

LE FONDS DES ACCIDENTS MEDICAUX BELGE¹

Bertrand De Coninck
Juge au tribunal de première instance de Bruxelles
Maître de conférences invité à l'UCL

I. CARACTERISTIQUES GENERALES DU FAM

1. RATIO LEGIS - Après plusieurs tentatives avortées², la Belgique s'est dotée d'un Fonds d'indemnisation des dommages résultant des soins de santé (ci-après le Fonds ou le FAM) par une loi du 31 mars 2010³.

L'initiative législative provient notamment du constat que les règles classiques du droit commun de la responsabilité ne permettaient pas de faire face efficacement à l'indemnisation des victimes de dommages résultant de soins de santé (problèmes liés à la faute et à sa preuve, au lien causal, à la nature diverse des liens qui unissent les praticiens aux hôpitaux, effets pervers de la multiplication des procédures (médecine défensive, augmentation des primes d'assurances, durée et coût des procédures, ...)).

L'objectif premier a dès lors été de dégager un système permettant une indemnisation plus rapide des victimes⁴ mais également susceptible d'être financé de façon équilibrée⁵.

Par son nouveau système, le droit belge dissocie la responsabilité médicale de la prise en charge publique de certains accidents médicaux.

2. MISSIONS DU FONDS – Le Fonds a essentiellement pour mission d'organiser l'indemnisation des victimes de dommages résultant de soins de santé ou de leurs ayants droit, dans le respect des conditions imposées par la loi.

Ceci étant, il a également pour mission d'émettre des avis, à la demande du ministre compétent ou d'initiative, sur toute question concernant la prévention ou la réparation des dommages résultant de soins de santé, d'établir des statistiques sur les indemnisations accordées en vertu de la loi, et d'établir un rapport annuel d'activité⁶.

¹ La présente note constitue un document de travail rédigé dans le cadre de la session des 13 et 14 décembre 2013 organisée au sein du GRERCA (Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance), à Poitiers. Elle n'a pour objectif que de décrire succinctement les caractéristiques du Fonds des accidents médicaux en droit belge.

² Dont une loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, abrogée avant même son entrée en vigueur.

³ *M.B.*, 2 avril 2010.

⁴ Les travaux préparatoires précisent que l'objectif est de permettre une indemnisation dans un délai d'environ un an.

⁵ La précédente loi – jamais entrée en vigueur – du 15 mai 2007 a notamment été abrogée parce que le financement du Fonds qui y était institué a fait l'objet de vives contestations, notamment des assureurs.

⁶ Article 8 de la loi.

3. NATURE JURIDIQUE DU FAM – A l’origine, l’article 6 de la loi prévoyait la création d’un Fonds des accidents médicaux, organisme public doté de la personnalité juridique, ce qui lui permettait d’ester en justice, comme défendeur ou comme demandeur.

Par une loi du 19 mars 2013⁷, l’article 6 précité a été abrogé et le Fonds a été intégré dans un service spécial au sein de l’Institut National d’Assurance Maladie-Invalidité (INAMI). Aux termes de l’article 2, 10°, de la loi du 31 mars 2010, tel que modifié par la loi du 19 mars 2013, le Fonds est désormais défini comme « le service spécial de l’Institut national d’assurance maladie-invalidité visé à l’article 137^{ter} de la loi relative à l’assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 ».

L’objectif de cette intégration est budgétaire. Ainsi, la ministre compétente a précisé que « l’intégration du Fonds à l’INAMI a pour objectif de réaliser des économies d’échelle par le partage d’une série de services opérationnels », tout en ajoutant que « l’intégration administrative n’est cependant pas à comprendre en ce sens que l’indépendance du Fonds serait limitée »⁸.

En conséquence de cette modification législative, c’est désormais dans la loi relative à l’assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, qu’il faut rechercher les dispositions encadrant le fonctionnement de ce service spécial de l’INAMI, légalement dénommé « Fonds des Accidents médicaux », chargé de l’administration de l’indemnisation des dommages résultant des soins de santé et de l’application de la loi du 31 mars 2010 relative à l’indemnisation des dommages résultant des soins de santé⁹.

Cette modification est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2013, date à partir de laquelle le service reprend et poursuit toutes les missions du Fonds des Accidents Médicaux définies par la loi du 31 mars 2010¹⁰.

Le FAM n’a donc plus la personnalité juridique.

4. GESTION DU FAM - Le Fonds est géré par un comité de gestion, dont la composition est identique à l’ancien conseil d’administration, institué dans la première version de la loi du 31 mars 2010.

Le comité de gestion est composé de représentants de divers secteurs, mais n’inclut aucun représentant des compagnies d’assurances¹¹.

Les membres du comité de gestion et du personnel du service, ainsi que tous les collaborateurs permanents ou occasionnels de celui-ci, sont tenus au secret professionnel¹².

⁷ Loi du 19 mars 2013 portant des dispositions diverses en matière de santé, art. 27 et s., *M.B.*, 29 mars 2013.

⁸ Projet de loi portant dispositions diverses en matière de santé (art. 3 à 6, 8, 12, 13, 15 à 18, 22 à 24, 27 à 51 et 57 à 128), Rapport fait au nom de la commission de la santé publique, de l’environnement et du renouveau de la société, *Doc. Parl.*, Ch., session 2012-2013, 53-2600/005, p. 14. La ministre a encore défendu l’indépendance du Fonds comme suit : « Le comité de gestion du Fonds reste en effet autonome et l’INAMI n’a aucun pouvoir pour s’ingérer dans son fonctionnement ou pour influencer ses décisions. Une disposition a d’ailleurs été ajoutée afin de garantir un secret professionnel spécifique ».

⁹ Voy. les articles 137^{ter} à 137^{sexies} de la loi.

¹⁰ Art. 137^{ter} de la loi relative à l’assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

¹¹ Voy. l’article 137^{quater} de la loi relative à l’assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

5. FINANCEMENT - Aux termes de l'article 137^{sexies} de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, le financement du FAM est assuré par un montant annuel à charge des frais d'administration de l'INAMI, fixé par le Roi, mais aussi par le revenu des actions subrogatoires exercées par le Fonds¹³, par les produits financiers recueillis sur les sommes dont le FAM dispose et par les indemnités dues au FAM en application des articles 15, al. 6¹⁴, et 31, al. 6¹⁵, de la loi du 31 mars 2010.

L'intervention du FAM est donc bien, avant tout, fondée sur un principe de solidarité nationale, puisqu'elle est financée au premier plan sur le budget de la sécurité sociale.

En 2013, le budget de missions mis à disposition du FAM est de 9.839.977,00 €¹⁶.

II. LIGNES DE FORCE DU SYSTEME BELGE D'INDEMNISATION

6. SYSTÈME À DEUX VOIES - La loi belge a créé un système spécifique d'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, sans préjudice du droit de la victime ou de ses ayants droit de réclamer, conformément aux règles du droit commun, l'indemnisation de leur dommage devant les cours et tribunaux¹⁷.

Le système belge est ainsi un système à "deux voies".

La victime ou ses ayants droit peuvent faire le choix de s'adresser au Fonds qui rendra un avis sur les dommages résultant de soins de santé qui lui sont soumis, et le cas échéant, formulera une offre d'indemnisation ou invitera l'assureur d'un prestataire de soins à formuler une telle offre. Il s'agit d'une voie "amiable". Les conditions de cette intervention du Fonds seront analysées ci-après (point III).

La victime ou ses ayants droit peuvent toutefois choisir de réclamer la réparation de leur dommage devant les juridictions du royaume, sur la base du droit commun de la responsabilité civile. Il s'agit de la voie "judiciaire".

7. CRÉATION D'UN DROIT À L'INDEMNISATION SANS RESPONSABILITÉ - La loi a instauré un droit subjectif nouveau en cas d'accident médical sans responsabilité causant un dommage grave.

¹² Article 137ter, al. 5 et 6, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

¹³ Prévues par les articles 28, 30, 31 et 32 de la loi du 31 mars 2010.

¹⁴ Lorsqu'un prestataire de soins ou tout autre personne que le demandeur et ses ayants droit ne répondent pas dans le mois de la notification de la lettre de rappel du Fonds sollicitant des documents ou des renseignements, et sauf cas de force majeure, ils deviennent débiteurs de plein droit d'une indemnité forfaitaire de 500,00 € par jour avec un maximum de 30 jours.

¹⁵ Lorsque le Fonds se substitue à l'assureur, parce que la proposition de ce dernier est manifestement insuffisante – ce qui est une des hypothèses d'intervention du FAM – l'assureur est redevable de plein droit au FAM 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.

¹⁶ Pour un budget de gestion de 2.470.023,00 €. Voy. le Rapport d'activités du Fonds des accidents médicaux 2012, p. 45, disponible sur le site www.fam.fgov.be, et qui contient un grand nombre d'informations, notamment statistiques, sur le fonctionnement du FAM en 2012.

¹⁷ Art. 3, §1, de la loi.

Dans le respect de certaines conditions, la victime peut obtenir la réparation de son dommage, sans devoir prouver, comme c'était le cas avant, un fait générateur de responsabilité dans le chef du prestataire de soins.

8. PRINCIPE INDEMNITAIRE - Ce système à deux voies doit permettre à la victime ou à ses ayants droit et aux prestataires de soins de conserver toute la liberté de faire trancher leurs contestations par le pouvoir judiciaire, et donc sans passer par le Fonds, mais en aucun cas, dans le chef de la victime ou de ses ayants droit, il ne pourrait y avoir un cumul des deux voies pour obtenir deux fois la réparation d'un même dommage¹⁸.

9. SUSPENSION CROISÉE DES DÉLAIS DEVANT LE FONDS ET DEVANT LES JURIDICTIONS - Le système belge offrant une alternative à la victime ou à ses ayants droit, la loi prévoit explicitement que la demande d'intervention adressée au Fonds suspend "de plein droit l'examen et le jugement des actions civiles" intentées devant les juridictions de l'ordre judiciaire. La prescription des actions civiles relatives à l'accident médical en cause est "suspendue aux mêmes conditions"¹⁹. Inversement, l'introduction d'une action judiciaire suspend la prescription de l'action auprès du Fonds ou contre le Fonds²⁰.

10. ABSENCE DE DISPOSITION RELATIVE À LA CAUSALITÉ – La loi ne contient aucune disposition de nature à assouplir l'exigence de lien causal entre la prestation de soins de santé et le dommage.

L'introduction d'une présomption de causalité avait été envisagée, mais a été écartée²¹.

11. GRATUITÉ DE LA PROCÉDURE – Aux termes de l'article 20, al. 1, de la loi, la procédure devant le Fonds est gratuite pour le demandeur. L'alinéa 2 de la même disposition prévoit que, le cas échéant, les frais d'expertise sont à charge du prestataire de soins responsable du dommage et de son assureur, si la responsabilité du prestataire a été reconnue par lui ou son assureur ou si elle a été établie par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée.

Le Fonds peut notamment faire appel à des experts médicaux, et en a même l'obligation s'il y a des indices sérieux que le dommage atteint le seuil de gravité visé à l'article 5 de la loi, et ce à moins que la demande ne soit manifestement irrecevable ou non fondée, ou que l'ensemble des parties à la procédure y renoncent²².

12. PAS D'OBLIGATION D'ASSURANCE – Le système belge ne crée aucune obligation d'assurance en responsabilité civile.

Cette dernière est imposée par le Code de déontologie médicale²³, qui n'a toutefois pas force de loi en droit belge.

¹⁸ C'est pourquoi l'article 3, §3, de la loi précise très clairement que la victime ne peut être indemnisée deux fois pour le même dommage (principe indemnitaire).

¹⁹ Art. 13, §1 et §2, de la loi.

²⁰ Art. 13, §3, de la loi.

²¹ Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouvellement de la société, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/006, pp. 92 et 93.

²² Art. 17 de la loi.

²³ Art. 34, §2, du Code de déontologie médicale.

III. LE DROIT A L'INDEMNISATION DEVANT LE FAM

Section 1. Champ d'application de la loi

1. Ratione personae

13. LES PRESTATAIRES DE SOINS - Sont visés les “prestataires de soins”, soit les praticiens professionnels ou les institutions de soins de santé (donc personnes physique ou morale)²⁴.

Le législateur a défini de façon large les notions de “praticiens professionnels” et d’“institutions de soins de santé”.

Les premiers sont les praticiens visés par l’arrêté royal n°78 du 10 novembre 1967 relatif à l’exercice des professions de soins de santé, mais aussi les praticiens professionnels ayant une pratique non conventionnelle au sens de la loi du 29 avril 1999 relative aux pratiques non conventionnelles dans les domaines de l’art médical, de l’art pharmaceutique, de la kinésithérapie, de l’art infirmier et des professions paramédicales²⁵.

Les deuxièmes sont les établissements dispensant des prestations de soin de santé et réglementés par la loi relative aux hôpitaux et à d’autres établissements de soins (coordonnée le 10 juillet 2008), mais aussi certains établissements visés par la loi (en substance, l’hôpital géré par la Ministère de la Défense nationale dans la Région de Bruxelles-Capitale, les établissements et centres de transfusion sanguine, et les laboratoires bénéficiant de l’intervention de l’assurance obligatoire soins de santé pour les prestations de biologie clinique).

14. LE PATIENT - Le “patient” est quant à lui défini comme “la personne physique à qui des soins de santé sont dispensés, à sa demande ou non”²⁶ ce qui implique que les cas d’urgence, et d’une manière générale les hypothèses dans lesquelles le patient n’est pas à même de donner son consentement sur l’intervention, sont également visés.

2. Ratione materiae

15. PRESTATIONS DE SOINS DE SANTÉ - Les prestataires de soins sont visés lorsqu’ils exécutent des “prestations de soins de santé”, c’est-à-dire lorsqu’ils délivrent des services en vue de “promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d’améliorer l’état de santé du patient ou de l’accompagner en fin de vie”²⁷.

Selon l’exposé des motifs²⁸, l’intention du législateur a été de s’aligner sur la loi relative aux droits du patient et sur l’arrêté royal n°78 précité, et de promouvoir une interprétation large de la définition.

Sont ainsi également visées les prestations suivantes: l’amélioration de l’esthétique du patient (sous réserve de l’exclusion légale prévue à l’article 3, §2, de la loi), le fait de procéder à une

²⁴ Art. 2, 1° à 3°, de la loi.

²⁵ Il faut cependant noter que cette législation n’est pas encore totalement en vigueur.

²⁶ Art. 2, 5°, de la loi.

²⁷ Art. 2, 4°, de la loi.

²⁸ Projet de loi relatif à l’indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/001, p. 19 à 28.

contraception, une interruption volontaire de grossesse, un procréation médicale assistée ou encore un accouchement.

En revanche, il ressort de l'exposé des motifs que la loi n'a pas vocation à s'appliquer en cas de manquement à l'obligation d'information du patient ou de recueillir son consentement, sans que l'acte médical en lui-même n'est posé "problème". Dans ce cas, il n'y aurait pas de dommage résultant de soins de santé au sens de la loi.

En outre, interpellée sur ce point, la ministre a précisé, lors de la discussion générale du projet de loi devant la Chambre des représentants²⁹, que l'abstention d'une prestation de soins ne peut être considérée comme un accident médical sans responsabilité³⁰.

16. DOMMAGE RÉSULTANT DE SOINS DE SANTÉ - La loi s'applique lorsque la prestation de soins de santé provoque un "dommage résultant de soins de santé", que la loi définit comme un "dommage qui trouve sa cause dans une prestation de soins de santé et qui découle a) soit d'un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins; b) soit d'un accident médical sans responsabilité"³¹.

Il faut donc un lien causal entre le dommage et une prestation de soins de santé.

La distinction ainsi opérée dans la définition légale - responsabilité vs. non responsabilité - est cardinale en ce qui concerne la prise en charge définitive du poids financier de l'indemnisation de la victime: le fonds n'a aucune vocation à prendre définitivement en charge ce poids lorsque la responsabilité d'un prestataire de soins est établie, raison pour laquelle la loi a prévu un système de recours subrogatoires au profit du Fonds dans les hypothèses où il intervient, à titre subsidiaire, pour pallier le défaut d'intervention adéquate du prestataire de soins ou de son assureur. Nous y reviendrons.

Les infections nosocomiales ne sont pas visées expressément par la loi, mais les travaux préparatoires rappellent à plusieurs endroits qu'elles entrent dans son champ d'application, pour autant que le dommage subi réponde aux conditions fixées par la loi.

17. DOMMAGES EXCLUS - Sont exclus du champ d'application de la loi: les dommages résultant d'une expérimentation au sens de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine et d'une prestation de soins de santé accomplie dans un but esthétique non remboursable en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités³².

La loi peut-elle s'appliquer au dommage qui trouve sa cause dans un défaut d'un produit utilisé par le prestataire de soins ? Selon le rapport fait au nom de la commission de la santé

²⁹ Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/006, p. 84 et 85

³⁰ Il ne s'agirait pas, dans ce cas, et par hypothèse, d'un accident découlant d'une prestation de soins.

³¹ Art. 2, 6°, de la loi.

³² Art. 3, §2, de la loi. L'exclusion relative aux expérimentations sur les personnes humaines s'explique parce que la loi du 7 mai 2004 prévoit déjà une règle de responsabilité civile sans faute (art. 29 de la loi du 7 mai 2004). Celle des dommages issus d'une prestation de soins esthétique non remboursable par la sécurité sociale est issue de la volonté politique de ne pas faire supporter par la solidarité nationale les dommages résultant de la chirurgie esthétique de pur confort.

publique³³, la réponse est négative: il ne s'agirait pas là d'un dommage qui trouve sa cause dans une prestation de soins de santé.

3. Ratione temporae

18. APPLICATION DANS LE TEMPS - La loi est pleinement en vigueur depuis le 1er septembre 2012.

Aux termes de son article 35, §2, la loi s'applique aux dommages résultant d'un fait postérieur à sa publication au Moniteur belge (et non pas à son entrée en vigueur).

Sont dès lors visés les dommages résultant d'un fait survenu à partir du 2 avril 2010.

Section 2. Les conditions de l'ouverture du droit à l'indemnisation

19 HYPOTHÈSES D'INTERVENTION - L'article 4 de la loi prévoit quatre hypothèses d'intervention par le Fonds.

Il faut clairement distinguer la première des trois suivantes:

- la première matérialise le régime d'indemnisation sans responsabilité, où le Fonds intervient à titre principal et prend définitivement en charge la réparation du dommage ;
- les trois suivantes concernent des cas de figure où le Fonds considère que la responsabilité d'un prestataire de soins est établie, mais où il intervient malgré tout en premier rang pour permettre l'indemnisation du patient, et se retourne dans un deuxième temps contre le responsable; dans ce cas, son intervention est subsidiaire quant à la prise en charge définitive du dommage.

1. Intervention à titre principal: l'accident médical sans responsabilité

20. UN ACCIDENT MÉDICAL SANS RESPONSABILITÉ - En vertu de l'article 4, 1^o, le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit lorsque le dommage trouve sa cause dans un accident médical sans responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévue à l'article 5 de la loi.

La notion d'accident médical sans responsabilité est définie à l'art. 2, 7^o: "un accident lié à une prestation de soins de santé, qui n'engage pas la responsabilité d'un prestataire de soins, qui ne résulte pas de l'état du patient et qui entraîne pour le patient un dommage anormal."

Le dommage est anormal "lorsqu'il n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science, de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible". Il convient, selon le conseil d'administration du FAM, de tenir compte de l'état actuel des connaissances scientifiques, ainsi que du niveau le plus élevé de celles-ci³⁴.

³³ Voy. l'intervention de la ministre : Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/006, p. 87-88.

³⁴ Rapport annuel du FAM, *précité*, p. 54.

La loi précise expressément que ne constituent pas un accident médical sans responsabilité “l’échec thérapeutique et l’erreur non fautive de diagnostic”.

21. UN DOMMAGE SUFFISAMMENT GRAVE - Le dommage ne doit pas seulement être anormal. Encore faut-il qu’il soit d’une certaine gravité, au sens de l’article 5 de la loi.

Il le sera lorsqu’une des quatre conditions prévues par cet article est rencontrée:

1) le patient subit une invalidité permanente d’un taux égal ou supérieur à 25%

Outre l’importance du taux, la loi utilise le terme “invalidité” et non pas “incapacité”. C’est à dessein: le terme “invalidité” a été choisi en toute connaissance de cause³⁵.

La question des barèmes à prendre en considération s’est inévitablement posée. Elle revêt une importance pratique considérable. Le législateur n’a pas souhaité donner d’indication à cet égard, à défaut de consensus politique sur la question.

A cet égard, il semble qu’en l’état actuel de ses travaux, le Fonds n’ait pas encore de ligne directrice claire³⁶.

2) le patient subit une incapacité temporaire de travail au moins pendant six mois consécutifs ou six mois non consécutifs sur une période de douze mois

Ici la loi utilise la notion d’incapacité de travail, mais ne précise pas s’il doit s’agir d’une incapacité totale ou partielle.

Dès lors, comment cette condition doit-elle être interprétée ?

Un passage de l’exposé des motifs vise une incapacité temporaire totale³⁷, ce qui est, du reste, la solution préconisée par le Fonds³⁸.

3) le dommage occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d’ordre économique, dans les conditions d’existence du patient

³⁵ Projet de loi relatif à l’indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/001, p. 36 à 40.

³⁶ Le rapport d’activités 2012 du FAM, p. 52, précise ce qui suit : « Le Conseil d’administration recommande l’utilisation des différents barèmes existants tout en tenant compte de la situation individuelle de la victime. Afin d’éviter l’arbitraire, il convient que l’expert fasse preuve de motivation et de transparence dans les conclusions qu’il rend. Dans une phase initiale, il convient d’utiliser le barème le plus adapté à chaque cas d’espèce. Il s’agit du barème officiel belge, du barème européen, ces derniers pouvant être complétés par d’autres barèmes tels que le CIF (Classification internationale du fonctionnement du handicap et de la santé). A ce jour il n’est pas possible de choisir a priori et de manière définitive un barème à l’exclusion d’un autre. Tous les barèmes existants peuvent être utilisés moyennant une motivation adéquate et une application cohérente aux catégories de dommages comparables. A l’avenir, il serait souhaitable que le Fonds des accidents médicaux, sur base de sa propre expérience, élabore son propre cadre de référence en ce qui concerne l’évaluation du degré d’invalidité ».

³⁷ Projet de loi relatif à l’indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/001, p. 40.

³⁸ Rapport d’activités du FAM précité, p. 52 : « Compte tenu de la ratio legis de la loi et des travaux préparatoires, le Conseil d’administration propose de prendre en compte une incapacité temporaire de travail (ITT) (100%) pour l’appréciation du critère ».

Selon l'exposé des motifs, ce critère est de nature qualitative, et a été spécialement prévu pour atténuer le caractère purement quantitatif des deux premiers critères : « Il s'agit ici de tenir compte des dommages qui ont un impact grave et important dans la vie de la victime sans pour autant rencontrer l'une des deux premières conditions. Il s'agit de tenir compte de l'impact « situationnel » du déficit fonctionnel, qui varie avec les conditions de vie de la victime (ex retentissements relationnels, sensoriels, sportifs, familiaux). (...) Il est cependant exigé que les troubles présentent un caractère de particulière gravité », dans la vie privée ou professionnelle³⁹.

4) *le patient est décédé*

2. Interventions subsidiaires du Fonds: en cas de responsabilité d'un prestataire de soins

22. ABSENCE OU INSUFFISANCE DE COUVERTURE D'ASSURANCE - En vertu de l'article 4, 2°, de la loi, le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit lorsqu'il 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.

Sont visés le défaut d'assurance ou la couverture insuffisante. On notera que, dans cette hypothèse, la loi n'exige aucun degré de gravité du dommage. Il faut en conclure que tout dommage est visé, ce que confirment les travaux préparatoires, qui précisent d'ailleurs que le Fonds joue ici un rôle similaire à celui du Fonds commun de garantie automobile.

Il est normal dès lors que la condition de gravité ne soit pas requise: le Fonds intervient comme l'aurait fait un assureur sur la base de la responsabilité de droit commun.

23. CONTESTATION DE RESPONSABILITÉ - En application de l'article 4, 3°, de la loi, le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit lorsqu'il 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 contestent la responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5.

L'hypothèse est donc celle de la contestation de la responsabilité par le prestataire de soins ou son assureur. Le Fonds interviendra uniquement si le dommage répond à une des conditions de gravité de l'article 5.

Cette exigence est justifiée: au terme de la procédure judiciaire, soit le juge retiendra la responsabilité du prestataire et l'assureur devra intervenir, soit il décidera qu'il n'y a pas de responsabilité du prestataire de soins et, dans ce cas, l'intervention du Fonds aura en réalité été faite dans le cadre d'un accident médical sans responsabilité. Il est donc cohérent, sous peine d'aboutir à des situations discriminatoires, que les conditions d'intervention prévues dans ce dernier cas aient été respectées.

³⁹ Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/001, p. 36 à 40. Le rapport d'activités de FAM reprend, en page 53, des précisions intéressantes sur la façon dont le Fonds entend appliquer cette condition.

L'absence de réponse de l'assureur à l'avis du Fonds qui conclut à sa responsabilité, après rappel, est considérée par la loi comme une contestation de responsabilité⁴⁰.

24. OFFRE MANIFESTEMENT INSUFFISANTE – L'article 4, 4°, de la loi prévoit que le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit 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.

Il s'agit de l'hypothèse où l'offre de l'assureur du prestataire de soins est « manifestement » insuffisante. Les travaux préparatoires utilisent le terme « évidence », pour qualifier cette insuffisance.

Ici encore, aucune condition de gravité du dommage n'est exigée. Le Fonds alloue la réparation intégrale du dommage à la place de l'assureur qui couvre la responsabilité du prestataire de soins, et donc la condition de gravité – liée à l'indemnisation sans responsabilité – ne doit pas être remplie.

Le rapport fait devant la Chambre des représentants précise que « l'objectif est d'offrir à la victime une mission d'assistance dans sa demande, en s'assurant que l'offre de l'assureur puisse être examinée par un professionnel de l'indemnisation des dommages médicaux »⁴¹. La question de l'interaction de cette mission avec celle des assureurs protection juridique et des avocats peut dès lors être posée.

Le Fonds est donc chargé de donner, à la demande du patient ou de ses ayants droit, un avis sur le point de savoir si le montant de l'indemnisation proposée par un prestataire de soins ou son assureur est suffisant⁴².

Section 3. Le montant de l'indemnisation

25. RÉPARATION INTÉGRALE DU DOMMAGE – L'objectif de la loi est de garantir la réparation intégrale du dommage de la victime ou de ses ayants droit. Il n'y a donc ni plafond ni franchise⁴³.

Néanmoins, à l'heure actuelle, les praticiens ne savent pas encore comment le Fonds va évaluer les indemnités.

Il sera notamment intéressant de comparer les indemnités accordées par le fonds, avec celles habituellement allouées par les juges.

IV. PROCEDURE DEVANT LE FONDS ET MISE EN ŒUVRE DE LA DEMANDE D'INDEMNISATION

⁴⁰ Art. 32, al. 3, de la loi.

⁴¹ Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouvellement de la société, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/006, p. 90 à 92.

⁴² Art. 8, §1, 6°, de la loi.

⁴³ Etant entendu que seront déduites de la somme offerte par le Fonds, les indemnités auxquelles le demandeur 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, coordonnée le 14 juillet 1994 (art. 25, §4, de la loi).

26. L'AVIS ET L'OFFRE - Deux phases doivent être distinguées :

- la première se clôture par l'émission d'un avis du Fonds, qui va permettre de déterminer dans quelle hypothèse il faut se situer ;
- la deuxième prend fin par l'émission d'une offre d'indemnisation qui émane du Fonds ou de l'assureur du prestataire de soins.

Section 1. Première phase : la demande d'avis

1. Introduction de la demande

27. DEMANDE PAR LETTRE RECOMMANDÉE - La procédure est introduite par une demande d'avis sous forme d'une lettre recommandée qui doit mentionner une série d'éléments⁴⁴, ce qui exige que le demandeur ait déjà constitué un dossier assez fouillé.

Le demandeur doit notamment informer le Fonds sur les procédures pendantes⁴⁵ et les indemnisations déjà octroyées.

L'avis porte sur la responsabilité éventuelle d'un prestataire de soins dans le dommage subi ainsi que sur la gravité de celui-ci.

2. Conditions spécifiques de recevabilité

28. IRRECEVABILITE - L'article 12, §5 prévoit des causes d'irrecevabilité spécifiques.

Ainsi, la demande est irrecevable si :

1° le demandeur a déjà accepté, pour le même dommage, une offre d'indemnisation définitive du Fonds, de l'assureur du prestataire de soins ou du prestataire de soins lui-même ;

2° le demandeur a déjà été indemnisé par le Fonds, par l'assureur d'un prestataire de soins ou par le prestataire de soins lui-même, en vertu d'une décision judiciaire coulée en force de chose jugée ;

3° une décision judiciaire coulée en force de chose jugée a déclaré non fondée la demande d'indemnisation du dommage, tant sur la base de la responsabilité d'un prestataire de soins que d'un accident médical sans responsabilité.

3. Délais de mise en œuvre de la demande : prescription et déchéance

⁴⁴ Article 12, §1 et 2, de la loi. Il ne s'agit toutefois pas de mentions prévues à peine de nullité (Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé (I), Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouvellement de la société, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/006, p. 116 à 119).

⁴⁵ Voy. aussi l'art. 12, §6, de la loi.

29. DELAI DE PRESCRIPTION ET DE DECHEANCE - La demande est irrecevable si elle est adressée au Fonds plus de cinq ans à partir du jour qui suit celui où le demandeur a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne à l'origine du dommage, ou plus de vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a causé le dommage⁴⁶.

30. INTERRUPTION ET SUSPENSION DU DELAI DE PRESCRIPTION - Le délai de prescription est suspendu ou interrompu conformément au droit commun⁴⁷.

La loi prévoit toutefois que la prescription est également interrompue lorsque le demandeur fait connaître à l'assureur du prestataire de soins ou au prestataire lui-même sa volonté d'être indemnisé⁴⁸. L'interruption cesse au moment où l'assureur ou le prestataire de soins fait connaître par écrit au demandeur sa décision d'indemnisation ou son refus. La solution semble clairement inspirée de l'article 35, §4, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

Pour rappel, la demande d'avis adressée au Fonds suspend la prescription des actions civiles relatives à l'accident médical en cause, de même que l'introduction d'une action judiciaire relative à un accident médical suspend la prescription de l'action auprès du Fonds ou contre celui-ci⁴⁹.

31. EFFET SUSPENSIF D'UNE DEMANDE DEVANT LE FONDS SUR LE TRAITEMENT D'UNE PROCEDURE JUDICIAIRE - L'envoi de la demande d'avis suspend de plein droit l'examen et le jugement des actions civiles relatives à l'accident médical en cause intentée devant les juridictions de l'ordre judiciaire jusqu'au lendemain du jour où :

- le demandeur accepte une offre définitive d'indemnisation (du Fonds, de l'assureur ou du prestataire),
- le demandeur refuse une offre d'indemnisation, provisionnelle ou définitive (du Fonds, de l'assureur ou du prestataire),
- le Fonds notifie au demandeur un avis par lequel il estime que les conditions des articles 4 et 5 ne sont pas remplies (et donc qu'il ne doit pas intervenir),
- le demandeur notifie au Fonds sa volonté de mettre un terme à la procédure devant le Fonds⁵⁰.

4. Traitement de la demande

La procédure est touffue et il est impossible de l'analyser en profondeur ici.

Relevons-en certains points importants.

32. OBLIGATION D'INFORMATION DU FONDS EN CAS D'IRRECEVABILITE MANIFESTE - On notera d'abord une obligation d'information spécifique du Fonds puisque la loi prévoit que lorsque

⁴⁶ Art. 12, §3, de la loi. Le législateur a ainsi voulu adopter un régime similaire à celui instauré par l'article 2262bis, §1^{er}, al. 2 du Code civil.

⁴⁷ Art. 12, §4, al. 1^{er}, de la loi.

⁴⁸ Art. 12, §4, al. 2, de la loi.

⁴⁹ Art. 13, §2 et §3, de la loi.

⁵⁰ Art. 13, §1^{er}, de la loi.

la demande est manifestement irrecevable, le Fonds en informe sans délai le demandeur⁵¹. Il lui en indique les motifs, et, le cas échéant, l'instance devant laquelle la demande peut être introduite.

33. POUVOIRS D'INVESTIGATION DU FONDS – Le Fonds peut demander des documents et renseignements. Le destinataire de cette demande doit y répondre dans le mois. A défaut, un rappel est envoyé.

Si un prestataire de soins ou tout autre personne que le demandeur ou ses ayants droits ne répond pas dans le mois de la notification du rappel, il est débiteur de plein droit, sauf force majeure, d'une indemnité forfaitaire de 500,00 € par jour de retard avec un maximum de 30 jours⁵².

34. ACCES AU DOSSIER DU PATIENT – Le problème de la compatibilité avec la loi sur les droits du patient en ce qui concerne l'accès au dossier médical du patient a été rencontré par une disposition spécifique de la loi, lorsque la demande d'avis n'émane pas du patient lui-même⁵³.

35. MESURES D'EXPERTISES - Le Fonds peut faire appel à des sages⁵⁴.

Par ailleurs, à moins que la demande ne soit manifestement irrecevable ou non fondée, ou que l'ensemble des parties à la procédure y renonce, le Fonds organise une expertise contradictoire s'il y a des indices sérieux que le dommage atteint le seuil de gravité visé à l'article 5⁵⁵. Dans ce cas, il s'agit donc bien d'une obligation pour le Fonds. Dans les autres cas, le Fonds a la faculté d'organiser une telle expertise, mais n'en a pas l'obligation.

Les règles applicables à la procédure d'expertise devant le Fonds ne sont pas précisées. Tout au plus est-il prévu que le Fonds « suit le déroulement de l'expertise et veille notamment au respect de son caractère contradictoire »⁵⁶. Les parties concernées peuvent être entendues, à leur demande ou si le Fonds l'estime opportun⁵⁷.

36. DROIT POUR LES PARTIES DE SE FAIRE ASSISTER - Les parties peuvent se faire assister par la personne de leur choix au cours de la procédure⁵⁸. Aux termes de la loi, il n'est pas requis qu'il s'agisse d'un avocat.

5. L'avis du Fonds

37. EMISSION DE L'AVIS - Dans les six mois de la réception de la demande, le Fonds doit émettre un avis sur les responsabilités et la gravité du dommage⁵⁹.

Il précise s'il estime que l'accident médical est un accident sans responsabilité, avec un dommage grave au sens de l'article 5, ou si le dommage résulte de la responsabilité d'un prestataire de soins. Dans ce dernier cas, il indique si cette responsabilité est couverte par un

⁵¹ Art. 14 de la loi.

⁵² Art. 15 de la loi.

⁵³ Art. 16 de la loi.

⁵⁴ Art. 17, §1^{er}, de la loi.

⁵⁵ Art. 17, §2, de la loi.

⁵⁶ Art. 17, §2, al. 4, de la loi.

⁵⁷ Art. 17, §5, de la loi.

⁵⁸ Art. 18, de la loi.

⁵⁹ Art. 21, de la loi.

contrat d'assurance de responsabilité. Le Fonds précise également, s'il estime que le dommage ne relève d'aucune des catégories visées par la loi.

L'avis est notifié, sous pli recommandé à la poste, au demandeur, le cas échéant à son organisme assureur, aux prestataires de soins concernés, et, le cas échéant, à leurs assureurs, avec les pièces et documents qui le fondent. Dans la notification, le Fonds mentionne les possibilités d'actions et les délais dans lesquels lesdites actions doivent être introduites. A défaut, les délais de recours sont majorés de six mois. Enfin, dans la même notification, le Fonds invite, s'il y a lieu, l'assureur du prestataire de soins concerné à formuler une offre d'indemnisation en faveur du demandeur, et en informe les autres parties à la procédure⁶⁰.

38. RECOURS CONTRE L'AVIS – Si le Fonds ne conclut pas qu'il y a lieu à indemnisation en vertu de l'article 4, 1^o, ou 2^o, ou s'il conclut à l'absence de la gravité prévue à l'article 5, le demandeur, sans préjudice de ses actions de droit commun, peut intenter, conformément au Code judiciaire, devant le tribunal de première instance, une action contre le Fonds afin d'obtenir les indemnités auxquelles il prétend avoir droit en vertu de la loi⁶¹.

L'avis du Fonds ne lie ni le demandeur, ni les prestataires de soins concernés et leurs assureurs, ni le cas échéant le juge⁶².

Section 2. Deuxième phase : l'offre

L'offre peut émaner du Fonds ou de l'assureur du prestataire de soins.

1. L'offre émanant du Fonds

39. OFFRE DEFINITIVE OU PROVISIONNELLE - DELAIS - Le Fonds formule une offre dans des délais qui varient en fonction des diverses hypothèses d'intervention⁶³.

Il est possible pour le Fonds d'octroyer une indemnité provisionnelle quand le dommage ne peut être entièrement quantifié⁶⁴.

40. REPONSE DU DEMANDEUR - Le demandeur dispose d'un délai de trois mois pour accepter l'offre. S'il ne réagit pas, le Fonds adresse un rappel par lettre recommandée à la poste. A défaut de réaction dans un délai d'un mois suivant ce rappel, le demandeur est réputé refuser l'offre⁶⁵.

Le demandeur peut faire valoir ses observations sur l'offre qui lui est soumise, mais une seule fois, dans ce délai de trois mois. Ces observations suspendent le délai de trois mois, sans que le délai restant à courir puisse jamais être inférieur à deux mois. Le Fonds est tenu d'y répondre sans qu'aucun délai ne soit prévu⁶⁶.

⁶⁰ Art. 22 de la loi.

⁶¹ Art. 23 de la loi.

⁶² Art. 24 de la loi.

⁶³ Art. 25 et s. de la loi.

⁶⁴ Art. 25, §2 et 63, de la loi.

⁶⁵ Art. 26, §1^{er} de la loi.

⁶⁶ Art. 26, §2, de la loi.

41. RECOURS CONTRE L'OFFRE - En cas de contestation, le demandeur doit, à peine de déchéance, introduire la contestation devant le tribunal de première instance avant l'expiration du délai de trois mois, éventuellement prolongé en cas d'observations. Dans le cas d'une telle procédure, le Fonds n'est lié ni par son avis ni par son offre⁶⁷.

La loi ne prévoit donc pas de système de « contre offre », mais impose d'agir dans un délai assez bref.

2. L'offre émanant de l'assureur du prestataire de soins

42. DELAI, OFFRE PROVISIONNELLE ET DEFINITIVE - L'assureur est invité à faire une proposition dans les trois mois de la demande qui lui est adressée par le Fonds, en exécution de l'article 22 de la loi.

Eventuellement, une offre provisionnelle est formulée, s'il n'est pas possible de quantifier définitivement le dommage⁶⁸.

43. CONTESTATION DE RESPONSABILITE : OFFRE DU FONDS - S'il y a contestation de la responsabilité, et pour autant que la condition de gravité de l'article 5 soit remplie (hypothèse de l'article 4, 3°), le Fonds prend le relais selon la même procédure que celle vue ci-dessus⁶⁹.

L'absence de réponse de l'assureur est assimilée à une contestation de la responsabilité⁷⁰.

44. AVIS DU FONDS SUR L'OFFRE DE L'ASSUREUR DU PRESTATAIRE DE SOINS – Comme déjà précisé, lorsqu'il a reçu une offre de l'assureur, le demandeur peut demander par écrit l'avis du Fonds, qui répond dans les deux mois de la demande. Si le Fonds estime la proposition manifestement insuffisante (hypothèse de l'article 4, 4°), il prend le relais selon la procédure visée ci-dessus⁷¹.

45. SANCTION EN CAS D'OFFRE MANIFESTEMENT INSUFFISANTE - Lorsque le Fonds se substitue à l'assureur en raison du caractère manifestement insuffisant de l'offre, l'assureur est redevable de plein droit au Fonds d'une indemnité forfaitaire égale à 15% du montant de l'indemnisation totale accordée par le Fonds à la victime, ou le cas échéant, du montant établi par le juge, pour autant que ce dernier confirme que l'offre de l'assureur était manifestement insuffisante⁷².

46. SUBROGATION – Dans les hypothèse visées aux articles 4, 2° à 4°, le Fonds est subrogé dans les droits du demandeur qu'il a indemnisé, contre le prestataire de soin et/ou son assureur⁷³.

Dans le cadre de l'exercice de son droit de subrogation, ni le prestataire de soins, ni l'assureur, ni encore le juge ne sont liés par le montant de l'indemnisation accordée par le

⁶⁷ Art. 27 de la loi.

⁶⁸ Art. 29, al. 2, de la loi.

⁶⁹ Art. 30, al. 2, de la loi.

⁷⁰ Art. 32 de la loi.

⁷¹ Art. 31 de la loi.

⁷² Art. 31, dernier alinéa, de la loi.

⁷³ Voy. les articles 28, al. 1, 31 al. 3, et 32, al. 4, de la loi.

Fonds au demandeur⁷⁴. Ainsi, si le juge estime que les sommes payées au demandeur par le Fonds ne sont pas dues, elle ne seront pas récupérées par le fonds.

Ceci a pour conséquence que le Fonds conservera définitivement à sa charge les montants qu'il aura payés aux victimes, s'il ne parvient pas à les récupérer à charge du prestataire de soins ou de son assureur.

Aucun recours n'est possible contre la victime indemnisée dans cette hypothèse.

⁷⁴ Articles 28, al. 2 et 3, 31 al. 4 et 5, et 32, al. 5 et 6, de la loi.