le civilement responsable, lorsqu'il désintéresse la victime, peut alors s'adresser au responsable, sauf immunité de celui-ci, en application de la subrogation légale.

Il existe d'autres cas de subrogation légale que l'on rencontre cependant plus rarement en pratique :

- est subrogé celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques (article 1251, 1^o, de l'ancien Code civil) ;
- est subrogé l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué (article 1251, 2^o, de l'ancien Code civil) ;
- est subrogé l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession (article 1251, 4^o, de l'ancien Code civil).

¹¹ *Ibid.*, p. 2036.

Le tiers qui n'est pas concerné par la subrogation légale peut bénéficier d'une subrogation conventionnelle¹². De plus, même un tiers bénéficiant du mécanisme de la subrogation légale peut conclure une subrogation conventionnelle¹³ avec le créancier subrogeant afin de renforcer sa situation¹⁴.

III. Les conditions

11. Qu'elle soit légale ou conventionnelle, la subrogation opère pour autant que quatre conditions soient réunies.

A. *Existence d'une dette à payer*

12. La subrogation suppose que le créancier désintéressé (le subrogeant) ait une dette contre le débiteur et que cette dette fasse l'objet du paiement par le tiers (le subrogé)¹⁵.

B. *Un paiement effectif et valable*

13. Toutes les conditions du paiement doivent être réunies.

La Cour de cassation en déduit qu'une subrogation est sans valeur tant qu'un paiement effectif n'est pas intervenu : ainsi, une promesse de paiement ne présente aucun effet subrogatoire, nonobstant toute clause contraire¹⁶.

C. *Un paiement effectué par un tiers*

14. Cette condition découle du mécanisme même du paiement subrogatoire.

Si le tiers est intéressé au paiement, il bénéficiera de la subrogation légale ; s'il ne l'est pas, il pourra se prévaloir éventuellement d'une subrogation conventionnelle.

D. *Le tiers doit payer non pas sa propre dette, mais bien celle du débiteur envers le créancier*

15. La subrogation requiert que le tiers payeur paie la dette d'autrui et non sa dette propre. Interprétée strictement, cette condition aboutit à refuser à l'assureur le bénéfice de la subrogation légale prévue à l'article 1251, 3°, de l'ancien Code civil.

Le législateur est intervenu pour déroger au droit commun et permettre la substitution du tiers payeur aux droits du créancier dans les hypothèses où le tiers payeur acquitte sa propre dette¹⁷.

¹² Cass., 21 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1780.

¹³ Le plus souvent, par le biais d'une quittance subrogatoire.

¹⁴ Cass., 21 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1007.

¹⁵ En ce sens : Cass., 20 janvier 2005, *Bull. Ass.*, 2005, p. 683, *Pas.*, 2005, p. 156 ; en sens contraire cependant : Cass., 31 octobre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 571 abordé *infra*, n° 63.

¹⁶ Cass., 22 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 869.

¹⁷ *Infra*, n°s 26 et s.

Une partie de la doctrine a alors évoqué le concept de « quasi-subrogation » pour qualifier ces situations. Un autre courant a considéré que ce concept découlait d'une appréciation trop stricte de l'article 1251, 3°, de l'ancien Code civil¹⁸.

La Cour de cassation a adhéré à ce dernier courant en décidant que « celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut prétendre bénéficier néanmoins de la subrogation légale s'il a, par son paiement, libéré à l'égard de leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette »¹⁹.

16. Par ailleurs, la subrogation conventionnelle, consentie par le créancier²⁰, requiert deux conditions spécifiques complémentaires :

E. La subrogation conventionnelle doit être expresse

17. Le créancier subrogeant doit expressément exprimer, au moment du paiement, sa volonté de subroger dans ses droits le tiers payeur subrogé (article 1250, 1°, de l'ancien Code civil).

La subrogation conventionnelle, même si elle est verbale, ne peut donc pas être tacite.

F. La simultanéité du paiement et de la subrogation

18. La subrogation doit être consentie par le créancier au moment du paiement ; elle ne peut l'être ni avant ni après le paiement.

Cette condition est de rigueur ; elle s'explique par le fait que la subrogation suppose non seulement un paiement, mais également – et en même temps – une cession de créance.

Dès lors, en cas de paiements partiels successifs, la subrogation consentie par le créancier ne peut avoir lieu qu'à concurrence de chacun des paiements et non pas en une seule fois, à l'occasion par exemple du premier ou du dernier paiement²¹.

IV. Les effets du droit de subrogation

19. Les effets du paiement subrogatoire s'expliquent, d'une part, par la notion de paiement et, d'autre part, par le mécanisme de cession de créance.

¹⁸ Voy. F. GEORGE et X. THUNIS, « La subrogation : un mécanisme hybride, une institution polymorphe », *op. cit.*, p. 21.

¹⁹ Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1436.

²⁰ Nous n'abordons pas ici la situation rare de la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur ; sur cette question, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 2048.

²¹ Cass., 17 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 448.

Ainsi, la Cour de cassation²² précise que le paiement avec subrogation a un double effet :

- il éteint, à concurrence de ce qui a été payé, la créance à l'égard du créancier primitif;
- il transmet, dans cette même mesure, la créance au tiers qui effectue le paiement.

Les effets de la subrogation ne sont soumis à aucune condition d'opposabilité aux tiers²³.

A. *Les effets liés à la cession de créance*

20. Le paiement avec subrogation a pour effet de transmettre au tiers payeur la créance du créancier payé contre le débiteur. La créance est transmise avec toutes ses caractéristiques et accessoires²⁴.

21. Le subrogé peut dès lors exercer tous les recours dont disposait le subrogeant et bénéficiaire de tous les accessoires, de toutes les sûretés, de toutes les garanties et autres particularités attachées à la créance transmise.

Ainsi, si le subrogeant disposait déjà d'un titre exécutoire, le subrogé peut l'utiliser à son profit sans devoir en obtenir un nouveau.

Le subrogé peut aussi bénéficier d'une saisie pratiquée par le subrogeant²⁵.

Le subrogé peut se prévaloir d'une réserve de propriété dont bénéficiait le subrogeant.

Le subrogé bénéficie des actes interruptifs de prescription posés par le subrogeant, mais pour autant que la prescription ait été interrompue avant la subrogation (et donc avant le paiement effectué par le tiers subrogé). En effet, après la subrogation, les actes accomplis par le subrogeant ne peuvent plus avoir d'effets à l'égard du subrogé²⁶.

Le subrogé peut se constituer partie civile devant une juridiction pénale dans la mesure où le subrogeant aurait pu le faire. Il est même admis que le subrogé puisse intervenir pour la première fois en degré d'appel²⁷.

22. En revanche, le droit de subrogation implique une double limitation des recours du subrogé :

- d'une part aux montants qui ont fait effectivement l'objet d'un paiement par le tiers subrogé ;

²² Cass., 2 décembre 1949, *Pas.*, 1950, I, p. 204 ; Cass., 5 décembre 1949, *Pas.*, 1950, I, p. 223.

²³ Cass., 17 février 1992, *Pas.*, I, p. 540 pour une application de ce principe en matière de subrogation conventionnelle.

²⁴ Cass., 6 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 443 ; Cass., 17 mars 1967, *Pas.*, I, p. 865 ; Cass., 14 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 566 ; Cass., 26 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 873 ; Cass., 9 mars 1995, *Pas.*, I, p. 297.

²⁵ Liège, 20 novembre 1972, *Rev. not. belge*, 1974, p. 416.

²⁶ Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 2014.

²⁷ Cass., 3 septembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1346 ; Liège, 12 janvier 2018, inédit.

- d'autre part aux droits, actions et autres avantages dont bénéficiait le subrogeant envers le débiteur²⁸.

23. Par ailleurs, la situation du débiteur ne peut en aucun cas être aggravée par l'effet de la subrogation puisque le subrogé se trouve substitué au subrogeant.

Dès lors, toutes les exceptions que le débiteur pouvait opposer au subrogeant antérieurement à la subrogation demeurent opposables au subrogé²⁹.

B. Les effets liés au paiement

24. La créance initiale s'éteint, mais uniquement à l'égard du créancier initial qui sort du rapport juridique.

La subrogation est partielle en cas de paiement partiel, ce qui peut impliquer un concours entre l'ancien créancier, pour la partie de la créance qu'il conserve, et le créancier subrogé, pour la partie de la créance payée par lui, sur le patrimoine du débiteur en cas d'exécution sur ce patrimoine³⁰.

25. Même si les intérêts futurs à échoir sur la créance n'ont pas été payés par le tiers subrogé, puisqu'ils n'étaient pas dus au moment du paiement, le subrogé pourra exercer son recours contre le débiteur pour ces intérêts échus postérieurement, et ce, au même taux que celui applicable à la créance payée³¹.

Il en va de même pour les frais, s'agissant d'éléments accessoires à la créance payée, en sorte que la subrogation s'y étend.

V. Les subrogations organisées spécifiquement par la loi

26. Le paiement subrogatoire suppose que le tiers paie non sa propre dette mais celle d'autrui, ne fût-ce que partiellement.

Cependant, l'efficacité du mécanisme de la subrogation, tout particulièrement quant à la cession de créance qu'il emporte, a incité le législateur, à différentes reprises, à étendre l'application de ce procédé même lorsque le tiers payeur paie sa propre dette, et non pas celle d'autrui.

27. Ainsi, par exemple, l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 prévoit que «l'assureur qui a payé l'indemnité est subrogé, à concurrence du montant de

²⁸ Cass., 9 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 297; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 556; Cass., 9 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 607.

²⁹ Cass., 26 avril 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 419; Cass., 17 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 337; Cass., 14 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 833; Cass., 30 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1087; Cass., 22 juin 1988, *R.W.*, 1988-1989, col. 846; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1129.

³⁰ Ce concours éventuel est réglé par l'article 1252 de l'ancien Code civil, lequel institue un droit de préférence au profit du créancier initial.

³¹ Cass., 25 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1074; Cass., 2 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 408; Cass., 12 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 362.

celle-ci, dans les droits et actions de l'assuré ou du bénéficiaire contre les tiers responsables du dommage»³².

En vertu de l'article 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, l'assureur-loi et FEDRIS sont subrogés dans les droits de la victime contre le responsable de l'accident du travail, jusqu'à concurrence de leurs débours effectués en application de la législation relative aux accidents du travail³³.

L'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public crée un droit de subrogation semblable à celui existant dans le secteur privé.

L'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi coordonnée le 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités organise un droit de subrogation en faveur des mutuelles³⁴.

Les articles 61 et 62 de la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises prévoient que le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés est subrogé dans les droits des travailleurs (et de l'État) pour les indemnités qu'il paie en lieu et place des employeurs.

En application de l'article 99, § 2, de la loi organique du 8 juillet 1976, le C.P.A.S. qui consent une avance sur une allocation sociale est subrogé de plein

³² B. FOSSÉPREZ, « Les recours des tiers payeurs: approche transversale », in F. GEORGE et X. THUNIS (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, op. cit., p. 103; B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », in *La loi sur le contrat d'assurance terrestre: bilan et perspectives après 20 années d'application*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 144; P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », in *Mélanges Philippe Gerard*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 113; P. H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », R.G.A.R., 1994, n° 12.298; J. WILDERMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », in *Les recours de l'assureur*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2009, p. 86; Th. MALENGREAU, « Le recours subrogatoire de l'assureur fondé sur l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 et la délicate limite du "tiers responsable" », note sous Cass., 5 janvier 2012, J.L.M.B., 2014, p. 848.

³³ B. FOSSÉPREZ, *ibid.*, p. 119; M. JOURDAN et S. REMOUCHAMPS, *Accident (sur le chemin) du travail: responsabilité et subrogation légale*, Waterloo, Kluwer, 2013; R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », in *Questions choisies de droit des assurances*, Limal, Anthemis, 2016, p. 85.

³⁴ A. GILLE, « L'article 136, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 et l'interdiction de cumul d'indemnisation entre le dommage en droit commun et les prestations de sécurité sociale », R.G.A.R., 2011, n° 14.741; A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Bruxelles, Anthemis, 2016, pp. 159-185; C. DELBRASSINE, « La subrogation de la mutuelle », *Les Pages*, 2017, liv. 13, p. 4; S. HOSTAUX, « La subrogation en assurance maladie-invalidité: de nouveaux développements tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation (les arrêts du 8 octobre 2007 et 21 avril 2008) », J.T.T., 2008, p. 320; O. MICHIELS, « L'action subrogatoire de l'organisme assureur », in *Assurance, roulage et préjudice corporel*, Formation Permanente CUP, vol. 44, 2001, p. 254; Ph. GOSSERIES, « Difficultés d'interprétation et d'application de la règle d'interdiction de cumul de la réparation du même dommage par la législation sur l'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité et une autre législation nationale ou étrangère: analyses comparées des législations de l'AMI, des accidents du travail, des maladies professionnelles ou du droit commun », J.T.T., 2000, p. 258; I. BOONE, « Subrogatoire verhaal van het ziekenfonds volgens de globalisatiemethode », N.J.W., 2009, p. 222; I. BOONE, « Verhaal van de derde betalende op de aansprakelijkheid », Gent dep. Civil Law, 2008, p. 249.

droit, à concurrence de cette avance, dans les droits aux arriérés auxquels le bénéficiaire de l'allocation sociale peut prétendre³⁵.

28. C'est donc dans ce contexte d'une appétence du législateur pour l'octroi de droits de subrogation que la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé organise un droit de subrogation en faveur du Fonds.

§ 2. Le Fonds et le prestataire responsable qui conteste sa responsabilité

29. Nous abordons ici l'action subrogatoire dont dispose le Fonds qui indemnise la victime et se retourne ensuite contre le prestataire responsable (ou son assureur) qui conteste sa responsabilité.

Nous verrons les différents aspects des limites au droit de subrogation du Fonds, et ce, au travers des conditions nécessaires à l'exercice de l'action subrogatoire (procédure à respecter par chacun, gravité nécessaire du dommage), des failles législatives qui risquent de fragiliser la position du Fonds (valeur de l'expertise), des usages parfois critiquables (attitude du Fonds lors des paiements provisionnels) et de l'attitude de la victime (partage de responsabilité).

I. La disposition légale

30. Lorsque le prestataire de soins ou son assureur conteste la responsabilité retenue à son égard par le Fonds des accidents médicaux, l'article 30, alinéas 3 à 5, de la loi du 31 mars 2010 dispose que :

«Le Fonds, après avoir indemnisé le demandeur, est subrogé dans les droits de celui-ci contre le prestataire de soins, et, le cas échéant, contre l'assureur qui couvre la responsabilité civile de celui-ci.

Ni le prestataire de soins, ni l'assureur, ni le juge ne sont liés par le montant de l'indemnisation accordée par le Fonds au demandeur. Si le juge estime que les sommes payées au demandeur par le Fonds ne sont pas dues, elles ne sont pas récupérées.»

Le même régime découle de l'article 32, alinéas 4 à 6, de la loi lorsque l'assureur, sans contester expressément la responsabilité de son assuré, n'a toutefois pas formulé d'offre d'indemnisation.

³⁵ Cass., 7 décembre 2015, R.G. n° C.15.0152.N.

II. La procédure

A. *La description de la procédure*

31. Lorsque le prestataire de soins est considéré par le Fonds comme responsable – fautif – d'un dommage et qu'il bénéficie d'une assurance responsabilité civile professionnelle, le Fonds n'a pas pour vocation d'intervenir³⁶.

32. Il se peut néanmoins que le prestataire de soins ou son assureur notifie sa décision de contester la responsabilité retenue contre lui par le Fonds.

33. Par ailleurs, même si cette responsabilité n'est pas expressément contestée par le prestataire ou son assureur, il arrive parfois que celui-ci ne réponde pas à l'invitation qui lui est faite par le Fonds de formuler une offre d'indemnisation en faveur de la personne lésée, et ce, en application de l'article 22, 4^e alinéa.

Après un délai de trois mois, fixé par l'article 32 de la loi du 31 mars 2010, la personne lésée informe le Fonds du mutisme du prestataire de soins et de son assureur.

Le Fonds adresse alors un rappel à l'assureur du prestataire de soins, qui dispose d'un délai d'un mois à dater de la notification du rappel pour formuler une offre d'indemnisation à la victime.

À défaut de réaction de l'assureur du prestataire à l'issue de cet ultime délai d'un mois, la loi prévoit que l'assureur est présumé contester la responsabilité de son assuré.

34. Dans ces deux hypothèses, il s'agit en définitive de la situation visée par l'article 4, 3^o, de la loi du 31 mars 2010 :

« Le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit conformément au droit commun :

[...]

3^o lorsque le Fonds est d'avis que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins et que celui-ci ou son assureur conteste la responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5. »

35. Pour autant que le dommage réponde à l'un des critères de gravité (voy. *infra*), le Fonds adresse à la personne lésée, sous pli recommandé à la poste, une offre d'indemnisation dans les trois mois de la notification de la décision du prestataire de soins ou de son assureur de contester la responsabilité ou dans les

³⁶ P. STAQUET, « Indemnisation des dommages résultant de soins de santé : la loi du 31 mars 2010 », *op. cit.*, p. 32.

trois mois qui suivent l'expiration du délai d'un mois laissé à l'assureur pour répondre au rappel du Fonds³⁷.

Le Fonds déduit de son offre d'indemnisation les indemnités auxquelles la victime a droit :

- en vertu d'un contrat d'assurance à caractère indemnitaire, ou
- en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

La personne lésée dispose d'un délai de trois mois pour accepter l'offre du Fonds.

À défaut de réaction du patient (ou de ses ayants droit) à l'issue de cette période, le Fonds lui adresse un rappel par voie recommandée.

À défaut de réaction de la part de la personne lésée un mois après ce rappel, l'offre est présumée être refusée.

Avant de prendre position sur l'offre établie par le Fonds, la victime peut, dans le délai précité de trois mois (éventuellement prolongé d'un mois par la lettre de rappel du Fonds), formuler des observations sur cette offre³⁸, auxquelles le Fonds est tenu de répondre. Le cas échéant, le Fonds peut revoir son offre en fonction des observations qui lui ont été adressées³⁹.

Le délai précité de trois mois est suspendu au moment où la victime adresse ses observations au Fonds. Ce délai reprend ensuite son cours lorsque le Fonds répond à ces observations⁴⁰, sans que le reliquat du délai à courir puisse être inférieur à deux mois.

Si l'offre est acceptée, le Fonds paie l'indemnisation dans le mois.

Si l'offre est refusée par la personne lésée, celle-ci doit, à peine de déchéance⁴¹, contester l'offre d'indemnisation en saisissant le tribunal de première instance⁴² compétent⁴³, et ce, avant l'expiration du délai de trois mois qui a commencé à courir lorsque l'offre du Fonds a été notifiée à la victime, délai éventuellement prolongé en fonction de ce qui a été énoncé ci-avant.

³⁷ Article 25 de la loi du 31 mars 2010.

³⁸ Des observations ne peuvent être adressées qu'à une seule reprise au Fonds.

³⁹ Article 26 de la loi du 31 mars 2010.

⁴⁰ La réponse du Fonds est adressée par pli recommandé, le cas échéant avec son offre adaptée, et elle mentionne la date d'expiration du délai encore disponible.

⁴¹ Article 27 de la loi du 31 mars 2010.

⁴² Le tribunal de première instance est compétent pour connaître d'une telle contestation en vertu de l'article 569, alinéa 1^{er}, 41^o, du Code judiciaire.

⁴³ La personne lésée peut saisir le tribunal de son domicile, en application de l'article 633^{novies} du Code judiciaire, ou du siège social de l'INAMI (Bruxelles), sur pied de l'article 624 du Code judiciaire. En outre, si elle assigne dans le même temps, également, le prestataire de soins et son assureur, la personne lésée peut également choisir de porter le litige devant le tribunal de première instance du domicile du prestataire ou de l'assureur, ou du lieu où les obligations en litige sont nées (lieu de la prestation de soins de santé), conformément à l'article 624 du Code judiciaire.

36. Lorsque le Fonds est amené à indemniser la victime dans ces conditions, il est simultanément subrogé aux droits de celle-ci en application de l'article 30⁴⁴ ou 32⁴⁵ de la loi du 31 mars 2010.

37. De son côté, la victime qui accepte l'offre du Fonds et est donc indemnisée par celui-ci est définitivement désintéressée et ne peut plus réclamer un complément d'indemnisation, ni auprès du Fonds ni auprès du prestataire responsable.

L'exposé des motifs est très clair à cet égard :

« Il s'agit d'un système alternatif, dans lequel la victime ne peut en aucun cas être indemnisée deux fois pour un même dommage en ayant recours cumulativement aux deux voies.

Comme à l'heure actuelle, une procédure pénale pourra toujours être intentée à l'encontre du prestataire de soins. Néanmoins, en vertu du caractère alternatif du système, le patient ne pourra pas être indemnisé dans le cadre de celle-ci s'il a déjà été indemnisé suite à une procédure devant le Fonds, et vice-versa. »⁴⁶

« On ne peut en effet cumuler l'indemnisation par la voie au Fonds et par la voie judiciaire pour un même dommage. Le paragraphe 3 le précise expressément.

Ainsi, si le demandeur accepte une indemnisation du Fonds, il ne peut plus introduire d'action en justice à ce sujet et inversement. »

Autrement formulé, même si un poste de dommage n'est pas indemnisé par le Fonds dans le cadre d'une offre acceptée par la personne lésée, celle-ci ne pourra plus poursuivre l'indemnisation de ce poste de préjudice auprès du prestataire de soins responsable ou de son assureur. En acceptant l'indemnisation du Fonds, la victime a définitivement et entièrement renoncé à réclamer, par ailleurs, l'indemnisation du dommage découlant de la prestation de santé litigieuse.

B. Le sort du droit de subrogation en cas de méconnaissance de la procédure

38. Se pose la question de savoir si le Fonds peut ne pas respecter la procédure décrite ci-avant, indemniser la victime et néanmoins exercer un droit de subrogation contre le prestataire de soins et l'assureur de ce dernier, qu'il estime responsable du dommage subi par le patient.

⁴⁴ L'article 30 de la loi du 31 mars 2010 vise la situation où le prestataire de soins (ou son assureur) conteste expressément la responsabilité retenue à son endroit par le Fonds.

⁴⁵ L'article 32 de la loi du 31 mars 2010 vise la situation où, malgré le rappel qui lui a été adressé à ce titre par le Fonds, l'assureur demeure en défaut de formuler une offre d'indemnisation.

⁴⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001, p. 13.

39. Le Tribunal de première instance de Bruxelles⁴⁷ a été amené à se positionner sur cette question dans la situation suivante.

40. Une patiente présente une récurrence de carcinome pour laquelle elle doit subir une première intervention chirurgicale (exérèse) puis une reprise chirurgicale (capsulectomie et remplacement de la prothèse mammaire).

Dans la suite rapprochée de cette seconde intervention, la patiente présente des complications (hémorragie postopératoire) qui nécessitent une nouvelle reprise chirurgicale en urgence avec transfusion sanguine.

La patiente séjourne ensuite encore quatre jours à l'hôpital avant d'être autorisée à sortir, et ce, par un médecin qui ne l'a jamais rencontrée avant le jour de la sortie.

Dans la soirée, son médecin traitant est appelé à son chevet car elle souffre de douleurs, vomissements et nausées. Le médecin décide de laisser la patiente à son domicile après lui avoir injecté du Pimpéran.

Le lendemain, le médecin traitant est à nouveau appelé auprès de la patiente. Après avoir constaté l'absence d'amélioration de l'état de santé de celle-ci, il la dirige vers un second hôpital.

Dès le lendemain matin, un choc septique est diagnostiqué et la prothèse mammaire est ôtée.

Malheureusement, la patiente présentera ensuite une septicémie et décèdera quelques semaines plus tard.

41. Au terme des travaux d'expertise qu'il a lui-même ordonnés, le Fonds est d'avis que le médecin qui a laissé sortir la patiente du premier hôpital et le médecin traitant sont tous deux coresponsables du décès de la patiente.

Pour le Fonds, en effet, un examen plus attentif de la plaie chirurgicale de la patiente aurait permis de suspecter une infection et soit de ne pas laisser sortir la patiente de l'hôpital, soit de provoquer plus rapidement sa réadmission, ce qui aurait sauvé la patiente, selon le Fonds.

En revanche, dans son avis, le Fonds ne retient ni la responsabilité de l'hôpital ni celle du chirurgien qui a opéré la patiente et géré le suivi des soins durant les jours précédant la sortie.

42. Les deux médecins dont le Fonds estime que la responsabilité est engagée contestent celle-ci. Ils estiment ne pas avoir commis de faute et ajoutent que, quand bien même leur prise en charge serait considérée comme fautive, leur faute ne serait pas en lien de causalité certain avec le décès.

43. Après avoir indemnisé les ayants droit de la patiente, le Fonds assigne devant le tribunal de première instance non seulement les deux médecins dont il a retenu la responsabilité, mais également l'hôpital et le chirurgien à propos

⁴⁷ Civ. fr. Bruxelles (77^e ch.), 14 mai 2019, R.G. n° 17/7555/A, inédit. Ce jugement est frappé d'appel.

desquels l'avis du Fonds ne contenait pourtant aucun grief, et ce sur la base de l'article 30, alinéa 3, précité de la loi du 31 mars 2010.

Le tribunal se réfère aux travaux préparatoires et relève ce qui suit à propos de l'article 4 de la loi :

« Une précision importante doit cependant être apportée ici. Au point 1°, dans les cas d'accident médical sans responsabilité, le Fonds intervient à son propre compte alors qu'aux points 2° à 4°, *le Fonds agit à la place de l'assureur, ou du prestataire de soins*. Le but est de permettre aux patients d'obtenir rapidement et via le Fonds, une indemnisation, même si par exemple, l'assureur du prestataire de soins refuse d'intervenir. Il s'agit des trois hypothèses suivantes :
1° [...]

2° *si l'assureur du prestataire refuse d'intervenir* alors que le Fonds estime que le dommage résulte de la responsabilité du prestataire de soins, le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit pour autant que le dommage réponde aux conditions prévues à l'article 5 (point 3°).

Dans cette hypothèse, l'intervention du Fonds est destinée à mettre la victime hors cause rapidement lorsqu'il y a un débat sur la responsabilité du prestataire et que le Fonds est d'avis que celle-ci est engagée. Le dommage doit cependant présenter le degré de gravité qui aurait été nécessaire pour que le Fonds intervienne s'il s'était agi d'un accident médical sans responsabilité. Cette disposition s'inspire directement de l'article L 1142-15 du Code de la santé publique français. Elle permet d'indemniser immédiatement les dommages résultant de soins de santé les plus graves. Le contentieux dit "technique" sur la responsabilité et le montant de l'indemnisation est alors débattu ultérieurement entre le Fonds et l'assureur (ou le prestataire si celui-ci n'est pas assuré), sans retarder l'indemnisation de la victime.

Pour que le Fonds puisse indemniser sur cette base, il faut qu'il ait préalablement rendu un avis, dans le cadre de la procédure organisée par le projet, qui conclut à la responsabilité du prestataire. L'assureur du prestataire doit également avoir contesté la responsabilité de son assuré. Le silence de l'assureur pendant un certain délai est également considéré comme un refus de l'assureur (voy. art. 31). Enfin, il est exigé que le dommage présente le niveau de gravité identique à celui exigé pour l'indemnisation des dommages qui découlent d'un accident médical sans responsabilité. Cette limite est fixée dès lors que le Fonds intervient non pas pour pallier l'absence d'assureur, contre lequel toutes les victimes doivent être garanties, mais pour anticiper l'intervention soit de l'assureur (si le juge retient la responsabilité du prestataire), soit du Fonds (si le juge retient l'acci-

dent médical sans responsabilité). Or dans cette seconde hypothèse, il ne peut y avoir d'indemnisation que si le dommage présente un niveau minimum de gravité.»⁴⁸

Le tribunal en déduit que, en procédant à l'indemnisation des ayants droit de la défunte, le Fonds des accidents médicaux ne s'est pas substitué au chirurgien et à l'hôpital dont il n'a pas retenu la responsabilité dans son avis et qu'il n'a pas préalablement invités, ainsi que le prévoit la loi, à indemniser les victimes.

Le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles⁴⁹ décide dès lors que, dans ces conditions, le Fonds n'est pas subrogé contre ces prestataires, et ce, sans avoir à vérifier si ceux-ci ont commis une faute sans laquelle le décès de la patiente ne se serait pas produit tel qu'il est advenu.

44. Nous partageons l'analyse du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles et pensons également que ce n'est qu'au terme de la procédure décrite par la loi que le Fonds peut être subrogé dans les droits de la personne lésée qu'il a indemnisée.

45. Nous ajoutons en outre que, à notre sens, le Fonds est lié par l'avis qu'il a rendu.

En effet, tant l'article 30 que l'article 32 précisent que :

« Ni le prestataire de soins, ni l'assureur, ni le juge ne sont liés par le montant de l'indemnisation accordée par le Fonds au demandeur. »

De la même manière, l'article 24 de la loi du 31 mars 2010 prévoit que :

« L'avis du Fonds ne lie ni le demandeur, ni les prestataires de soins concernés et leurs assureurs, ni le cas échéant le juge. »

Force est d'observer qu'en revanche, la loi ne précise nullement que le Fonds, lui, ne serait pas non plus lié par son avis.

Il ne s'agit manifestement pas d'une distraction du législateur puisqu'il existe une situation où la loi précise que le Fonds n'est pas lié par son avis : celle où le Fonds formule une offre d'indemnisation qui est repoussée par la victime⁵⁰.

Dès lors que le Fonds, dans son avis, n'a pas retenu la responsabilité d'un prestataire de soins, il n'est plus en droit de revenir sur cette position par la suite.

À cet égard, la situation du Fonds des accidents médicaux présente une analogie à celle conduisant à l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le

⁴⁸ Souligné par le tribunal lui-même.

⁴⁹ Civ. fr. Bruxelles (77^e ch.), 14 mai 2019, R.G. n° 17/7555/A, inédit. Ce jugement est frappé d'appel.

⁵⁰ Article 27 de la loi du 31 mars 2010: « À peine de déchéance, le demandeur qui conteste l'offre d'indemnisation du Fonds porte, conformément au Code judiciaire la contestation, devant le tribunal avant l'expiration du délai prévu à l'article 26, § 1^{er}, le cas échéant prolongé conformément au paragraphe 2 de ce même article. Dans le cadre de cette procédure, le Fonds n'est lié ni par son avis ni par son offre. »

20 janvier 2005⁵¹ à propos de la subrogation dont dispose le Fonds commun de garantie automobile prévu alors par l'article 50⁵² de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise « qu'il suit des termes mêmes de cette disposition que *la subrogation qu'elle institue en faveur du Fonds n'a lieu que dans les cas où celui-ci a réparé le dommage parce qu'il y était tenu* en vertu de l'article 50, devenu 80, § 1^{er}, de la loi du 9 juillet 1975 ». La Cour conclut « qu'en admettant que le défendeur peut se prévaloir de la subrogation prévue à l'article 50, devenu 80, § 2, de la loi du 9 juillet 1975 dans d'autres cas que ceux qui sont déterminés au premier paragraphe du même article, le jugement attaqué viole cette disposition légale ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation a clairement limité l'exercice du droit de subrogation du Fonds commun de garantie automobile à la réunion des conditions fixées par la loi qui institue ledit droit de subrogation.

Cette limite trouve naturellement à s'appliquer au Fonds des accidents médicaux lorsque celui-ci se prévaut d'un droit de subrogation légale.

46. Enfin, nous pensons que les principes de bonne administration s'opposent également à ce que le Fonds fasse fi de l'avis qu'il a rendu, au terme duquel la responsabilité d'un prestataire de soins n'a pas été considérée comme étant engagée.

L'acte administratif est « l'acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative »⁵³.

À notre estime, l'avis que rend le Fonds sur l'existence d'un accident médical engageant la responsabilité d'un prestataire de soins, ou sur l'existence d'un accident médical sans responsabilité, et sur la reconnaissance d'un seuil de gravité, est un acte juridique unilatéral qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un administré au moins.

Le Fond des accidents médicaux est intégré au sein de l'Institut national de maladie invalidité (INAMI); l'avis qu'il prend émane donc d'une administration.

Selon la Cour de cassation, les principes de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique et le principe de confiance légitime⁵⁴.

Le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme

⁵¹ Cass., 20 janvier 2005, *Bull. Ass.*, 2005, p. 683, *Pas.*, 2005, p. 156.

⁵² Devenu ensuite l'article 80, § 2, alinéa 1^{er}, de la même loi, aujourd'hui reprise à l'article 19bis-14 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs.

⁵³ Article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

⁵⁴ Cass., 31 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 323; Cass., 12 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 642.

une règle fixe de conduite de l'administration, et que les services publics sont, en principe, tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître en son chef⁵⁵. En d'autres termes, le citoyen doit pouvoir faire confiance aux services publics et doit pouvoir être assuré qu'ils respectent des règles et poursuivent une politique constante qui n'est pas susceptible d'interprétation différente par le citoyen⁵⁶.

Nous en concluons que le prestataire de soins qui se voit déchargé de toute responsabilité par le Fonds des accidents médicaux peut légitimement croire que cette administration ne mangera pas sa parole et ne reviendra pas sur la décision qu'elle a prise, à l'occasion d'un recours subrogatoire.

Dans ces circonstances, l'exercice, par le Fonds, d'un droit de subrogation est incompatible avec le respect des principes de bonne administration de sécurité juridique et de confiance légitime lorsqu'il n'a pas retenu la responsabilité du prestataire de soins au terme de la procédure administrative.

III. Les seuils de gravité

A. *L'exigence d'une certaine gravité du dommage*

47. Lorsque le prestataire de soins ou son assureur décline, expressément ou implicitement, la responsabilité retenue à son encontre par le Fonds, celui-ci ne procède à l'indemnisation de la personne lésée, se substituant ainsi au prestataire et à son assureur, que pour autant que soit atteint l'un des seuils de gravité visés par l'article 5 de la loi du 31 mars 2010.

Rappelons que le dommage est suffisamment grave lorsque soit :

- le patient subit une invalidité permanente d'un taux égal ou supérieur à 25 % ;
- le patient subit une incapacité temporaire de travail au moins durant six mois consécutifs ou six mois non consécutifs sur une période de douze mois ;
- le dommage occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient ;
- le patient est décédé.

Ces critères ne sont bien entendu pas cumulatifs ; le seuil de gravité est atteint dès lors que l'un des critères est rencontré.

La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 30 novembre 2017⁵⁷, a eu l'occasion de relever que l'objectif du législateur est légitime lorsqu'il entend indemniser les patients victimes d'accident médicaux sans responsabilité. Compte tenu du nombre important de dommages qui peuvent résulter de tels

⁵⁵ Cass, 3 juin 2002, *Pas.*, 2002, p. 337.

⁵⁶ Cass, 14 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 352.

⁵⁷ C.C., 30 novembre 2017, R.G.A.R., 2018, n° 15.450.

accidents, le législateur a pu tout aussi légitimement considérer qu'il y avait lieu de restreindre le régime d'indemnisation aux dommages présentant un seuil de gravité minimum.

B. Les quatre critères de gravité du dommage

48. Dans une précédente contribution⁵⁸, consacrée à la notion d'accident médical sans responsabilité, nous avons abordé les questions posées par les seuils de gravité ; pour l'essentiel, nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur.

1. L'invalidité permanente d'un taux égal ou supérieur à 25 %

49. Le recours à la notion d'invalidité, à présent désuète, peut surprendre alors que tant la jurisprudence que la doctrine et le Tableau indicatif se réfèrent à la notion d'incapacité, qu'elle soit personnelle, ménagère ou économique⁵⁹.

L'exposé des motifs précise que la référence à la notion d'invalidité découle de l'arrêté royal du 2 juillet 1975 approuvant le BOBI⁶⁰ et qui entend par invalidité « un état comportant une perte partielle ou totale de l'intégrité tant physique que psychique. Tout homme valide peut coordonner et utiliser d'une façon complète ses facultés, sa force, ses mouvements en vue d'une activité. C'est cette validité qui doit servir de comparaison, afin d'apprécier l'importance des atteintes qui peuvent y être portées par blessure, infirmité ou maladie »⁶¹.

L'exposé des motifs ajoute :

« Par conséquent, la présente notion d'invalidité couvre toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique. Celle-ci entraîne des répercussions fonctionnelles pour les actes de la vie de tous les jours (se lever, se laver, s'habiller, faire ses courses, cuisiner, faire du sport, etc.).

Mais il n'est pas tenu compte de la répercussion de cette diminution physique et/ou psychique sur la capacité d'exercer une profession.

Ainsi, il peut exister des séquelles s'exprimant par un taux d'invalidité permanente sans incapacité de travail.

Par invalidité permanente, on vise donc l'invalidité qui découle des séquelles physiques définitives que gardera le patient après la fin du traitement médical.

⁵⁸ Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 222-230 ; W. BUELENS, *Het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 395 ; I. REUSENS, « Avis du Fonds des accidents médicaux : de la casuistique à la jurisprudence », *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.470.

⁵⁹ J.-L. FAGNART, « Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux », *Consilio*, 2011/2, p. 84, n° 40.

⁶⁰ Barème officiel belge des invalidités.

⁶¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001, p. 37 ; P. STAQUET, « Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : la loi F.A.M. », *Consilio*, 2010/4, p. 146.

Étant donné que les actes de la vie quotidienne précités sont les mêmes pour tous les individus, le degré d'invalidité peut être évalué par un médecin en fonction des lésions subies, suivant un barème déterminé.»

2. L'incapacité temporaire de travail

50. En application de l'article 5, 2^o, de la loi du 31 mars 2010, le dommage est suffisamment grave lorsque «le patient subit une incapacité temporaire de travail au moins durant six mois consécutifs ou six mois non consécutifs sur une période de douze mois».

51. Se posait la question de savoir si, par incapacité temporaire de travail, était visée uniquement l'incapacité *totale* ou si, au contraire, pouvait suffire une incapacité temporaire *partielle* de six mois consécutifs ou de six mois non consécutifs sur une période de douze mois.

Par son arrêt du 7 octobre 2019⁶², rejetant ainsi un pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 26 mars 2018, la Cour de cassation a décidé qu'une incapacité de travail partielle peut constituer un dommage suffisamment grave au sens de l'article 5, 2^o, de la loi sur les accidents médicaux.

La Cour de cassation a ensuite confirmé cette position à l'occasion de son arrêt du 8 octobre 2020⁶³, faisant ainsi sienne la thèse déjà adoptée par une certaine jurisprudence⁶⁴ et la doctrine⁶⁵.

52. Peut aussi se poser la question de savoir comment tenir compte, pour apprécier la période de six mois d'incapacité économique temporaire, de l'incapacité qui aurait de toute manière découlé de la prestation de soins, même si celle-ci avait été réalisée conformément aux règles de l'art et n'avait pas occasionné de dommage anormal.

Réformant un jugement du Tribunal de première instance de Namur du 2 juin 2017⁶⁶, la Cour d'appel de Liège⁶⁷ a tout d'abord dit que l'incapacité économique temporaire pouvait être partielle et néanmoins répondre à l'exigence de gravité fixée par l'article 5, 2^o, de la loi du 31 mars 2010.

Ensuite, la Cour d'appel de Liège observe que le Fonds prétend déduire de la période des incapacités temporaires les deux jours d'hospitalisation et une période d'incapacité temporaire de trois semaines qui sont les conséquences

⁶² Cass., 7 octobre 2019, *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 270 et note W. BUELENS.

⁶³ Cass., 8 octobre 2020, R.G. n° C.19.0407.F.

⁶⁴ Civ. Liège, div. Huy, 18 avril 2016, R.G.A.R., 2016, n° 15.313; Civ. Hasselt, 16 mars 2017, R.G. n° 16/946/A, inédit; Civ. Hainaut, div. Charleroi (5^e ch.), 12 janvier 2018, R.G. n° 17/1528/A, inédit, frappé d'appel.

⁶⁵ Th. VANSWEEVELT, «De Wet Medische Ongevallen», in Th. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek Gezondheidsrecht*, I, Anvers, Intersentia, 2014, p. 1616, n° 3308; W. BUELENS, *Het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid*, op. cit., pp. 423-425.

⁶⁶ Civ. Namur, div. Namur (7^e ch.), 2 juin 2017, R.G. n° 14/1430/A, inédit.

⁶⁷ Liège (20^e ch.), 2 novembre 2018, R.G. n° 2017/RG/978, inédit.

normales de l'intervention chirurgicale litigieuse (une chirurgie maxillo-faciale).

La Cour d'appel procède alors à un examen *in concreto* de la situation de la patiente et décide que, sans les prestations de soins subies par celle-ci, son dommage ne se serait pas réalisé tel qu'il s'est produit; en effet, dans le décours immédiat de l'intervention, la patiente a subi un dommage anormal, présentant des séquelles allant au-delà de l'inconfort, du gonflement du visage et des douleurs qu'occasionne généralement ce type d'intervention.

Examinant les mérites du pourvoi formé par le Fonds contre l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 2 novembre 2018, monsieur l'avocat général de Koster est d'avis qu'il y a lieu d'accueillir celui-ci, et donc de casser l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, au motif qu'«en ne constatant pas que, [sans l'accident médical], cette incapacité ne se serait pas produite telle qu'elle s'est réalisée», l'arrêt lui semble violer l'article 5 de la loi du 5 mars 2010.

La Cour de cassation, par son arrêt précité du 8 octobre 2020⁶⁸, ne partage pas l'opinion de son avocat général et rejette le pourvoi du Fonds après avoir rappelé que le juge du fond «apprécie en fait si l'incapacité temporaire de travail subie par le patient trouve sa cause dans l'accident médical».

En l'espèce, la Cour d'appel de Liège a relevé que le dommage de la victime «ne se serait pas réalisé tel qu'il s'est produit *in concreto*», de telle sorte que la Cour de cassation rejette le moyen soutenant que le fait que «la victime ait souffert de douleurs inhabituelles ne suffit pas pour conclure que cette incapacité de travail a été causée par l'accident médical».

Il s'en déduit qu'il ne suffit pas d'observer que la prestation médicale, même réalisée de manière optimale et sans présenter de complication, génère en soi une période d'incapacité de travail temporaire pour pouvoir déduire nécessairement cette période de celle subie *in concreto* par la victime d'une prestation de santé qui ne s'est pas déroulée adéquatement. Encore faut-il que le juge du fond apprécie si, *in concreto*, la période d'incapacité subie réellement par la victime est identique à celle qu'elle aurait subie même si la prestation médicale s'était déroulée idéalement.

3. Le patient décédé

53. En soi, ce critère de gravité n'appelle pas de longs développements.

L'exposé des motifs du projet de loi est d'ailleurs silencieux à ce propos.

4. Une question transversale : la perte d'une chance

54. La théorie de la perte d'une chance peut se poser à l'occasion des trois premiers seuils de gravité décrits ci-avant.

⁶⁸ Cass., 8 octobre 2020, R.G. n° C.19.0407.F.

55. Il peut cependant arriver que, à la suite par exemple d'un décès dont la responsabilité s'avère contestée par le prestataire de soins ou son assureur, le Fonds indemnise les ayants droit du patient puis exerce son recours subrogatoire contre le prestataire et son assureur sur pied de l'article 30 – ou 32 – de la loi du 31 mars 2010, recours subrogatoire dans le décours duquel il apparaît que ce n'est pas le décès, mais uniquement la perte de la chance d'éviter celui-ci qui est en lien de causalité certain avec la faute du prestataire de soins.

56. La notion de la perte d'une chance est bien connue en droit médical. Elle a d'ailleurs fait l'objet d'un exposé particulièrement exhaustif à l'occasion des premiers États généraux du droit médical et du dommage corporel, et ce, de l'œuvre du professeur P. Van Ommeslaghe⁶⁹.

Rappelons que si l'indemnisation de la perte d'une chance d'obtenir un gain ne souffre aucune discussion, est davantage controversée la question de savoir si la perte de la chance d'éviter un préjudice est également indemnisable, alors même que le préjudice s'est, quant à lui, réellement produit⁷⁰.

La jurisprudence de la Cour de cassation est clairement fixée en ce sens que la perte de chance d'éviter un préjudice n'est, en soi, pas un préjudice réparable s'il n'existait pas suffisamment de chances d'éviter ce préjudice⁷¹.

Nous renvoyons à l'étude de Monsieur C. Eyben⁷². Après avoir rappelé la distinction faite par l'intimée entre la conception restrictive (ou la perte d'une chance d'obtenir un avantage probable) et la conception extensive (ou la perte d'une chance d'éviter un dommage), l'auteur relève que cette distinction n'a pas lieu d'être⁷³.

L'auteur étudie ensuite l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004, au travers duquel certains ont vu la condamnation par la Cour de la conception extensive. L'auteur observe que cet arrêt est en réalité sans surprise dans la mesure où l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, soumis à la censure de la Cour de cassation, avait fait une mauvaise application de la théorie de la perte d'une chance. Ainsi, Monsieur Eyben écrit :

« Lorsque la Cour affirme que “le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une

⁶⁹ P. VAN OMMESLAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé: cherchez l'erreur », in *Droit médical et dommage corporel – état des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 211 et s.; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa? », *J.T.*, 2007, p. 489; D. PHILIPPE, « Quelques réflexions sur la perte d'une chance et le lien causal », *R.D.C.*, 2013, p. 104; A. PÜTZ et E. MONTEIRO, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque: un préjudice illusoire? », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1089; A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque: un préjudice indemnisable! », note sous Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 31.

⁷⁰ I. LUTTE, « Quelques considérations à propos de la perte d'une chance et de la causalité », *For. Ass.*, 2019, n° 191, p. 23; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Limal, Anthemis, 2006, p. 73.

⁷¹ Cass., 1^{er} avril 2004, siégeant en chambre réunie, *J.T.*, 2005, p. 357.

⁷² C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée? », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 307-321.

⁷³ *Ibid.*, p. 311, n° 12.

incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage”, il n’en résulte pas que le juge, dans une telle hypothèse, ne puisse ordonner la réparation du préjudice constitué par la perte d’une chance.

Encore faut-il cependant qu’il ordonne bien la réparation d’un dommage distinct constitué par la chance perdue et non du préjudice réellement subi à l’aide d’une clause de style qui rend la motivation indigente. Pour ce faire le juge eût dû tout d’abord vérifier que la chance d’éviter l’agression était suffisamment sérieuse et cette étape est capitale dans le raisonnement.

Or la lecture des motifs de la Cour d’appel de Bruxelles surprend à ce sujet [...].

La chance dont Mademoiselle B se prévalait d’éviter l’agression était-elle suffisamment sérieuse? Rien dans la motivation de la Cour d’appel de Bruxelles ne permet de le penser. Bien au contraire, la Cour semble relever que Mademoiselle B n’avait qu’une chance hypothétique d’éviter l’agression.»⁷⁴

Par des arrêts du 12 mai 2006⁷⁵ puis du 5 juin 2008⁷⁶, la Cour de cassation a confirmé que la perte d’une chance d’éviter un préjudice pouvait, en soi, constituer un préjudice indemnisable.

57. Pour autant, la perte de la chance d’éviter un préjudice n’est bien entendu pas un dommage identique au préjudice qui n’a pas pu être évité et qui s’est donc réalisé.

Ainsi, la Cour de cassation, par un arrêt du 23 septembre 2013⁷⁷, a considéré que :

« En vertu de l’article 136, § 2, alinéa 4, de la même loi coordonnée, l’organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire à concurrence du montant des prestations octroyées, pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d’une législation belge, d’une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l’alinéa 1^{er}.

Le dommage pour cause d’incapacité de travail visé à l’article 136, § 2, de la loi relative à l’assurance obligatoire soins de santé et indemnités consiste en la perte ou la réduction de la capacité d’acquiescer grâce à son travail les revenus permettant de subvenir à ses besoins. Ce dommage est le même dommage que le dommage qui fait l’objet de l’indemnité pour incapacité de travail prévue en droit commun.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 318, n° 27.

⁷⁵ Cass., 12 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170.

⁷⁶ Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 28 ; Cass., 14 décembre 2017, *Consilio*, 2018/1, p. 40.

⁷⁷ Cass., 23 septembre 2013, R.G. n° C.12.0559.N, disponible sur www.cass.be.

Quiconque réclame réparation est tenu d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, tel qu'il s'est produit. Ce lien implique que, sans la faute, le dommage ne se serait pas produit, tel qu'il s'est produit.

Le juge peut allouer une indemnité pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage pour autant que la perte de cette chance résulte d'une faute.

Seule la valeur économique de la chance perdue est réparable. Cette valeur ne saurait constituer le montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu.

Il s'ensuit que la perte de la chance de récupérer la capacité de travailler ne constitue pas un dommage au sens de l'article 136, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.»

Autrement formulé, si une mutuelle est subrogée dans les droits de son affilié lorsque ce dernier, victime d'un accident, subit comme préjudice une perte de gain, elle ne l'est en revanche pas lorsque son affilié subit une perte de chance d'éviter la perte de gain, dès lors qu'il ne s'agit plus du même dommage dont il est demandé réparation. En effet, le dommage dont la mutualité demande la réparation correspond au dommage qui s'est réellement réalisé alors que l'affilié sollicite la perte de chance d'éviter ce dommage.

Si, par un arrêt du 30 mars 2017, la Cour constitutionnelle a considéré que cette situation ne pouvait pas perdurer au motif de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution qu'elle entraînait (la victime d'une perte d'une chance pouvant cumuler l'indemnisation de sa perte d'une chance avec les indemnités qui lui était versée par la mutuelle alors que la victime dont le dommage réellement réalisé était indemnisé ne le peut pas), il n'en demeure pas moins que le constat posé par la Cour de cassation est exact et conserve son actualité : le dommage réellement réalisé et la perte de chance d'éviter ce dommage constituent deux préjudices distincts.

58. Dans ces circonstances, il nous apparaît que la perte d'une chance d'éviter un préjudice ne correspond pas aux seuils de gravité énoncés par l'article 5, 1°, 2° et 4°.

En effet, le préjudice consistant en la perte de chance d'éviter la réalisation d'un risque ne peut pas se confondre avec le dommage découlant de la réalisation dudit risque.

Ainsi, par exemple, la perte de la chance d'éviter un décès, causée par une prestation de soins de santé non fautive, ne répond selon nous pas au critère du décès fixé par l'article 5, 4°, de la loi du 31 mars 2010.

Partant, les dommages visés à l'article 5, 1°, 2° et 4°, sont distincts de celui découlant de la perte d'une chance d'éviter la réalisation desdits dommages.

5. Les troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient

59. Le Fonds considère qu'une importance toute particulière doit ici être accordée à la situation individuelle de chaque patient. Par ailleurs, le caractère personnel de chacune des victimes doit être pris en compte, certaines fournissant davantage d'efforts pour accomplir tels ou tels actes sans en avoir davantage la capacité que d'autres.

Le Fonds propose de confronter la situation de la victime aux items suivants pour apprécier l'existence ou non des troubles graves au sens de l'article 5, 3^e, de la loi du 31 mars 2010⁷⁸ :

- apprentissage et application des connaissances ;
- tâches et exigences générales ;
- communication ;
- mobilité ;
- entretien personnel ;
- vie domestique ;
- relations et interactions avec autrui ;
- grands domaines de la vie ;
- vie communautaire, sociale et civique.

Le Fonds tient également compte, à côté de la nature des troubles, du degré de gravité, du facteur temps (temporaire ou permanent) et du déroulement des troubles (caractère constant ou variable).

Deux éléments sont au cœur de l'appréciation de ce critère de gravité : l'influence des conditions de vie et le caractère particulièrement grave des problèmes. Tant la vie professionnelle que la vie privée sont prises en compte dans cette appréciation⁷⁹.

La Cour d'appel d'Anvers⁸⁰ reconnaît que le dommage est suffisamment grave au regard de ce critère pour une personne qui :

- a été hospitalisée pendant 5 mois, subissant des complications particulièrement graves (intubation et coma) ;
- a présenté une incapacité personnelle temporaire de 100 % pendant 5 mois, de 50 % pendant 3 mois et de 25 % pendant 4 mois ;
- une incapacité ménagère temporaire de 100 % pendant 3 mois et de 50 % pendant 4 mois ;
- une perte d'aide de tiers (2 heures / jour pendant 5 mois) ;
- une incapacité personnelle permanente de 15 %.

60. Il s'aperçoit que, dans certaines circonstances, lorsque le préjudice subi par la victime présentant une invalidité permanente de plus de 25 % ou une

⁷⁸ *Rapport d'activités du Fonds des accidents médicaux – 2012*, p. 53.

⁷⁹ E. DEKREM et L. D'HONDT, « Notions "dommage normal" et "troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence" dans la loi sur les accidents médicaux », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 242.

⁸⁰ Anvers, 12 février 2018, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 233.

incapacité de travail temporaire de plus de six mois réside, en réalité, en la perte d'une chance d'évaluer la réalisation d'un risque, le critère des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient pourra parfois permettre que soit considéré comme atteint le seuil de gravité.

En revanche, cela ne se conçoit pas lorsque le patient est décédé et que son préjudice, en lien causal certain avec la faute du prestataire, est une perte de chance d'éviter ce décès.

En effet, cette perte de chance là ne pourra jamais correspondre au seuil de gravité visé par l'article 5, 3°, de la loi du 31 mars 2010. Le patient étant, par hypothèse, décédé, il ne peut pas voir ses conditions d'existence entravées par des troubles particulièrement graves.

À cet égard, soulignons que le dommage subi par les ayants droit du patient n'entre pas en considération pour l'appréciation des seuils de gravité prévus par l'article 5 de la loi du 31 mars 2010.

C. *Les conséquences de l'absence de gravité sur le recours subrogatoire*

61. Il va de soi que si le Fonds pose le constat qu'aucun seuil de gravité n'est atteint, il considérera que les conditions de l'article 4, 3°, de la loi du 31 mars 2010 ne sont pas réunies, quand bien même la responsabilité qu'il retiendrait dans le chef du prestataire de soin serait contestée par celui-ci ou par son assureur.

Dans ce cas, le Fonds n'indemniserait pas la personne lésée et n'exercerait donc pas de recours subrogatoire.

62. Toute autre est la situation où, après avoir considéré que l'un des seuils de gravité était atteint et avoir indemnisé la victime à la suite du refus de reconnaissance de la responsabilité par le prestataire de soins ou son assureur, le Fonds exerce un recours subrogatoire et se voit alors opposer que le seuil de gravité, qu'il croyait atteint, ne l'est en réalité pas.

Dans ce contexte, se pose la question de savoir si le Fonds peut néanmoins exercer son droit de subrogation contre le prestataire et son assureur puisque, si la victime n'avait pas été indemnisée, elle pourrait assurément poursuivre ce prestataire sur pied de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, quand bien même le seuil de gravité n'est pas présent.

63. En droit des assurances, la question s'est posée de savoir si l'assureur qui a payé l'indemnité alors que celle-ci n'était pas due au regard du contrat d'assurance pouvait, dans ce contexte, exercer le droit de subrogation institué, à l'époque, par l'article 22 de la loi du 11 juin 1874⁸¹.

⁸¹ Actuellement, l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

La Cour de cassation a répondu de manière positive à cette question par un arrêt du 31 octobre 1991 : le droit de subrogation de l'assureur est d'application dès que celui-ci, qu'il y ait été obligé ou non, a payé le dommage ; la disposition légale ne soumet en effet la subrogation de l'assureur qu'à la seule condition que le dommage ait été payé par l'assureur⁸².

64. Cet arrêt est-il transposable au Fonds des accidents médicaux ?

Manifestement non.

En effet, tant l'article 30 que l'article 32 de la loi contiennent un alinéa précisant que :

« Si le juge estime que les sommes payées au demandeur par le Fonds ne sont pas dues, elles ne sont pas récupérées. »

Cette précision a été apportée sur la base de l'avis préalable de la section Législation du Conseil d'État qui a relevé, au niveau de l'article 28, que :

« Selon le délégué, lorsqu'une procédure judiciaire ultérieure révèle que les sommes payées au demandeur n'étaient pas dues, elles ne sont pas récupérées (voir également les articles 30, alinéa 4, 31, alinéa 4, et 32, alinéa 5). Si telle est réellement l'intention, il serait préférable que le texte de l'article 28 l'énonce formellement. »⁸³

À la suite de cet avis, le texte a été adapté en conséquence ; l'intention du législateur ne fait donc aucun doute : le Fonds ne peut pas exercer de droit de subrogation lorsqu'il est intervenu à tort, par exemple lorsque le seuil de gravité n'était pas atteint.

Précisons que, dans ce contexte, le Fonds ne peut pas davantage récupérer auprès de la victime l'indemnisation qu'il lui a erronément octroyée. En effet, dès que la personne lésée accepte l'offre d'indemnisation du Fonds, elle a la garantie que cette indemnisation lui est définitivement acquise, quelle que soit l'issue du recours subrogatoire qu'entreprendra par la suite le Fonds.

IV. La valeur de l'expertise contradictoire

65. Pour apprécier si la responsabilité d'un prestataire de soins est engagée, le Fonds va naturellement essentiellement se fonder sur le rapport d'expertise contradictoire qui est réalisé dans le décours de la procédure⁸⁴.

66. L'expertise organisée par le Fonds, en application de l'article 17 de la loi du 31 mars 2010, pose de multiples questions quant à sa validité, son respect des

⁸² Pour une approche critique de cet arrêt de la Cour de cassation, voy. J.-L. FAGNART, obs. sous Cass., 31 octobre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 571.

⁸³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001, p. 104.

⁸⁴ P. MUYLAERT, « L'expertise contradictoire organisée par le Fonds des accidents médicaux (article 17, § 2, de la loi du 31 mars 2010) », *Consilio*, 2016/1, p. 58.

droits de la défense, les garanties qu'elle offre au regard du droit à un procès équitable et sa force probante⁸⁵.

67. Ainsi, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles⁸⁶ considère que l'expertise mise en place par l'article 17 de la loi relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé n'est ni une expertise amiable ni une expertise judiciaire.

Le tribunal observe que le législateur a chargé le Fonds des accidents médicaux de l'organisation administrative de l'expertise et du contrôle de son déroulement correct ainsi que de veiller au respect du caractère contradictoire. En raison de ces particularités, le tribunal juge que l'expertise organisée par le Fonds ne présente pas les mêmes garanties qu'une expertise judiciaire dès lors que le Fonds n'est, à l'inverse du juge, pas un tiers totalement neutre puisque les conclusions de l'expertise peuvent avoir une incidence sur ses propres droits et obligations.

Le tribunal relève encore que l'expert est désigné et rémunéré par le Fonds, qu'il tient éventuellement des séances d'expertise dans ses locaux et qu'il prendra ses instructions auprès du Fonds en cas de difficulté.

Le tribunal en conclut que, à tout le moins sur le plan objectif, le Fonds n'apparaît pas comme un organe totalement impartial.

Pour autant, le tribunal n'en adopte pas moins une position nuancée, estimant qu'il ne résulte pas de ces constats un vice fondamental de l'expertise impliquant qu'elle devrait purement et simplement être systématiquement écartée des débats; au contraire, il revient au juge d'apprécier, comme il le ferait pour une expertise unilatérale, les mérites du rapport qui lui est soumis et si celui-ci contient des éléments pouvant être retenus à titre d'enseignements, de présomptions, voire même de preuve; en définitive, si l'expertise est un élément déterminant du litige en responsabilité médicale, c'est davantage en raison de son contenu (constatations, explications techniques, réflexions) que de ses conclusions.

Statuant en degré d'appel, la Cour d'appel de Bruxelles⁸⁷ a souligné la pertinence du jugement précité et en a adopté la motivation. La cour confirme que l'expertise mise sur pied par le Fonds n'est ni une expertise amiable (dont la valeur est déterminée par les parties) ni une expertise judiciaire, ne présen-

⁸⁵ Pour un examen particulièrement minutieux de ces questions, voy. M. SNOECK, « Le Fonds des accidents médicaux: voie parallèle ou chemin de traverse? », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2018, p. 44; voy. également P. MUYLAERT, « Le Fond des accidents médicaux: bilan et perspectives », *Consilio*, 2020/3, p. 113.

⁸⁶ Civ. Bruxelles (1^{er} ch.), 20 mars 2017, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 112 et obs. G. GENICOT. Par ce jugement, finalement, le tribunal déclare fondés les recours subrogatoires du Fonds et de l'organisme assureur dirigés contre l'assureur du prestataire de soins. Ce jugement a été confirmé par Bruxelles, 29 mars 2021, R.G. n° 2017/AR/885, inédit.

⁸⁷ Bruxelles (4^e ch.), 29 mars 2021, R.G. n° 2017/AR/885, inédit.

tant pas les mêmes garanties d'impartialité que celle-ci. À cet égard, la cour relève que même si le Fonds ne choisit pas les dossiers pour lesquels une expertise contradictoire est mise sur pied et même s'il n'est pas partie à cette expertise, il demeure que le Fonds est intéressé au résultat de l'expertise alors qu'il désigne l'expert, le rémunère, l'héberge parfois dans ses locaux et est un appui pour l'organisation de l'expertise.

Pour autant, la Cour d'appel de Bruxelles ne considère pas que les expertises prévues par l'article 17 de la loi du 31 mars 2010 emportent une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (exigence d'un procès équitable).

Le rapport d'expertise réalisé dans le cadre de la procédure administrative peut donc valablement être examiné par le juge dans le cadre de la procédure judiciaire qui s'ensuit, à l'instar d'un rapport unilatéral. Mieux, la cour relève que « contrairement à un rapport unilatéral, l'expertise organisée par la loi du 31 mars 2010 est une expertise contradictoire. Les parties sont donc associées, dès l'origine, aux travaux de l'expert, tous les éléments en possession de ce dernier sont soumis à la contradiction, l'expert est tenu de répondre à leurs observations ».

68. Par un jugement du 22 octobre 2018⁸⁸, le Tribunal de première instance de Bruxelles déclare non fondée l'action subrogatoire du Fonds⁸⁹ à l'égard d'un médecin gynécologue alors que, se basant sur les conclusions du rapport d'expertise qu'il avait ordonnée, le Fonds avait retenu une responsabilité dans le chef du praticien en rapport avec une suture de l'épisiotomie.

Le tribunal s'est livré à une analyse du rapport de l'expert mais aussi à ceux de ses sages-majors spécialistes (dont l'expert s'est départi) et à certaines pièces médicales dont le protocole d'une résonance magnétique. Le tribunal en déduit que si l'expert a considéré que la fistule recto-vaginale développée par la patiente avait pour origine une suture musculaire de l'épisiotomie réalisée de manière trop large, il ne s'agissait en réalité que d'une hypothèse évoquée dans le protocole initial de l'IRM, hypothèse qui n'avait pas pu être confirmée avec certitude.

Le tribunal observe que les sages-majors ont souligné que la cause de la fistule pouvait être traumatique (auquel cas il se peut qu'elle soit fautive) ou infectieuse, aucun élément du dossier ne permettant de privilégier l'une ou l'autre piste.

Dès lors, face aux carences de l'expertise, le Fonds est débouté.

69. Par un jugement du 18 janvier 2018⁹⁰, le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles considère qu'il ne lui appartient pas de statuer, à

⁸⁸ Civ. fr. Bruxelles (11^e ch.), 22 octobre 2018, *Consilio*, 2019/2, p. 49.

⁸⁹ Ainsi que celles de la Commission européenne et de l'École européenne de Bruxelles.

⁹⁰ Civ. néerl. Bruxelles, 18 janvier 2018, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 45; dans le même sens: Civ. néerl. Bruxelles (5^e ch.), 16 juillet 2020, R.G. n° 2018/957/A, inédit.

titre de disposition générale et en règle, sur l'indépendance et l'objectivité des expertises organisées par le Fonds.

À l'occasion du cas qui lui est soumis, le tribunal refuse alors la désignation d'un expert judiciaire sollicitée par l'assureur du prestataire responsable, considérant qu'il peut avoir égard à l'expertise du Fonds dès lors que, dans cette cause, les parties ont régulièrement été invitées à être présentes, à faire connaître leurs points de vue et à formuler leurs remarques à propos du rapport provisoire, auxquelles l'expert désigné par le Fonds a répondu de manière motivée. Le tribunal ajoute que les parties n'ont formulé aucune remarque sur la désignation de l'expert par le Fonds et que l'expert n'a pas fait l'objet d'une demande en récusation.

Pour autant, le tribunal ajoute que l'expertise organisée par le Fonds n'est pas contraignante pour le tribunal et que la loi du 31 mars 2010 ne stipule pas que cette expertise a la même valeur qu'une expertise judiciaire.

70. S'il semble admis que l'expertise du Fonds n'est ni une expertise amiable ni une expertise judiciaire, elle n'est pas pour autant nécessairement écartée par les tribunaux.

Ceux-ci s'emploient, au cas par cas, à apprécier la valeur probante qui peut s'attacher à cette pièce, parmi d'autres pièces produites par les parties et, selon les cas, les juges décident ou non de s'appuyer sur l'expertise contradictoire qui s'est déroulée dans le cadre de la procédure administrative pour fonder leur décision quant aux mérites du recours subrogatoire qui leur est soumis.

Il demeure que l'expertise du Fonds apparaît fréquemment comme un point de faiblesse pour celui-ci dans le cadre de l'action subrogatoire qu'il dirige contre le prestataire de soins dont il a retenu la responsabilité.

V. Paiement provisionnel

71. Lorsque la responsabilité est contestée par le prestataire ou son assureur de manière expresse⁹¹ ou de manière tacite en l'absence d'une offre d'indemnisation adressée à la personne lésée⁹², le Fonds procède lui-même, nous l'avons vu, à une offre de règlement si le dommage est suffisamment grave.

En application de l'article 25, § 3, de la loi du 31 mars 2010, « si le dommage ne peut être entièrement quantifié, le Fonds propose le versement d'une indemnisation provisionnelle tenant compte des frais déjà exposés, de la nature des lésions, de la douleur endurée et du préjudice résultant des périodes d'incapacités et d'invalidités déjà écoulées. L'indemnisation provisionnelle porte également sur le préjudice le plus probable pour l'avenir ».

⁹¹ Article 30 de la loi du 31 mars 2010.

⁹² Article 32 de la loi du 31 mars 2010.

Cette situation se présentera régulièrement lorsque la victime est un enfant. Dans ce cas, il est habituel que l'évaluation du dommage corporel ne puisse pas intervenir avant la fin de la croissance, avant l'âge de la majorité, voire avant les 25 ans de l'enfant, selon les situations.

72. Il semble que le Fonds développe pour pratique, immédiatement après avoir procédé à une indemnisation provisionnelle au sens de l'article 25, § 3, précité, d'exercer son recours subrogatoire contre le prestataire de soins (et son assureur) qu'il estime responsable du dommage subi par la victime.

Plus encore, le Fonds cite la victime en déclaration de jugement commun et entend, une fois la responsabilité du prestataire reconnue par un jugement coulé en force de chose jugée, se défaire de son obligation d'indemniser la victime, estimant que dorénavant, celle-ci devra être indemnisée par le tiers responsable.

Cette attitude est incompatible avec le texte de la loi.

73. L'article 25, § 3, alinéa 2, de la loi du 31 mars 2010 dispose que :

« Dans ce cas [à savoir, lorsque le Fonds a procédé à une indemnisation provisionnelle], le demandeur adresse une demande complémentaire au Fonds lorsque le dommage peut être entièrement quantifié ou lorsque celui-ci a évolué de manière significative. »

C'est donc bien le Fonds qui conserve l'obligation d'indemniser la victime et non pas le prestataire responsable ou son assureur, dès lors que la personne lésée n'a pas choisi de diriger son action contre ce dernier.

74. L'attitude du Fonds décrite ci-avant laisse d'autant plus perplexe que l'esprit de la loi est précisément d'éviter que la victime se retrouve seule, dans une situation de déséquilibre, face à l'assureur du responsable.

Relevons que l'article 20, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 mars 2010 insiste sur la gratuité pour la victime de la procédure devant le Fonds.

Soulignons ici que le Fonds fait l'objet de nombreuses critiques liées à ses dysfonctionnements, lesquels ont été mis en lumière à l'occasion d'un audit externe en 2018 et d'un rapport de la Cour des comptes en 2020. À la suite de ces constants, une proposition de résolution relative au Fonds des accidents médicaux a été déposée à la Chambre le 10 juin 2020. On y lit notamment :

« [L]e législateur a voulu éviter que les personnes victimes de graves préjudices médicaux doivent faire face à des procédures judiciaires longues et coûteuses, ou à des procédures judiciaires dans lesquelles il est difficile pour le patient d'identifier, sans équivoque, le prestataire de soins responsable.

Il va sans dire que, dans la situation actuelle, le FAM n'atteint pas ces objectifs. Aujourd'hui, les patients concernés qui s'adressent au FAM s'engagent aussi dans une procédure longue, fastidieuse et

épuisante. [...] [C]e qui devait devenir un instrument pour soulager et soutenir les victimes s'est mué en un organisme qui, au contraire, accable et épuise les parties prenantes.»⁹³

Il est dès lors étonnant de constater que, à la suite de l'attitude du Fonds qui implique la victime dans son recours subrogatoire, celle-ci va nécessairement être confrontée aux frais inhérents à une procédure judiciaire, ceux-ci n'apparaissant que très théoriquement évitables.

75. Nous ne sommes d'ailleurs pas convaincus que le Fonds puisse justifier d'un intérêt, au sens de l'article 17 du Code judiciaire, à agir en déclaration de jugement commun contre la victime lorsqu'il intente son action subrogatoire contre le prestataire de soins ou son assureur.

L'intérêt exigé pour agir en justice consiste en tout avantage matériel ou moral – effectif mais non théorique – que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme⁹⁴.

L'intérêt doit exister, en règle, au moment où la demande est introduite.

L'intérêt doit être concret, ce qui signifie que le demandeur poursuit un avantage effectif et non théorique. Le droit que le juge dit et applique doit avoir une incidence concrète sur la situation des parties.

Plus particulièrement, la Cour de cassation rappelle que «la demande en déclaration d'une décision judiciaire commune a pour seul objet d'empêcher que le défendeur à cette demande puisse éventuellement objecter, dans un autre litige l'opposant au demandeur, que cette décision ne lui est pas opposable»⁹⁵.

Nous n'apercevons pas quel est l'avantage légitime, né et actuel, que poursuit le Fonds en citant en intervention forcée et déclaration de jugement commun et opposable la victime d'une faute médicale qu'il a indemnisée partiellement. En effet, il n'existe à notre sens pas de possibilité que la personne lésée puisse objecter, dans un autre litige l'opposant au Fonds, que cette décision ne lui est pas opposable dès lors que l'action subrogatoire exercée par le Fonds contre le prestataire responsable ne concerne nullement la victime.

La présence de cette victime n'est donc nullement nécessaire à la conduite, par le Fonds, de son action subrogatoire contre le prestataire ou son assureur.

D'ailleurs, lorsque le Fonds a indemnisé complètement, sans réserve, la victime ou ses ayants droit et qu'il exerce ensuite son recours subrogatoire, il ne cite jamais la victime en déclaration de jugement commun et opposable.

Ceci démontre par l'absurde que la présence de la victime, indemnisée partiellement, dans la procédure ne rencontre aucun intérêt concret, légitime, né et actuel, du Fonds.

⁹³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-1336/001, p. 9.

⁹⁴ C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, *Doc. parl.*, Sén., 1963-1964, n° 60, p. 23.

⁹⁵ Cass., 15 mars 2021, R.G. n° S.18.0090.F.

Nous pensons donc que semblable démarche, accomplie par le Fonds, est irrecevable.

76. Rappelons également que la subrogation ne vaut qu'à concurrence du paiement effectué.

Lorsque le Fonds effectue un paiement partiel, puisque provisionnel, en faveur de la victime, il n'est subrogé à l'égard du prestataire de soins (ou de son assureur) qu'à concurrence du paiement qu'il a effectué.

Par ailleurs, contrairement par exemple à ce qui existe pour les organismes assureurs dans le cadre de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités⁹⁶, il n'est pas institué en faveur du Fonds une règle de décumul lui permettant d'arrêter son intervention une fois la responsabilité du prestataire de soins reconnue par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée.

Le Fonds n'est donc nullement en droit d'opposer à la victime que, dorénavant, la responsabilité du prestataire est reconnue pour justifier de ne plus lui verser le solde de son indemnisation.

Bien au contraire, le Fonds doit indemniser intégralement la personne lésée après le paiement provisionnel intervenu et pourra exercer son droit de subrogation à concurrence du nouveau paiement intervenu.

VI. Le partage de la responsabilité

A. *La faute de la victime*

77. Il est imaginable que, dans le cadre de l'action subrogatoire exercée contre lui par le Fonds, le prestataire responsable ou son assureur invoque une faute de la victime et, ainsi, sollicite un partage de responsabilité.

Le comportement du patient peut en effet être considéré comme fautif si celui-ci ne se comporte pas comme un patient normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieux⁹⁷.

78. Nous pensons que le patient ne peut pas commettre de faute en refusant un traitement.

Le patient dispose en effet d'un droit absolu de déterminer s'il accepte ou non un traitement.

Ainsi, le professeur J.-L. Fagnart expose que :

« Le droit de refuser un traitement médicalement indiqué est consacré aujourd'hui par les articles 3 et 8 de la Convention européenne

⁹⁶ Article 136, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi coordonnée le 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités; pour l'application correcte de cette règle particulière, voy. A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, pp. 180-185.

⁹⁷ A. GILLE, « L'imprudence du patient : cause d'exonération partielle du médecin », *Bull. Ass.*, 2019, p. 109.

des droits de l'homme et par l'article 8 de la loi belge sur les droits du patient.

Est-il cohérent de dire à un patient qu'il est libre de refuser une intervention médicale, mais que s'il a l'audace de la refuser, il sera sanctionné par une réduction des indemnités auxquelles il a droit? En consacrant la liberté des citoyens de refuser une intervention médicale même utile, la loi a nécessairement décidé qu'un tel refus ne peut jamais, en lui-même, être constitutif de faute.

La liberté individuelle est souvent définie comme "le droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher". C'est le droit de faire des mauvais choix et de prendre des décisions nuisibles à celui qui les prend. Si la liberté reconnue aux individus leur imposait d'être raisonnables, elle ne serait pas la liberté, mais une norme de comportement.

On observera sans doute, avec raison, que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres. La liberté du patient peut entrer en conflit avec les droits, les libertés ou les intérêts d'autres personnes.

Plus spécifiquement, la liberté du patient de refuser des soins peut entrer en conflit avec l'intérêt légitime du médecin d'accomplir un acte médical indiqué pour lequel il percevra des honoraires. La liberté du patient peut aussi entrer en conflit avec l'intérêt légitime du responsable et de son assureur de payer le moins possible.

Dans une analyse approfondie et convaincante de cette problématique, Thierry Léonard a proposé de résoudre les conflits opposant une liberté civile à un intérêt légitime par "la pondération des intérêts".

Si l'on doit soupeser la liberté de l'un et les intérêts financiers de l'autre, la balance penche très lourdement en faveur du respect de l'autonomie du patient. "L'intérêt du titulaire de la liberté civile l'emporte *a priori* sur l'intérêt légitime d'autrui. Il peut en effet lui opposer sa qualification de liberté civile".

On ne peut donc qu'approuver la Cour de cassation de France qui, par son arrêt du 15 janvier 2015 reproduit ci-après, confirme clairement que, par principe, le patient ne peut être en faute s'il refuse de se soumettre à des traitements médicaux qui ne peuvent être pratiqués sans son consentement»⁹⁸.

Il s'en déduit que, sauf à entraver la liberté fondamentale à disposer de son corps, un refus de traitement ne peut pas être constitutif de faute dans le chef du patient.

79. Il demeure qu'il existe d'autres hypothèses dans lesquelles un patient est susceptible de commettre une faute.

⁹⁸ J.-L. FAGNART, « Le refus de soins », *For. Ass.*, 2015, n° 156, p. 140, nos 65 et 66.

Le patient doit collaborer au traitement, au succès duquel il contribue étroitement et dont il n'est pas l'objet passif. Le patient doit respecter scrupuleusement les conseils et directives du médecin et être constamment attentif aux signes alarmants, qu'il est naturellement le premier à percevoir⁹⁹.

Ainsi, lors de l'anamnèse, si le patient fournit au médecin une information incomplète ou erronée et qu'il devait raisonnablement en être conscient, il commet une faute. De la même manière, le patient doit savoir qu'il lui appartient de communiquer certaines particularités de son passé médical, telle une allergie rare¹⁰⁰ ou un antécédent spécifique.

Pendant l'exécution du traitement, c'est le médecin qui dirige les opérations tandis que le patient a un rôle essentiellement passif; de sorte que sa responsabilité sera rarement mise en cause. Il a cependant été jugé que la mère qui retarde plus que de raison son départ vers l'hôpital pour y accoucher commet une faute¹⁰¹.

Il se peut aussi que le patient commette une faute après le traitement; il pourra ainsi être tenu responsable de l'irrespect des instructions qui lui ont été données par le médecin. Ainsi peut être fautif le fait de ne pas se rendre aux consultations postopératoires.

80. Ces situations peuvent dès lors être source d'un partage de responsabilité si, de son côté, le prestataire de soins commet également une faute.

B. Les conséquences d'un partage de responsabilité sur le recours subrogatoire

81. Dans le cadre de l'action subrogatoire du Fonds se pose alors la question de l'impact d'une faute du subrogeant concourant au dommage.

82. En cas de partage de responsabilité entre le subrogeant et un tiers, le recours du tiers payeur subrogé est limité à l'obligation mise à charge du tiers, en vertu du droit applicable, pour le poste de l'indemnisation correspondant.

Il s'agit en effet de l'application de l'effet du paiement subrogatoire sous son aspect de cession de créance: le prestataire responsable (ou son assureur) peut opposer au Fonds subrogé toutes les exceptions dont il disposait, au jour de l'indemnisation par le Fonds, à l'égard de la victime subrogeante. Le partage de responsabilité est l'une de ces potentielles exceptions.

83. Pour ce qui concerne le Fonds, la question du partage de responsabilité ne semble *a priori* pas poser de difficultés¹⁰² dès lors que l'objet et l'assiette de

⁹⁹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 601.

¹⁰⁰ Civ. fr. Bruxelles (11^e ch.), 5 novembre 2018, *Bull. Ass.*, 2019, p. 97.

¹⁰¹ Liège, 10 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 779.

¹⁰² Contrairement aux situations rencontrées par d'autres tiers payeurs subrogés. Voyez à cet égard la contribution dans le présent ouvrage de V. DE WULF, « Le recours des tiers payeurs: poste pour poste? ».

son recours sont identiques d'une part, et qu'un concours avec la victime subrogeante est impossible.

En effet, lorsque la victime accepte l'offre d'indemnisation du Fonds, elle renonce nécessairement à réclamer quelque solde que ce soit auprès du tiers responsable.

Elle est donc intégralement et définitivement indemnisée. Dès lors, lorsque le Fonds réclame au prestataire responsable le montant de ses débours dans le cadre de son droit de subrogation et qu'il s'avère qu'il y a lieu d'opérer un partage de responsabilité entre la victime et le prestataire, le Fonds, en définitive, percevra la quote-part de ses débours proportionnellement à la part de responsabilité du prestataire responsable.

84. Deux situations peuvent se présenter :

- Si le Fonds a constaté d'emblée le partage de responsabilité, il indemnise le patient en tenant compte de ce partage et exerce son recours subrogatoire sur la totalité de l'indemnisation qu'il a consentie.

Prenons l'exemple d'un patient qui, par sa propre faute et celle de son médecin, subit un préjudice global de 1.000,00 €, sa propre responsabilité étant engagée à concurrence de 40 %. Le Fonds, conscient de ce partage de responsabilité, doit l'indemniser à hauteur de 60 % du dommage, soit de 600,00 €. Il exerce ensuite son recours à l'encontre du prestataire de soins, lequel doit lui verser la somme de 600,00 € (soit la somme qu'il aurait dû verser à la victime si le Fonds n'existait pas).

- Si, en revanche, le Fonds n'aperçoit pas le partage de responsabilité et indemnise le patient à concurrence de 100 % du dommage subi, il verra néanmoins son recours subrogatoire limité à concurrence de ce dont est redevable le prestataire responsable.

Dans notre exemple, le Fonds indemnise le patient à concurrence de 1.000,00 € mais ne pourra ensuite exercer son recours subrogatoire qu'à concurrence de 60 % du préjudice, soit 600,00 €. Un montant de 400,00 € est ainsi perçu à tort par la victime, montant qui lui reste néanmoins définitivement acquis. Le Fonds doit, lui, supporter cette différence : il paie 1.000,00 € mais n'en récupère que 600,00.

85. Toute autre est la question de la position concurrentielle dans laquelle va se retrouver le Fonds par rapport à la mutualité.

En effet, par hypothèse, le prestataire de soins a commis une faute occasionnant un dommage au patient, lequel est indemnisé par le Fonds.

Celui-ci, lorsqu'il procède à l'indemnisation, déduit de celle-ci les sommes versées à la victime par sa mutualité¹⁰³.

Il exerce ensuite son recours subrogatoire contre le prestataire responsable ou son assureur.

¹⁰³ Article 25, § 4, de la loi du 31 mars 2010.

De son côté, la mutualité va également exercer son recours subrogatoire contre le tiers responsable ou son assureur, prévu par l'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi coordonnée le 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

Rappelons les grandes lignes du droit de subrogation dont disposent les mutualités¹⁰⁴ :

- l'assiette subrogatoire des mutualités est à ce point étendue que, en matière de soins de santé, elle englobe le ticket modérateur resté à charge du patient¹⁰⁵ ;
- la subrogation de la mutualité s'applique selon nous poste par poste¹⁰⁶ ;
- la mutualité peut se prévaloir d'un droit préférentiel en cas de partage de responsabilité vis-à-vis de son affilié subrogeant. Il s'agit d'une valse à trois temps. Premièrement, le dommage de la victime subrogeante est déterminé ; il englobe la quote-part légale de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités et la quote-part légale laissée à charge de la victime. Deuxièmement, la clé de répartition du partage de responsabilité est appliquée sur l'intégralité du dommage commun. Troisièmement, les débours de la mutualité sont déduits du dommage et lui sont payés en priorité, la victime subrogeante percevant l'éventuel solde.

Ce droit préférentiel découle de l'article 136 de la loi relative à l'assurance obligatoire maladie – invalidité et est confirmé par la Cour de cassation¹⁰⁷. Il est donc naturellement opposable par la mutualité au Fonds qui, par le biais de son droit de subrogation, a pris la place de la victime.

Précisons l'exemple évoqué ci-avant.

Le patient, par sa propre faute et celle de son médecin, a subi un préjudice global de 1.000,00 €, préjudice englobant un poste de dommage de 100,00 € à titre de soins de santé (ticket modérateur) payé par la victime. De son côté, la mutualité du patient est intervenue à hauteur de 500,00 € dans le coût des soins de santé dispensés au patient. Rappelons que 60 % du dommage sont imputables à la faute du prestataire de soins, la responsabilité du patient étant engagée à concurrence de 40 %.

- Dans la première hypothèse envisagée, le Fonds a constaté d'emblée le partage de responsabilité, il a indemnisé le patient en tenant compte de ce partage et exerce ensuite son recours subrogatoire sur la totalité de

¹⁰⁴ A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 175 ; V. DE WULF, « Le recours des tiers payeurs : poste pour poste ? », *op. cit.*

¹⁰⁵ Cass., 8 octobre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 40 ; Cass., 8 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1696.

¹⁰⁶ Sur l'existence et la portée de la controverse à ce propos, voy. A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁷ Cass., 22 janvier 2020, R.G. n° P:19.0967.F ; Cass., 2 mars 2011, R.G. n° P:10.1652.F ; pour une approche critique du droit préférentiel de la mutualité, voy. DE WULF, « Le recours des tiers payeurs : poste pour poste ? », *op. cit.*

l'indemnisation qu'il a consentie. La mutualité se joint à sa démarche subrogatoire.

Le Fonds indemnise le patient à hauteur de 60 % du dommage subi, soit 600,00 €.

Le Fonds et la mutualité exercent leur recours subrogatoire contre le prestataire (ou son assureur), le Fonds réclamant 600,00 € et la mutualité 500,00 €.

Le préjudice subi par le patient en soins de santé (100,00 €) et la mutualité (500,00 €) est globalisé, soit 600,00 €. 60 % de ce préjudice, soit 360,00 €, sont attribués à la mutualité ; il n'y a pas de solde revenant au patient, et donc ici au Fonds.

Le reste du préjudice s'élève à la somme de 900,00 €¹⁰⁸. Sur cette partie du préjudice, le Fonds n'est plus en concurrence avec la mutualité, déjà désintéressée par le seul poste de dommage qui l'occupait dans notre exemple. Le Fonds a droit à 60 % de ce dommage, soit 540,00 €.

Le Fonds avait pourtant payé 600,00 € au patient, montant définitivement acquis à ce dernier. Une différence de 60,00 € reste à charge du Fonds.

- Dans notre seconde hypothèse, le Fonds n'a pas aperçu le partage de responsabilité et a indemnisé le patient à concurrence de 100 % du dommage subi, le partage de responsabilité ne lui étant opposé qu'à l'occasion du recours subrogatoire qu'il entreprend auprès de la mutualité. En application des mêmes clés de répartition qu'évoquées dans la situation précédente, la mutualité perçoit 360,00 € et le Fonds 540,00 €. Le patient conserve son indemnisation de 1.000,00 € et c'est cette fois un montant de 460,00 € qui reste définitivement à charge du Fonds.

86. Lorsqu'il rend son avis, à l'issue de l'expertise contradictoire, sur l'existence d'un accident médical sans responsabilité ou l'existence d'un accident médical impliquant la responsabilité d'un prestataire de soins, le Fonds a donc grand intérêt à être particulièrement attentif à la question de savoir si le patient a commis une faute concurrente à la survenue de son dommage.

§ 3. Le Fonds et le prestataire non (ou insuffisamment) assuré

87. L'article 4, 2°, de la loi du 31 mars 2010 dispose que :

« Le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit conformément au droit commun :

[...]

2° lorsque le Fonds est d'avis ou qu'il est établi que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins, dont la responsabilité civile n'est pas ou pas suffisamment couverte par un contrat d'assurance. »

¹⁰⁸ Préjudice global de 1.000,00 € – le poste des soins de santé de 100,00 € = 900,00 €.

88. Dans ce cas, le Fonds indemnise la victime sans devoir vérifier si le seuil de gravité est atteint.

Il importe peu également de savoir si le prestataire de soins conteste ou non sa responsabilité. Dès lors que la couverture d'assurance fait défaut ou apparaît insuffisante, le Fonds doit formuler une offre d'indemnisation s'il considère que la responsabilité du prestataire est engagée, et ce, que cette responsabilité soit contestée ou non.

Comme le relève l'exposé des motifs, en cas de couverture d'assurance défaillante ou insuffisante, le Fonds joue en quelque sorte le rôle du Fonds commun de garantie. La victime n'est donc pas préjudiciée par le fait que le prestataire de soins n'a pas souscrit d'assurance en responsabilité civile professionnelle, le Fonds jouant le rôle d'un filet de sécurité.

Pour que le Fonds intervienne dans cette hypothèse, il faut, outre le défaut d'assurance, soit que le Fonds ait retenu la responsabilité du prestataire de soins dans le cadre de la procédure administrative, soit que la responsabilité du prestataire ait été retenue par le juge, soit enfin, ajoute l'exposé des motifs, que le prestataire ait lui-même reconnu sa responsabilité¹⁰⁹.

À cet égard, il ne sous semble néanmoins pas compatible avec le texte légal précité de l'article 4, 2°, que l'obligation pour le Fonds d'indemniser la personne lésée puisse découler de la seule volonté, exprimée par le prestataire non assuré (ou sous-assuré), de reconnaître sa responsabilité.

89. Si la personne lésée accepte l'offre d'indemnisation formulée par le Fonds¹¹⁰, celui-ci procède à l'indemnisation dans le mois de cette acceptation.

90. Dès cette indemnisation, le Fonds est subrogé aux droits de la personne lésée à l'encontre du prestataire de soins, et ce, en vertu de l'article 28 de la loi du 31 mars 2010 :

«Lorsque le Fonds a indemnisé le demandeur en application de l'article 4, 2°, il est subrogé dans les droits de celui-ci contre le prestataire de soins.

Ni le prestataire de soins, ni le juge, ne sont liés par le montant de l'indemnisation accordée par le Fonds au demandeur.

Si le juge estime que les sommes payées au demandeur par le Fonds ne sont pas dues, elles ne sont pas récupérées.»

91. Le mécanisme subrogatoire est donc identique à ce qui a été décrit *supra* au § 2 à propos du recours contre le prestataire responsable ou son assureur en cas de contestation de responsabilité, à ceci près que, le seuil de gravité ne devant pas être atteint, le recours subrogatoire ne pourra pas se voir opposé par le prestataire de soins que, la gravité du dommage étant insuffisante, le Fonds n'aurait pas dû indemniser le patient.

¹⁰⁹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001, p. 34.

¹¹⁰ Au terme de la procédure décrite *supra* au § 2 de la présente contribution.

Lorsque le Fonds exerce son recours subrogatoire, le prestataire reste libre de contester la mise en cause de sa responsabilité ou simplement la hauteur de l'indemnisation offerte à la victime par le Fonds.

Si, à l'issue du recours subrogatoire, le juge ne retient pas de responsabilité dans le chef du prestataire, le Fonds devra alors supporter seul le coût de l'indemnisation, celle-ci demeurant définitivement acquise à la victime.

§ 4. Le Fonds et l'offre d'indemnisation manifestement insuffisante

92. L'article 4, 4^o, de la loi du 31 mars 2010 dispose que :

« Le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit conformément au droit commun :

[...]

4^o lorsque l'assureur couvrant la responsabilité du prestataire de soins qui a causé le dommage formule une offre d'indemnisation que le Fonds juge manifestement insuffisante. »

93. Le Fonds joue ici un rôle d'assistance à la victime lorsque la responsabilité d'un prestataire est engagée et que la responsabilité de celui-ci n'est pas contestée.

L'exposé des motifs relève que le droit à l'indemnisation n'est pas une science exacte et que l'appréciation d'une indemnisation est appelée à varier en fonction de chaque cas particulier et, ajoute l'exposé des motifs, « de la personne qui réalise l'évaluation »¹¹¹.

Le Fonds ne doit dès lors pas se substituer à l'assureur dès que l'indemnisation ne correspond pas à l'euro près à celle qu'il aurait lui-même proposée ; il faut, pour qu'il intervienne, que l'offre formulée par l'assureur soit manifestement insuffisante.

Relevons qu'il n'est pas en outre requis, pour que le Fonds se substitue à l'assureur en cas d'offre à l'évidence insuffisante, que l'un des seuils de gravité soit atteint.

94. L'article 31 de la loi du 31 mars 2010 prévoit que :

« Lorsque le demandeur reçoit une proposition amiable d'indemnisation de l'assureur du prestataire de soins, il peut demander par écrit l'avis du Fonds sur cette proposition.

Dans les deux mois de cette demande, le Fonds donne un avis motivé. Si le Fonds estime la proposition manifestement insuffisante, il se substitue à l'assureur et procède conformément aux articles 25 à 27.

Le Fonds est, dans ce cas, subrogé dans les droits du demandeur contre le prestataire de soins et, le cas échéant, contre l'assureur qui couvre la responsabilité civile de celui-ci.

¹¹¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001, p. 35.

Ni le prestataire de soins, ni l'assureur, ni le juge ne sont liés par le montant de l'indemnisation accordée par le Fonds au demandeur. Si le juge estime que les sommes payées au demandeur par le Fonds ne sont pas dues, elles ne sont pas récupérées.»

95. Le mécanisme subrogatoire est donc similaire à celui qui s'applique en cas de couverture d'assurance inexistante ou insuffisante dès lors que, dans les deux situations, aucun seuil de gravité n'est exigé pour que le Fonds intervienne.

Par corollaire, l'assureur formulant une offre manifestement insuffisante ne peut pas opposer au Fonds que le seuil de gravité faisait défaut.

96. À la suite d'un amendement déposé par cinq députés¹¹², l'alinéa suivant a été ajouté au texte légal :

«Lorsque le Fonds se substitue à l'assureur conformément à l'alinéa 2, l'assureur est redevable de plein droit au Fonds d'une indemnité forfaitaire égale à 15 % du montant de l'indemnisation totale accordée à la victime par le Fonds, ou le cas échéant, du montant établi par le juge, pour autant que ce dernier confirme que l'offre de l'assureur était manifestement insuffisante.»

Ce mécanisme est directement importé de la législation française.

L'objectif poursuivi est d'assurer une meilleure effectivité du droit à l'indemnisation de la victime.

Ainsi, lorsque le Fonds se substitue à l'assureur qui a formulé une offre manifestement insuffisante, il est donc prévu que l'assureur lui sera redevable de plein droit d'une somme équivalente à 15 % du montant total de l'indemnisation accordée par le Fonds à la personne lésée ou à 15 % du montant fixé par le juge.

97. Le caractère manifestement insuffisant de l'offre ne résulte pas uniquement d'une proposition de l'assureur qui s'écarte sensiblement de la réparation intégrale du préjudice qui a été mis en évidence. En effet, lorsque l'assureur conteste le lien causal entre une partie du dommage et la faute qui est reconnue, le Fonds devra indemniser la victime puis exercer son recours subrogatoire sur pied de l'article 31 de la loi du 31 mars 2010.

Ainsi, le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles a eu à connaître d'une situation où une patiente, présentant une discopathie dégénérative au niveau de L5-S1, a bénéficié d'une intervention chirurgicale le 8 mars 2012. Au cours de cette intervention, le chirurgien a déchiré la dure-mère¹¹³. Le chirurgien s'en est immédiatement aperçu et a colmaté la déchirure.

¹¹² Madame LAMBERT (PS), Monsieur OTLET (MR), Madame FONCK (CDH), Monsieur GOUTRY (CD&V) et Madame DELLA FAILLE (Open VLD).

¹¹³ Fine membrane protectrice entourant la moelle épinière.

La situation médicale de la patiente, dans les jours qui ont suivi, ne fut pas brillante. Elle a souffert de graves maux de tête. Le chirurgien a cependant décidé qu'elle pouvait quitter l'hôpital le 21 mars 2012.

Lors des consultations postopératoires des 6 et 25 avril 2012, la patiente a réitéré ses plaintes. Le chirurgien, lors de son examen clinique, a constaté un gonflement dans le bas du dos et a soupçonné que l'atteinte à la dure-mère était toujours présente. Il a donc pratiqué une nouvelle intervention chirurgicale le 8 mai 2012.

Malgré celle-ci, la patiente a conservé ses symptômes. Le chirurgien les a attribués à une arthrite dans le cou et a proposé une intervention au niveau du cou.

La patiente l'a refusée et a consulté un autre chirurgien, lequel n'a pu réintervenir que le 17 août 2012. Dans le décours de cette intervention, il a constaté que le durapatch placé par son confrère n'avait pas été positionné sur la fuite et n'avait pas été fixé adéquatement.

Après cette intervention, les maux de tête se sont améliorés, mais la patiente a continué à ressentir une gêne dans les membres inférieurs, des nausées matinales et de fortes douleurs dorsales. Par la suite, dans le courant de l'année 2013, s'est installée une incontinence fécale, notamment liée à la succession des interventions chirurgicales.

Conformément au rapport d'expertise contradictoire, le Fonds a considéré que la responsabilité du chirurgien était engagée, ce que l'assureur de celui-ci a reconnu.

L'assureur a proposé une somme de 3.640,59 € à la victime, offre qui a été considérée manifestement comme insuffisante par le Fonds. Celui-ci s'est substitué à l'assureur et a offert à la patiente un montant de 180.298,08 €, montant qui a été accepté.

Le Fonds a ensuite saisi le Tribunal en vue d'obtenir la condamnation du chirurgien et de l'assureur, en application de l'article 31 de loi du 31 mars 2010.

Le Fonds ne reproche pas au chirurgien d'avoir lésé la dure-mère lors de la première intervention, considérant qu'il s'agit d'une complication fréquente, décrite dans la littérature. En revanche, le suivi postopératoire est épinglé, notamment le fait d'avoir laissé la patiente regagner son domicile dès le 21 mars 2012. Il est reproché un retard dans le diagnostic, dans le délai pour la réintervention et, enfin, quant à la qualité de la reprise chirurgicale du 8 mai 2012.

L'assureur du chirurgien reconnaît uniquement comme fautive l'intervention chirurgicale du 8 mai 2012 et estime que l'essentiel des séquelles n'est pas imputable à ce manquement, mais bien à l'état antérieur de la victime et aux conséquences de la complication non fautive survenue lors de la première intervention.

Pour ce motif, et pour le fait que l'assureur refuse d'utiliser la méthode de la capitalisation pour évaluer le préjudice permanent, l'offre d'indemnisation formulée par l'assureur apparaît anecdotique.

Par son jugement du 16 juillet 2020¹¹⁴, le tribunal considère que l'attitude du chirurgien a été fautive dès le postopératoire immédiat de la première intervention et que le geste chirurgical adéquat n'a été commis que tardivement. Pour le premier juge, les séquelles, non seulement liées à la fuite de la dure-mère, mais également à la succession d'interventions chirurgicales au niveau du dos que la patiente a subies, sont en lien de causalité certain avec ces fautes.

Toutefois, le premier juge diminue l'indemnisation compte tenu de l'état antérieur présenté par la victime à la suite d'un accident d'équitation survenu en 1995.

L'assureur est donc condamné à payer au Fonds un montant de 151.588,59 € au titre de l'indemnisation qui aurait dû être offerte à la victime.

En outre, l'assureur est condamné à une indemnité forfaitaire de 15 %, soit 22.738,29 €, sanctionnant son offre d'indemnisation manifestement insuffisante.

Il est piquant de relever que si l'assureur n'avait pas offert une somme anecdotique de 3.640,59 € à la patiente, mais avait simplement contesté toute responsabilité, il aurait échappé à la condamnation à l'indemnité forfaitaire de 15 %.

On s'aperçoit aussi qu'il est dangereux pour un assureur d'évaluer un préjudice en refusant, par principe, de recourir à la méthode de la capitalisation pour évaluer le dommage permanent, niant ainsi la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation¹¹⁵.

Section 2

La tentation du recours direct

98. La Cour de cassation a reconnu à l'employeur public, outre la subrogation, un recours direct sur la base de l'article 1382 de l'ancien Code civil¹¹⁶.

¹¹⁴ Civ. néerl. Bruxelles (5^e ch.), 16 juillet 2020, R.G. n° 2018/957/A, inédit, décision frappée d'appel.

¹¹⁵ Cass., 15 septembre 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14.717; Cass., 6 mai 2011, R.W., 2012-2013, p. 558; Cass., 17 février 2012, J.L.M.B., 2012, p. 683; Cass., 2 mai 2012, R.G.A.R., 2013, n° 14.937; Cass., 8 janvier 2016, R.G. n° C.15.0271.F, disponible sur www.cass.be; Cass., 27 mai 2016, R.G. n° C.15.0509.F, disponible sur www.cass.be; Cass., 16 février 2018, For. Ass., 2018, p. 168; Cass., 25 avril 2019, R.G. n° C.18.0569.F; Cass., 28 février 2020, R.G.A.R., 2020, n° 15.701.

¹¹⁶ Cass., 19 février 2001, Pas., 2001, p. 322; Cass., 19 février 2001, Pas., 2001, p. 327; Cass., 19 février 2001, Pas., 2001, p. 329; Cass., 19 février 2001, Pas., 2001, p. 332 et Cass., 20 février 2001, Pas., 2001, p. 335; V. DE WULF, « Le recours direct de l'employeur public », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2018, p. 270; Th. DUBUISSON, « Recours "direct" des employeurs publics

Par ces cinq arrêts des 19 et 20 février 2001, la Cour de cassation a estimé que les « pouvoirs publics qui, à la suite de la faute d'un tiers, doivent continuer à payer la rémunération et les charges grevant cette rémunération en vertu d'obligations légales ou réglementaires qui leur incombent, sans bénéficier des prestations de travail en contrepartie, ont droit à une indemnité dans la mesure où ils subissent ainsi un dommage ».

La Cour de cassation ajoute que « l'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire n'exclut pas qu'il y ait un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil, sauf lorsqu'il ressort du contenu ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement que ladite dépense ou prestation à intervenir doit définitivement rester à charge de celui qui s'y est obligé ou qui doit l'exécuter en vertu de la loi ou du règlement ».

Le recours direct de l'employeur public lui permet de récupérer la rémunération brute.

99. Se pose dès lors la question de savoir si des tiers payeurs disposant d'un droit de subrogation peuvent, eux aussi, se prévaloir d'un recours direct.

100. Ainsi, pour le Fonds, la possibilité d'exercer un recours direct serait avantageuse dans de nombreuses situations, et ce, pour éviter les limitations encadrant l'exercice de son droit de subrogation.

Par exemple, dans l'espèce où le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, par un jugement du 14 mai 2019¹¹⁷, a refusé au Fonds d'exercer son droit de subrogation à l'encontre d'un chirurgien et d'un hôpital dont le Fonds n'avait pas préalablement retenu la responsabilité, le recours direct pourrait s'avérer utile.

Le Fonds pourrait en effet récupérer l'intégralité de ses débours, constitutifs selon cette thèse d'un dommage réparable, au motif qu'ils sont en lien de causalité certain avec la faute du prestataire de soins et de l'hôpital.

De la même manière, lorsqu'il s'avère que le défaut d'un dommage suffisamment grave fait obstacle à l'exercice, par le Fonds, d'un droit de subrogation, le recours direct semble une issue très efficace pour permettre au Fonds de récupérer ses deniers.

en général et des Communautés européennes en particulier : nouveautés », in *Responsabilité, indemnisation et recours*, coll. CUP, vol. 174, Liège, Anthemis, 2017, p. 86; J.-Cl. THIRY, « Le chemin de croix du recours propre de l'employeur public », *C.R.A.*, 2017/6, p. 4; V. DE WULF, « Le recours du pouvoir subsidiant contre le tiers responsable d'un accident ayant provoqué l'incapacité de travail d'un enseignant du réseau subventionné », *For. Ass.*, 2016, n° 166, p. 139; C. EYBEN et Chr. VERDURE, « Le recours direct et la subrogation : cas particulier des fonctionnaires européens », in *La rupture du lien causal ou l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 186; N. SIMAR, « Petit périple au pays du recours des tiers payeurs », in *Circulation routière et responsabilité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 100; B. DUBUISSON, « Les vertus inattendues de l'article 1382 du Code civil pour l'employeur public et les tiers payeurs », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175.

¹¹⁷ Civ. fr. Bruxelles (77^e ch.), 14 mai 2019, R.G. n° 17/7555/A, inédit. Ce jugement est frappé d'appel.

101. Nous pensons cependant que les tiers payeurs disposant d'un droit de subrogation en vertu d'une disposition légale particulière, tel le Fonds, ne sont pas en droit de revendiquer valablement un recours direct fondé sur l'article 1382 de l'ancien Code civil.

Récemment, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'existence d'un recours direct en faveur d'un organisme assureur.

Le 13 juillet 2007 est survenu sur l'Ourthe un accident de pédalo causant le décès d'un homme tandis que deux femmes ont été blessées.

Les victimes ont lancé une citation contre la Ville de La Roche-en-Ardenne qui, par un jugement interlocutoire du 13 octobre 2011, a été reconnue seule responsable de l'accident.

L'Alliance nationale des mutualités chrétiennes, ci-après l'ANMC, a déposé deux requêtes en intervention volontaire les 13 décembre 2012 et 22 décembre 2014.

Par jugement du 26 mai 2016, le tribunal dit les demandes de l'ANMC non fondées car prescrites.

L'organisme assureur interjette appel. Par son arrêt du 2 février 2018, la Cour d'appel de Liège suit le raisonnement du premier juge en ce que, exerçant un droit de subrogation, la mutuelle est prescrite.

En revanche, la Cour d'appel de Liège estime que, sur la base d'un droit propre (recours direct), l'action de l'ANMC n'est pas tardive, la mutuelle ayant connaissance de son dommage et de l'auteur de celui-ci depuis moins de cinq ans avant l'intentement de son action. La Ville de La Roche-en-Ardenne est donc condamnée à réparer le préjudice subi par l'ANMC, à savoir à lui rembourser les prestations de soins de santé qu'elle a versées en faveur de son affiliée blessée.

La Ville de La Roche-en-Ardenne s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Liège.

Par son arrêt du 18 février 2021, la Cour de cassation énonce que « le paiement des prestations prévues par la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, ne constitue pas un dommage pour l'organisme assureur qui est [...] une union nationale de mutualités instituées pour et chargées de participer à cette assurance ».

En conséquence, la Cour de cassation ne reconnaît pas à l'organisme assureur le droit d'exercer un recours direct sur la base de l'article 1382 de l'ancien Code civil et, partant, casse l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 2 février 2018.

102. Cet arrêt nous apparaît applicable au Fonds des accidents médicaux, lequel ne subit pas de dommage lorsqu'il indemnise la victime d'un accident médical avec responsabilité dans le cadre de la loi qui l'institue.

Le Fonds ne peut dès lors pas se prévaloir d'un recours direct, sur pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil, lui permettant de contourner les limites à l'exercice de son recours subrogatoire.

Conclusion

103. Assurément, le Fonds des accidents médicaux est un tiers payeur particulier.

104. Une première particularité est que le Fonds est un tiers payeur qui, lorsqu'il est subrogé, ne peut diriger son recours que contre une catégorie limitée d'acteurs, à savoir le prestataire de soins et son assureur.

Qu'il tire son droit de subrogation de l'article 28¹¹⁸, 30¹¹⁹, 31¹²⁰ ou 32¹²¹ de la loi du 31 mars 2010, le Fonds ne peut diriger son recours que contre «le prestataire de soins et le cas échéant son assureur».

Cela le distingue des autres tiers payeurs qui ne se voient pas retreindre au niveau du destinataire de leur recours.

Pour une illustration de notre propos, imaginons, parmi tant d'autres envisageables, la situation suivante :

Un jeune piéton, traversant la chaussée, est renversé par un automobiliste. Présentant des fractures, il est conduit à l'hôpital. Malheureusement, sa prise en charge médicale est fautive et le chirurgien lèse un nerf, provoquant une paralysie du patient.

Le patient, qui aurait pu se retourner contre l'assureur de l'automobiliste, que ce soit sur pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil ou de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989, a toutefois choisi d'introduire une demande auprès du Fonds.

Le Fonds est d'avis que la responsabilité du chirurgien est engagée ; la couverture d'assurance souscrite par celui-ci s'avère néanmoins insuffisante pour dédommager la personne lésée.

Le Fonds se substitue dès lors au chirurgien et, à sa place, indemnise le patient. Il est ensuite subrogé contre le chirurgien, dont la solvabilité limitée ne permet pas au Fonds de récupérer l'intégralité de l'indemnisation versée à la victime.

Si le Fonds n'avait pas été limité par la loi à propos du destinataire de son recours, il aurait pu introduire un recours subrogatoire contre l'assureur automobile et, dans ce cadre, récupérer la totalité de ses deniers.

¹¹⁸ Situation du prestataire de soins responsable dont la responsabilité n'est pas, ou pas suffisamment, couverte par une assurance civile professionnelle.

¹¹⁹ Situation du prestataire de soins (ou son assureur) qui conteste sa responsabilité, alors que le dommage est grave.

¹²⁰ Situation où l'assureur du prestataire responsable émet une offre d'indemnisation manifestement insuffisante.

¹²¹ Situation où l'assureur du tiers responsable n'émet pas une offre d'indemnisation, contestant tacitement la responsabilité.

Compte tenu de la réalité du cadre légal dans lequel il opère¹²², le Fonds ne peut pas étendre son droit de subrogation contre une autre personne que le chirurgien et, ainsi, ne parvient pas à récupérer l'intégralité de l'indemnisation consentie.

La seule issue positive pour le Fonds serait alors de ne plus exercer le droit de subrogation prévu par la loi du 31 mars 2010 mais de recourir au mécanisme de paiement subrogatoire de droit commun, sur la base de l'article 1251, 3°, de l'ancien Code civil, tel qu'interprété à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2013¹²³. Le Fonds, réparant le préjudice de la victime à la place du chirurgien responsable, est subrogé aux droits de la victime, ce qui lui permet d'exercer un recours contributoire contre le responsable de l'accident de la circulation.

105. Une seconde particularité du Fonds est que le droit de subrogation qui lui est accordé par la loi ne prendra naissance que par son initiative.

Alors que, par exemple, la mutualité paie les soins de santé et les indemnités à son affilié en application de la loi et constate ensuite, s'il y a lieu, que les conditions d'une action subrogatoire sont réunies, la situation du Fonds est tout autre.

Le Fonds doit apprécier si le dommage de la victime découle d'une prestation de santé, si cette prestation de santé a été accomplie de manière fautive ou non (et si fautive il y a, dans le chef de qui), si l'un des seuils de gravité est atteint et si, de son côté, la victime a commis une faute participant à l'apparition de son dommage.

Ce n'est que lorsque, à son estime, ces éléments sont réunis qu'il en viendra à devoir indemniser la victime, faisant ainsi naître son droit de subrogation.

Certes, l'assureur-loi doit apprécier si l'accident causant le dommage de la victime est un accident du travail mais, on l'aperçoit rapidement, ce type de décision est moins sujette à interprétations que celle que doit prendre le Fonds en matière de responsabilité médicale, se fondant pour cela sur l'examen d'un rapport d'expertise, parfois de plusieurs rapports rédigés par des experts pas nécessairement d'accord entre eux.

Le risque est donc bien plus élevé pour le Fonds que pour d'autres tiers payeurs subrogés de se voir ensuite opposer une fin de non-recevoir au recours subrogatoire qu'il actionne.

106. Ces constats incitent naturellement le Fonds à la prudence.

À l'occasion d'une précédente contribution¹²⁴, nous avons constaté que le Fonds adoptait une approche sinon jésuitique, à tout le moins particulière-

¹²² Dans notre exemple, l'article 28 de la loi du 31 mars 2010.

¹²³ Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1436, voyez *supra*, n° 15.

¹²⁴ Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », *op. cit.*, p. 230; voy. également G. VAN DOOSSELAERE, « Le caractère anormal des dommages résultant des infections nosocomiales : état des lieux et prospective », *Consilio*, 2018/3, p. 106.

ment sévère de la loi lorsqu'il s'agissait pour lui d'apprécier l'existence d'un accident médical sans responsabilité et de reconnaître que l'un des seuils de gravité était atteint.

Dans le décours de la présente étude, nous comprenons que le Fonds est peu enclin à reconnaître la responsabilité d'un prestataire dès lors qu'il sera souvent amené à indemniser alors la victime et qu'il s'exposera à un recours subrogatoire semé d'embûches et d'incertitudes.

Ces différents constats, certes conjugués à d'autres facteurs tels que la durée de traitement des dossiers, expliquent que les patients marquent de plus en plus un certain dédain pour cette institution qui leur promettait pourtant, à lire l'exposé des motifs de la loi, une indemnisation rapide, effective et complète de l'accident médical subi¹²⁵.

Cette défiance des victimes vis-à-vis du Fonds ressort tant du rapport de la Cour des comptes de juin 2020 relatif au Fonds des accidents médicaux que du rapport d'activité du Fonds lui-même.

Ainsi, le nombre de dossiers introduits par année se présente comme suit¹²⁶:

| Année | Nombre de dossiers ouverts |
|-------|----------------------------|
| 2010 | 11 |
| 2011 | 36 |
| 2012 | 463 |
| 2013 | 1095 |
| 2014 | 924 |
| 2015 | 633 |
| 2016 | 606 |
| 2017 | 507 |
| 2018 | 486 |
| 2019 | 459 |

Dès lors que l'on se rappelle que le Fonds n'est devenu opérationnel qu'à l'automne 2012, il s'aperçoit que, depuis sa première année d'activité complète, le nombre de demandes qui lui sont adressées annuellement va en diminuant régulièrement.

¹²⁵ Th. VANSWEEVELT, « De wet medische Ongevallen », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 84.

¹²⁶ *Rapport d'activité du Fonds des accidents médicaux*, partie 3.

Ainsi, entre 2013 et 2019, la chute des demandes est de 58,08 %.

Cette désaffection du fonds ne peut être enrayerée que si la victime trouve enfin sa juste place au sein de cette administration. Déjà en 2011, le professeur J.-L. Fagnart annonçait : « On doit savoir aussi qu'un nombre très réduit de cas seront pris en charge par le Fonds. »¹²⁷ Cette prédiction s'est malheureusement avérée exacte. Il va de la survie du Fonds qu'elle soit dorénavant, enfin, contredite.

Il convient que la victime puisse raisonnablement voir son dommage résultant d'une prestation de soins de santé adéquatement réparé dans un délai raisonnable.

C'est à ce prix que la louable intention du législateur de 2010 pourra se voir enfin effectivement concrétisée une décennie plus tard.

Gageons qu'une autre approche de la place de la victime permettrait aussi au droit de subrogation du Fonds de gagner en efficacité, dès lors, par exemple, que la lecture des seuils de gravité ne ferait plus l'objet d'une approche aléatoire et restrictive.

¹²⁷ J.-L. FAGNART, « Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux », *Consilio*, 2011/2, p. 84.