



Aspects fondamentaux des assurances

Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux



Aspects fondamentaux des assurances

Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux

N° 11



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements de 30 démocraties œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, la Corée, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

Publié en anglais sous le titre :

Medical Malpractice

PREVENTION, INSURANCE AND COVERAGE OPTIONS – No. 11

© OCDE 2006

Toute reproduction, copie, transmission ou traduction de cette publication doit faire l'objet d'une autorisation écrite. Les demandes doivent être adressées aux Éditions OCDE rights@oecd.org ou par fax (33-1) 45 24 99 30. Les demandes d'autorisation de photocopie partielle doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, fax (33-1) 46 34 67 19, contact@cfcopies.com ou (pour les États-Unis exclusivement) au Copyright Clearance Center (CCC), 222 Rosewood Drive Danvers, MA 1923, USA, fax (978) 646 8600, info@copyright.com.

Avant-propos

La couverture appropriée de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé, la juste compensation des « incidents iatrogènes », ainsi que la prévention des mauvaises pratiques médicales sont d'une importance capitale pour la sécurité et la confiance des patients dans le système de santé et pour son bon fonctionnement et sa durabilité. Ces rôles d'indemnisation et de réduction des risques peuvent être assurés par divers dispositifs. Pourtant, jusqu'à présent, les régimes de compensation dans les pays de l'OCDE s'appuient principalement sur une combinaison de recours contentieux et de polices d'assurance couvrant la responsabilité médicale des professionnels et établissements de santé en cas de préjudices pour leurs patients. Ces systèmes impliquent en pratique que la preuve de la responsabilité ou de la négligence médicale soit établie par un tribunal pour que les victimes/patients soient dédommagés.

Au cours des dernières années, et en particulier depuis 2002, dans certains pays de l'OCDE, ces systèmes rencontrent des difficultés. Les primes des polices d'assurance responsabilité ont en effet augmenté dans de telles proportions pour certains spécialistes et établissements que ces professionnels peuvent difficilement les assumer. Dans la plupart des cas, cet alourdissement des coûts provient d'une forte augmentation de la fréquence et des montants des dommages-intérêts accordés par les tribunaux. En retour, cette crise a entraîné dans quelques pays de l'OCDE des effets indésirables affectant la qualité des soins, la sécurité des patients et conduisant à une hausse des coûts du système de santé dans son ensemble. Ainsi, le nombre des obstétriciens gynécologues, chirurgiens, orthopédistes et anesthésistes dans quelques pays/États est en diminution. Ces disciplines sont en effet considérées comme hautement risquées et impliquent une probabilité plus élevée de procès et un niveau de primes d'assurance considérablement plus élevé. Par ailleurs, afin d'éviter les poursuites judiciaires, certains professionnels de santé pratiquent de plus en plus une médecine dite « défensive », plus coûteuse, souvent médicalement injustifiée et potentiellement risquée pour les patients.

Dans ce contexte, la présente étude offre une synthèse unique des différents types de système d'indemnisation/prévention des préjudices aux patients dans les pays de l'OCDE incluant les régimes de compensation sans faute. La deuxième partie de l'analyse souligne les principales raisons et facteurs des difficultés rencontrées dans certains pays pour couvrir, indemniser les victimes et réduire les risques d'accidents iatrogènes. Différentes mesures mises en place par les pouvoirs publics et le secteur

privé afin de faire face à ces défis sont ensuite évaluées au regard de leurs avantages et inconvénients et de leurs résultats tangibles.

Enfin, tout en tenant compte du fait que la situation de chaque pays/État est unique et qu'il n'existe certainement pas de modèle idéal, le rapport conclut par une série de suggestions ciblées à l'adresse des parties prenantes publiques et privées dans les pays membres et non membres de l'OCDE et particulièrement ceux qui cherchent à mettre en place un dispositif d'indemnisation/prévention plus efficace pour gérer les incidents résultant d'un traitement médical.

Ce rapport analytique est complété par des tableaux comparatifs qui détaillent les caractéristiques et évolutions principales de la couverture des incidents iatrogènes dans la plupart des pays de l'OCDE.

La réalisation de ce rapport et des tableaux a été rendue possible grâce aux contributions et aux commentaires précieux des experts gouvernementaux des pays de l'OCDE des représentants de l'industrie des assurances ainsi que des observateurs et des principales parties prenantes du système de santé. Ce document a ensuite été élaboré et rédigé par M^{lle} Flore-Anne Messy de la Direction des affaires financières et des entreprises et mis à jour jusqu'au mois de juin 2006. La publication a été finalisée grâce à l'assistance et le soutien technique de M^{lle} Claire Dehouck et M. Edward Smiley.

Table des matières

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Introduction : une « crise » de l'offre dans certains pays de l'OCDE | 7 |
| Chapitre 1. La problématique de la couverture des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE | 9 |
| 1. Différences dans les systèmes d'indemnisation des incidents médicaux | 10 |
| 2. Tous les systèmes connaissent des difficultés à des degrés divers | 17 |
| 3. Des effets préoccupants | 19 |
| Notes | 20 |
| Chapitre 2. Facteurs sous-jacents | 23 |
| 1. Le risque d'erreur médical est-il réellement en augmentation? | 24 |
| 2. Escalade des dommages-intérêts : augmentation de la fréquence des demandes d'indemnisation et des montants accordés | 25 |
| 3. L'assurabilité de ces risques est-elle menacée? | 31 |
| Notes | 32 |
| Chapitre 3. Pas de solution unique | 35 |
| 1. Améliorer l'assurabilité du risque | 36 |
| 2. Rechercher des alternatives pour accroître les capacités de l'offre au travers de solutions de marché | 44 |
| 3. Solutions complémentaires ou uniques d'inspiration marchande ou publique | 46 |
| 4. Conclusion | 54 |
| Notes | 55 |
| Chapitre 4. Suggestions à l'intention des parties prenantes du système de santé et des pouvoirs publics | 61 |
| 1. Rester dans le cadre d'un système contentieux associé à une couverture assurancielle de la responsabilité médicale | 62 |
| 2. Opter pour un système sans faute | 66 |
| 3. Améliorer la gestion du risque médical | 67 |
| Notes | 69 |
| Bibliographie sélective | 71 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Annexe A. Couverture des incidents médicaux – Tableaux comparatifs : couverture et indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l’OCDE</i> | 75 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

Liste des tableaux

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A.1. Marché de l’assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale : principales caractéristiques et évolutions | 76 |
| A.2. Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l’indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l’OCDE | 83 |

Introduction : une « crise » de l'offre dans certains pays de l'OCDE

Dans de nombreux pays de l'OCDE, particulièrement en Australie (jusqu'en 2003), aux États-Unis et dans plusieurs pays européens¹, les taux des primes d'assurance pour responsabilité médicale sont en hausse constante depuis quelques années. Les pourcentages varient et, de façon générale, les spécialistes et les établissements de santé, publics et privés, à haut risque sont les plus exposés. Dans certains cas extrêmes, l'offre de polices d'assurance de responsabilité médicale s'est dramatiquement réduite. De grands assureurs et réassureurs se désengagent du marché tandis que d'autres refusent de couvrir les hauts risques ou fixent les primes à des niveaux quasiment prohibitifs² pour les médecins, les hôpitaux et les cliniques privées.

Cette évolution, qui est particulièrement préoccupante pour certains gouvernements de l'OCDE et pour de grands acteurs du marché, a souvent été aggravée par des scandales médicaux très médiatisés. En outre, cette crise est d'autant plus sensible et complexe pour les pouvoirs publics qu'elle risque d'affecter la confiance des citoyens dans le système de santé et dans les professionnels de santé, et qu'elle s'inscrit dans le cadre plus général d'une tendance à l'élargissement du champ de la responsabilité³.

Dans ce contexte, des travaux sur la responsabilité médicale ont été engagés par le Comité des assurances et des pensions privées de l'OCDE, en 2003, à la demande de la délégation française. Ce projet a abouti, grâce notamment à un exercice initial de collecte de données, à l'établissement de ce rapport analytique sur les systèmes de couverture de la responsabilité médicale dans les pays de l'OCDE, et à l'élaboration des tableaux comparatifs qui l'accompagnent, présentés en annexe. L'étude s'appuie en premier lieu sur les contributions de la plupart des pays membres de l'OCDE (27 sur 30), et aussi sur les commentaires de diverses parties prenantes du secteur de la responsabilité médicale. À cet égard, l'analyse comparative cherche d'abord à présenter une vue d'ensemble des principaux dispositifs mis en place dans les pays de l'OCDE pour traiter le problème des accidents médicaux, et en présente les principales dispositions et les grands enjeux. Il présente ensuite les facteurs clés qui nourrissent les préoccupations actuelles dans certains pays de l'OCDE et expose diverses options qui peuvent s'envisager pour surmonter ces difficultés.

Notes

1. Par exemple, Autriche, Belgique, France, Grèce, Italie, Espagne, Suisse, Turquie, à un moindre degré, et Royaume-Uni (quoique les augmentations soient essentiellement supportées par le NHS).
2. Même si ces niveaux de prime se justifient et sont réalistes d'un point de vue actuariel et du point de vue de l'assureur.
3. Voir notamment OCDE (2003).

Chapitre 1

La problématique de la couverture des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE

1. Différences dans les systèmes d'indemnisation des incidents médicaux

Ainsi qu'en témoigne la diversité des expressions utilisées¹ – « faute médicale », « erreur médicale », « négligence », « aléa thérapeutique », « incident évitable » – les systèmes d'indemnisation diffèrent largement d'un pays de l'OCDE à l'autre en ce qui concerne les pratiques de financement, le fait générateur, la couverture, etc. On peut distinguer deux grands systèmes d'indemnisation des accidents médicaux. Il y a, d'une part, un « système d'indemnisation du préjudice », qui implique l'appréciation d'une faute et qui est financé par les marchés de l'assurance de responsabilité médicale et, d'autre part, un « système d'indemnisation sans faute ». Dans ce contexte, il convient aussi de noter que les différences dans le traitement de la responsabilité médicale sont aussi la conséquence des différences dans l'offre et le financement des soins et services de santé selon les pays de l'OCDE². Les pays où les soins et services de santé sont, pour l'essentiel, financés par la puissance publique tendent à moins faire appel au marché de l'assurance privé pour couvrir la responsabilité médicale. Dans ce cas, le financement de la responsabilité médicale est souvent directement assuré par la puissance publique, éventuellement dans le cadre de financements dédiés³. Par contre, dans les pays où la médecine est essentiellement privée, le marché privé joue également un plus grand rôle dans l'indemnisation des victimes.

L'analyse développée ici n'est pas centrée sur les systèmes d'indemnisation sans faute; elle vise plutôt à mettre en évidence les évolutions et les difficultés du marché de l'assurance de responsabilité médicale. Cependant, les aspects les plus éclairants des régimes de responsabilité sans faute seront évoqués, le cas échéant (voir, par exemple, le chapitre 1 pour une présentation générale de ce type de régime, ainsi que les chapitres 3 et 4).

Systèmes d'indemnisation fondés sur l'évaluation de la négligence

Dans la plupart des pays de l'OCDE, les demandes d'indemnisation des incidents médicaux doivent être appréciées par les juridictions sur la base d'une interprétation de la faute qui tend à évoluer et à s'étendre (du fait de la législation ou de la jurisprudence). Les dommages accordés (le cas échéant) sont alors pour l'essentiel payés par le prestataire de soins concerné, généralement grâce à une police d'assurance privée⁴ souscrite auprès d'une compagnie

d'assurance non-vie générale. Il peut exister un autre système, ou un autre système peut intervenir à titre complémentaire, à savoir une indemnisation par une mutuelle multirisques et/ou une association spécialisée à but non lucratif de professionnels de la santé⁵.

Influence du système de droit et de responsabilité civile

Dans les deux cas, l'offre de couverture d'assurance et l'assurabilité du risque dépendent en partie des grandes caractéristiques du système de responsabilité civile en place et, en particulier, de l'évolution de la notion de faute/négligence généralement définie par le droit civil et/ou appliquée par les tribunaux ou fondée sur la Common law.

Les deux principaux objectifs du système de responsabilité civile eu égard à la responsabilité médicale sont l'indemnisation et la prévention/responsabilisation. Dans la pratique, ni l'une ni l'autre fonctions ne peuvent être remplies complètement dans le cadre d'un système unique et elles impliquent généralement un difficile arbitrage. La tendance longue, dans les pays de l'OCDE, est à un élargissement des droits, de la protection et de l'indemnisation⁶ des patients, qui entre souvent en conflit avec l'objectif de prévention.

Traditionnellement, les règles de la responsabilité et de la réparation reposaient sur la notion de faute, mais le développement de l'indemnisation des victimes a souvent entraîné un déplacement de la charge de la preuve du patient vers les praticiens⁷. La réparation du préjudice est accordée non seulement en cas de négligence grave ou lorsque la responsabilité peut être prouvée mais aussi, dans certains pays, lorsque l'erreur est seulement présumée (responsabilité fondée sur la causalité). Dans ce dernier cas, l'obligation de réparation découle d'un lien (la causalité) réputé avoir existé entre un fait (la cause) et le dommage (l'effet). Dans les cas extrêmes, la responsabilité fondée sur la causalité n'est subordonnée à l'existence d'aucune irrégularité, d'aucun dysfonctionnement ni d'aucun manquement aux pratiques appropriées. Les exemples de responsabilité stricte sont rares en matière de responsabilité médicale. Une exception peut toutefois être soulignée : celle de l'Islande⁸ où la loi sur l'assurance des patients (2000) stipule que l'indemnisation sera accordée sans qu'il soit nécessaire que quiconque soit tenu responsable du préjudice en vertu des règles de la responsabilité civile, et qu'il suffit que le préjudice subi puisse, en toute probabilité, être rattaché à une série d'incidents médicaux. Dans d'autres pays, par exemple l'Autriche, l'Allemagne, les États-Unis ou l'Espagne⁹ et la France¹⁰ jusqu'à un certain point, la notion d'erreur présumée en matière de responsabilité médicale fait peu à peu son apparition dans les décisions des tribunaux.

Autres sources de financement et/ou financements complémentaires privés

En dehors des compagnies d'assurance traditionnelles qui proposent des polices d'assurance responsabilité médicale (voir détails dans le chapitre 2), dans certains pays de l'OCDE¹¹, pour des raisons historiques et culturelles et aussi en raison des particularités du marché, l'assurance de la responsabilité médicale est dominée par une ou plusieurs associations de médecins à but non lucratif ou par des organisations de défense des médecins constituées pour couvrir la responsabilité médicale de leurs membres. Ces structures peuvent être réassurées auprès de captives d'assurance ou de réassureurs. Dans certains cas, sont aussi apparus des mécanismes d'autoassurance, des groupes de rétention du risque ou des « trusts » qui assurent la couverture d'établissements ou de consortiums d'établissements, ainsi que de médecins. Ces diverses initiatives se traduisent par une grande diversité des structures (forme juridique, nature et étendue de la couverture et réglementation) selon les zones où elles sont apparues.

Au Canada, l'Association canadienne de protection médicale (ACPM)¹², société mutuelle sans but lucratif vouée à la défense des médecins, assure des services éducatifs, de conseil, de défense juridique et d'indemnisation à environ 95 % des médecins en exercice au Canada. Créée en 1901, l'ACPM a été constituée en société en vertu d'un acte du Parlement en 1913. Le modèle de l'ACPM est fondé sur une aide discrétionnaire en cas de survenance du risque. Le succès de cette expérience est illustrée par la longue viabilité de ce dispositif depuis plus de cent ans. Le dispositif est financé par un mécanisme entièrement capitalisé et est sain du point de vue actuariel. Les tarifs sont calculés sur la base d'une évaluation du risque actuariel qui tient compte de la spécialité du médecin et du lieu d'exercice. Les tarifs sont modulés dans une logique de capitalisation en fonction des gains et pertes sur investissements. Des réserves sont constituées pour faire face aux engagements futurs en fonction des données rétrospectives et des tendances du moment. La protection apportée par l'ACPM ne prévoit pas de limites à la réparation des dommages accordés aux patients et l'ACPM a plutôt pour tradition d'apporter une aide étendue à ses membres. En outre, l'ACPM s'efforce d'améliorer la sécurité du patient et la gestion du risque médical dans l'ensemble du système de santé.

Au Japon, une association de médecins, l'Association médicale japonaise, a instauré, en 1973, un programme d'assurance de la responsabilité médicale dont le champ d'application a été étendu en 2001. L'association couvre les médecins à titre individuel et a pour vocation de résoudre les différends entre les patients et les médecins qui versent une cotisation à l'association. Celle-ci apprécie de façon discrétionnaire si la demande d'indemnisation peut être prise en compte par son programme d'assurance et si l'adhérent sera couvert.

Pour les demandes d'indemnisation finalement prises en charge par le programme, l'association est couverte par un contrat d'assurance souscrit auprès d'une compagnie d'assurance non-vie.

Au Royaume-Uni, depuis les années 90, les médecins qui travaillent dans des hôpitaux du *National Health Service* (NHS) sont directement indemnisés par l'État, au travers d'un fonds non assuré¹³. L'indemnisation accordée dans ce cadre suppose que le plaignant apporte la preuve de la négligence médicale et du préjudice financier qui en est résulté. Cependant, en dehors de ce dispositif, les généralistes du NHS et les médecins hospitaliers qui exercent à titre libéral sont essentiellement couverts par trois organisations de défense des médecins (*Medical Defence Organisations* (MDO)). La *Medical Defence Union* (8 % des indemnités versées) indemnise sur une base d'assurance (au travers de la *Converium Insurance*), s'appuyant en outre sur un fonds discrétionnaire pour les demandes d'indemnisation et autres problèmes médico-juridiques qui ne relèvent pas du champ de la police d'assurance, tandis que les deux autres organisations (la *Medical Protection Society* et la *Medical & Dental Defence Union of Scotland*) n'accordent d'indemnisation que sur une base discrétionnaire. En outre, il existe un petit nombre de sociétés d'assurance qui proposent des assurances professionnelles aux médecins.

Aux États-Unis, la situation est assez spécifique, pour des raisons historiques et par suite des crises du milieu des années 70 et du milieu des années 80. Aujourd'hui, le marché de l'assurance de la responsabilité médicale recouvre des formes diverses – assureurs traditionnels, groupements de médecins et d'hôpitaux, structures de transfert du risque et associations (*Joint Underwriters Associations* ou JUA)¹⁴. Les sociétés mutuelles qui, pour la plupart, sont des groupements de médecins, représentent environ 60 % du marché et, en 2003, il a été créé entre 30 et 40 groupes de rétention du risque dans le domaine de la santé.

Le développement des structures mutualistes sur le marché de l'assurance de responsabilité médicale a été favorisé par différents facteurs. Les États-Unis sont, à cet égard, un cas intéressant : les deux périodes de marché tendu du milieu des années 70 et du milieu des années 80, avec l'impossibilité de trouver des couvertures à un coût abordable qui en est résultée, ont entraîné le développement de telles structures. De fait, les associations de médecins semblaient en mesure de proposer une couverture pour des primes moins élevées que les assureurs traditionnels grâce, notamment, à une spécialisation sur un seul type d'activité et, généralement, une certaine zone géographique. Qui plus est, comme il s'agit d'organisations à but non lucratif, il n'y a pas de profits à dégager pour les actionnaires. On peut aussi considérer que des associations de médecins ont un avantage sur des assureurs multirisques en ceci qu'elles ont une meilleure connaissance des pratiques des médecins. Cet avantage comparatif peut contribuer à atténuer l'effet

négatif de l'asymétrie d'information. Enfin, on a pu faire valoir que, s'inspirant d'une philosophie et d'une culture différentes, ces structures favorisent une meilleure maîtrise et prise en compte du risque (voir chapitre 3).

Régimes d'indemnisation sans faute

D'autres alternatives reposant sur un système d'indemnisation sans faute se sont développées dans un nombre limité de pays de l'OCDE¹⁵. Dans ces cas, l'évaluation par un tribunal de la responsabilité du prestataire de santé n'est pas une condition de l'octroi d'indemnités aux patients victimes d'un préjudice. L'élément déclencheur de l'indemnisation est généralement le préjudice lui-même ou le fait qu'il aurait pu être évité¹⁶. Ces systèmes peuvent être à financement privé, par l'entremise d'organisations à caractère commercial et à but non lucratif (par exemple, au Danemark et en Finlande) ou à financement public (par exemple, en Suède et en Nouvelle-Zélande).

En Nouvelle-Zélande, l'assurance des incidents médicaux relève du système d'indemnisation des accidents qui a été instauré en 1972 (et est entré en vigueur en 1974), et est géré par une structure d'État, l'Accident Compensation Corporation (ACC). Ce système global unique couvre différents types d'accidents – accidents du travail, accidents automobiles et accidents médicaux – et tous les citoyens et tous les visiteurs en bénéficient. Le financement de l'indemnisation des accidents médicaux (jusqu'au 1^{er} juillet 2005) n'est pas assuré, dans ce régime, par les praticiens médicaux; il est assuré par les pouvoirs publics et par la population active¹⁷. La réglementation visant l'ACC a été revue à plusieurs reprises et on passe peu à peu, depuis 1999, d'une logique de répartition à une logique de capitalisation intégrale (en 2014). Le champ couvert par le dispositif a aussi été étendu, par la législation et par la jurisprudence, notamment en 1992 et, plus récemment, en juillet 2005. À compter de cette date, on ne parlera plus d'accident médical¹⁸ mais d'accident de traitement. Par conséquent, toute notion d'erreur, de faute ou de négligence disparaît du système qui, désormais, couvrira tout accident survenu à la suite d'un traitement qui n'est pas une conséquence habituelle de ce traitement. La réforme de 2005 a aussi permis de distinguer plus clairement (comme dans le système suédois) entre les problèmes de réclamation/droit à indemnisation et les questions disciplinaires ou de prévention.

Le principe est que l'intervention de l'ACC se substitue au recours devant les tribunaux pour réparation. Il est à noter, toutefois, qu'il peut y avoir demande d'indemnisation, d'une part, pour des dommages exemplaires et/ou punitifs et, d'autre part, pour souffrances et douleurs (le *pretium doloris* n'est pas couvert par les dommages-intérêts légaux). Il n'est toutefois accordé de dommages punitifs par les tribunaux que très exceptionnellement, si l'intention de nuire peut être prouvée – ce qui est généralement difficile. L'indemnisation du *pretium doloris* est aussi rarement accordée et

uniquement, dans le cadre de procédures disciplinaires mises en place par les pairs. Étant donné ce risque de dommages-intérêts additionnels, certains praticiens médicaux peuvent souhaiter souscrire une assurance. Compte tenu de la place prise par l'ACC, le marché de l'assurance de responsabilité médicale reste limité en Nouvelle-Zélande – encore qu'il se développe – et sert à compléter la couverture apportée par le dispositif public.

En Finlande, au Danemark et en Suède, des systèmes obligatoires d'indemnisation sans faute existent depuis respectivement 1987 (la loi sur les préjudices subis par les patients a été votée en 1986), 1992 et 1997. En Suède, depuis 1995, le consortium d'assureurs a été remplacé par une société d'assurance mutuelle publique qui relève des districts de santé. En Finlande et au Danemark, les systèmes, quoique par ailleurs analogues, sont financés par des assureurs privés, réunis en consortiums ou en pools d'assurance, dans le but notamment d'assurer une indemnisation sous certaines conditions. En Finlande, le centre de l'assurance pour les patients, qui est un fonds de garantie constitué par les assureurs, a été créé en 1987 pour indemniser les dommages¹⁹ découlant d'un accident médical sans égard à une faute, et pour préserver la solvabilité des assureurs. Tous les professionnels des soins et services de santé, les pharmacies et autres intervenants dans le secteur de la santé sont tenus de s'assurer contre le risque de mise en jeu de leur responsabilité, conformément à la législation. En Finlande, toutes les compagnies d'assurance qui proposent de couvrir la responsabilité médicale (assurance du patient²⁰) doivent faire partie du pool d'assureurs. Le centre de l'assurance pour les patients statue sur les demandes d'indemnisation et détermine le montant des indemnités à verser (conformément à la loi sur les dommages-intérêts). Il n'y a pas d'indemnisation des préjudices mineurs; mais il n'y a pas, non plus, de plafond à l'indemnisation. Il est aussi à noter que les critères d'indemnisation ont été revus en 1999, afin de mieux refléter les évolutions dans le domaine de la santé et les évolutions du droit de la responsabilité civile. Le centre de l'assurance pour les patients doit aussi indemniser le préjudice lorsqu'il n'avait pas été souscrit d'assurance (bien que ce soit obligatoire). Par ailleurs, il doit assurer les prestataires de santé auxquels les compagnies d'assurance ont opposé un refus. Il joue, en outre, un rôle de fonds de garantie vis-à-vis des victimes en cas de liquidation ou de faillite d'un assureur. Le centre de l'assurance pour les patients relève de l'autorité de surveillance des assurances. Les taux de prime et les clauses des contrats des polices d'assurance des patients sont réglementés par l'autorité de surveillance des assurances et doivent lui être communiqués.

De même, le système sans faute qui existe au Danemark prévoit que tous les prestataires et établissements de santé (y compris ceux qui exercent à titre libéral depuis 2003, et la disposition est applicable à compter du 1^{er} janvier 2004) doivent souscrire une police d'assurance à caractère indemnitaire. En outre, les assureurs qui proposent ce type de police doivent

adhérer à l'Association pour l'assurance des patients. Comme le centre pour l'assurance des patients, cette association a pour but de statuer sur les demandes d'indemnisation et de fixer les montants à verser conformément à la réglementation²¹. Les patients ont la possibilité de faire appel devant une instance d'appel spécialisée et, dans un second temps, devant la Haute Cour. L'Association remplit aussi une fonction de réassurance lorsque les montants d'indemnisation vont au-delà des plafonds d'assurance ou en cas de mise en jeu d'une responsabilité solidaire.

En Suède, un système d'indemnisation sans faute, l'assurance d'indemnisation des patients, a été instauré en 1975. Ce système, très semblable à ceux qui existent au Danemark et en Finlande, reposait initialement sur des contrats volontaires entre les prestataires médicaux et un consortium d'assureurs. Comme en Nouvelle-Zélande, l'une des principales caractéristiques du dispositif est le découplage entre l'indemnisation et la prévention. L'indemnisation des patients relevait de l'assurance indemnisation tandis que la fonction disciplinaire auprès des prestataires médicaux relevait d'un Conseil de la responsabilité médicale. Le système suédois reposait, et repose toujours, sur le principe de l'« évitabilité ». En règle générale, les arbitres cherchent à établir : 1) si le préjudice résulte du traitement; 2) si le traitement en question était médicalement justifié; et 3) si le résultat était inévitable. Si la réponse à la première question est oui et que la réponse à la deuxième ou à la troisième question est non, le demandeur a droit à une indemnisation. En 1997, la loi sur les préjudices subis par les patients a rendu le système obligatoire pour tous les prestataires de soins et services de santé. En outre, la nouvelle loi de 1996 relative à la responsabilité civile à l'égard des patients leur offre la possibilité de saisir les tribunaux tout en restant dans un système de responsabilité sans faute. De fait, la loi permet l'indemnisation de préjudices qui auraient pu être évités²² et qui ont été causés par des praticiens, notamment les pathologies qui résultent du diagnostic et du traitement d'une maladie (cela vaut aussi pour les infections, les accidents, les appareils médicaux défectueux et les produits pharmaceutiques) ainsi que de la recherche médicale. La demande d'indemnisation doit être présentée dans un délai de trois ans après que le patient a pris conscience du préjudice et dix ans au maximum après que le préjudice est survenu. Les critères appliqués pour calculer l'indemnisation sont particulièrement précis et l'indemnisation ne couvre que les dépenses indispensables, et pas les dépenses dites « de confort ». L'indemnisation peut aussi couvrir la perte de revenus futurs lorsque le préjudice conduit à un handicap permanent, et peut aussi couvrir les douleurs et souffrances aiguës et permanentes en fonction de la durée d'hospitalisation ou du congé maladie. Par ailleurs, un montant de \$274 (SEK 2000) est déduit des indemnités accordées aux patients et l'indemnisation des dommages, économiques et non économiques, est plafonnée à environ \$1 120 000

(SEK 8 200 000). Cependant, si la négligence peut être prouvée, le demandeur peut invoquer la loi de responsabilité civile générale, évitant ainsi la franchise et le plafond prévu par la loi de responsabilité civile à l'égard des patients.

2. Tous les systèmes connaissent des difficultés à des degrés divers

La gravité et la fréquence des demandes d'indemnisation pour erreur médicale ont augmenté, à des degrés divers, dans la plupart des pays de l'OCDE²³, particulièrement depuis 2000 aux États-Unis²⁴ et, plus généralement, depuis 2001-2002, dans les autres économies. Les États-Unis sont assurément le pays qui connaît la crise la plus grave, en termes absolus et par tête, le montant des dommages-intérêts atteignant un total de \$28.7 milliards en 2004, d'après une étude AON²⁵. Le coût des indemnisations augmente de près de 10 % annuellement²⁶ depuis 2000 et l'on s'attend à ce que cette tendance perdure.

La progression des dommages-intérêts pour erreur médicale est aussi devenue une source de préoccupation dans les autres pays de l'OCDE, quoique les chiffres totaux restent comparativement moins spectaculaires. En Autriche, le montant des dommages-intérêts a augmenté de 50 % entre 2002 et 2003, tandis qu'au Japon le nombre des nouvelles actions intentées en première instance pour erreur médicale a plus que doublé entre 1990 et 2000²⁷. En Australie, une crise a éclaté en 2002, lorsque l'un des principaux pourvoyeurs d'indemnisation en assurance médicale, l'UMP/AMIL²⁸, a été mis en liquidation provisoire. Cependant, après une réforme en profondeur (voir chapitres 2 et 3), les taux réels moyens de prime ont commencé de décroître à nouveau (voir à l'annexe le tableau A.1).

L'augmentation globale du montant des dommages-intérêts accordés pour erreur médicale est l'une des principales raisons pour lesquelles l'activité des compagnies d'assurance dans cette branche est moins profitable, ou même non profitable, depuis 2000, dans une majorité de pays de l'OCDE. De nombreux marchés font état de pertes en très forte augmentation. Par exemple, le ratio de pertes était d'environ 190 en Autriche et 250 en Italie, en 2003; de 145 aux États-Unis, en 2002, en moyenne²⁹; et de 112 en Grèce. En outre, la retarification du risque conduit souvent à des hausses de primes qui sont difficilement assumées par les médecins et les autres professions médicales.

En fait, depuis 2002, des assureurs et des réassureurs, dans certains secteurs de la zone de l'OCDE, ont décidé de réduire leur exposition au marché de la responsabilité médicale, ou même de s'en retirer complètement. Ces désengagements ont eu un impact négatif sur le marché en provoquant une contraction massive de la capacité, dans certains pays³⁰, et en poussant les taux de prime à des niveaux plus élevés encore. On a un exemple bien connu de cette tendance avec le retrait massif du prestataire St Paul du marché des États-Unis et du marché européen, en décembre 2001. Ce prestataire étant l'un

des principaux pourvoyeurs d'assurance en responsabilité médicale, son désengagement s'est traduit par une nette réduction de la couverture de certains marchés (par exemple aux États-Unis, en France et en Irlande). Aux États-Unis, deux autres grands acteurs de l'assurance en responsabilité médicale, PHICO et Frontier Insurance Group, se sont également totalement retirés du marché, tandis qu'un autre intervenant, le Medical Inter-Insurance Exchange (MIIX), a décidé de restreindre son champ d'intervention au New Jersey.

Dans la plupart des pays de l'OCDE, l'augmentation des taux de prime d'assurance en responsabilité médicale, conjuguée à la réduction du champ de la couverture, est particulièrement problématique pour les spécialités les plus risquées. Cela concerne, en particulier, la chirurgie générale, l'obstétrique/gynécologie, la neurochirurgie, la chirurgie plastique, l'anesthésie, l'orthopédie et les établissements publics et privés. Dans certains cas, les professionnels ne peuvent plus s'assurer ou ne peuvent s'assurer qu'à un coût excessif³¹. Par exemple, aux États-Unis, l'American College of Obstetricians et Gynaecologists (ACOG) a identifié 23 États « en alerte rouge » dans lesquels l'accès aux soins est compromis³². En outre, d'après une enquête récente, plus de 30 % des spécialistes de la chirurgie cardiothoracique se sont implantés ailleurs, ont cessé d'exercer, ou encore ont cessé d'assurer certains services à haut risque, invoquant le plus souvent l'augmentation du coût de la responsabilité médicale pour expliquer leur décision³³. En règle générale, les taux de prime pour les spécialités évoquées plus haut (en particulier obstétrique/gynécologie et chirurgie) ont plus que doublé depuis 2000 dans les États les plus touchés.

Dans d'autres pays, l'augmentation du nombre des demandes d'indemnisation et l'importance des dommages-intérêts accordés n'a pas entraîné de crise majeure ni de réduction de l'offre de couverture. Néanmoins, même dans ces cas-là, on a signalé des augmentations des ratios de pertes et de la demande de couverture additionnelle en responsabilité médicale par delà la capacité déjà offerte. Par exemple, dans les systèmes d'indemnisation sans faute comme avec l'ACC en Nouvelle-Zélande, un marché est en train de se développer, principalement au travers de mutuelles, qui apporte une couverture discrétionnaire pour les demandes d'indemnisation non couvertes par le dispositif existant (en particulier pour couvrir les dommages punitifs et/ou exemplaires en cas de dommages corporels et non corporels). En outre, comme cela a été signalé plus haut, la modification du fait déclencheur pour la mise en jeu de la couverture, en 1992 et en 2005, a considérablement étendu le champ de la couverture, rendant nécessaire une réévaluation du mécanisme de financement et entraînant un alourdissement du coût global du système. Au Japon, le dispositif de la *Japan Medical Association* a été complété, en 2001, par une clause spéciale qui a fait passer le champ de la couverture de 100 millions par an, pour les seuls praticiens et administrateurs principaux des

établissements de santé, à 600 millions de yens par an, et la couverture a été étendue aux équipements médicaux et à d'autres catégories de personnel hospitalier. Au Royaume-Uni, l'augmentation de l'importance des indemnisations est un problème à la fois pour le fonds à financement public géré par la NHSLA et pour les organisations de défense des médecins, les MDO, le montant total des dommages-intérêts ayant augmenté à un rythme d'environ 10 % l'an ces dernières années.

3. Des effets préoccupants

Dans le cadre du système de responsabilité civile, la forte augmentation des taux de prime en assurance responsabilité médicale, en particulier pour certains types de spécialités, a un impact négatif sur la qualité des soins, la sécurité des patients et les coûts. Ces effets préoccupants se constatent particulièrement aux États-Unis mais peuvent aussi, de plus en plus, s'observer ailleurs (par exemple en Europe). Une enquête réalisée par Harris Interactive³⁴ a montré que les procès pour erreur médicale étaient une préoccupation majeure pour la plupart des médecins, aux États-Unis. Dans cette enquête, 76 % des médecins ont déclaré que leur crainte d'un procès en responsabilité médicale restreignait leur capacité d'apporter des soins de qualité à leurs patients et les amenait à pratiquer une « médecine défensive³⁵ »³⁶. La multiplication des examens et des traitements peut faire encourir des risques aux patients et mobiliser des fonds qui pourraient être mieux utilisés pour d'autres soins. De même, un rapport de 2003 de l'US Department of Health and Human Services (HHS)³⁷ souligne que l'argent dépensé à pratiquer une médecine défensive limite les efforts des médecins et des chercheurs pour améliorer la qualité des soins.

Certaines études, aux États-Unis, ont montré que la réforme du système de responsabilité civile pourrait entraîner une réduction de la médecine défensive et pourrait notablement faire diminuer le coût global des soins et services de santé³⁸ (voir chapitre 3). Il est cependant difficile de dire avec précision ce que coûte la médecine défensive³⁹.

En tout état de cause, il semble clair que l'escalade des indemnisations amène les médecins à se détourner des spécialités risquées – telles que l'obstétrique ou la neurochirurgie – ou même à cesser complètement d'exercer. L'enquête réalisée par Harris Interactive a aussi montré qu'un tiers des médecins ont renoncé à s'orienter vers telle ou telle spécialité, craignant qu'elle ne les expose davantage à des poursuites en responsabilité. Les maisons de retraite ferment de plus en plus de lits et se retirent des États dont on sait que les frais de litige y sont élevés⁴⁰. En Australie, une enquête⁴¹ a, de même, montré que les jeunes médecins évitent les spécialités pour lesquelles les taux de cotisation sont élevés et que les médecins actuellement dans ces

spécialités prennent leur retraite plus tôt en raison de l'incidence financière des taux de prime qu'ils doivent supporter.

Le rapport de 2003, de l'HHS évoqué plus haut, observe que la crainte compréhensible des médecins de faire l'objet de poursuites limite aussi leurs efforts pour signaler et analyser leurs erreurs. D'après une enquête⁴², non moins de 95 % des événements indésirables ne seraient pas signalés. Le manque de données qui en résulte concernant les faiblesses du système de soins compromet les efforts d'amélioration de la qualité des soins et de la sécurité des patients (voir, dans le chapitre 3, le développement sur la réduction des risques).

De façon plus générale, dans la plupart des pays, les problèmes de responsabilité médicale ont altéré la confiance entre patients et médecins et suscité une défiance vis-à-vis du système de santé.

Notes

1. Dans ce document, la terminologie employée pour décrire un système sera généralement celle du pays concerné car les termes employés sont, en règle générale, fortement liés à un certain niveau de couverture et à une certaine conception de la responsabilité. Dans la pratique, on utilise plutôt les termes d'erreur ou de faute médicale ou de négligence dans les régimes de responsabilité civile, tandis qu'on parle plus souvent d'accident évitable ou d'aléa thérapeutique dans les régimes de responsabilité sans faute. Dans le présent rapport, on emploiera un terme aussi général et aussi neutre que possible, comme incident médical, ou un terme plus technique comme accident iatrogène. Par ailleurs, il est à souligner que, dans un souci de brièveté et de simplicité, on emploiera tout au long du document le langage de l'assurance, y compris pour se référer à des structures mutualistes.
2. Pour une approche plus détaillée, notamment du financement de la santé, voir par exemple OCDE (2004), *L'assurance maladie privée dans les pays de l'OCDE*.
3. Par exemple, les médecins qui exercent dans un cadre public et dans des hôpitaux publics sont couverts par l'État en Australie, au Royaume-Uni (par un fonds dédié), en Nouvelle-Zélande et en Espagne.
4. Par exemple Autriche, une partie du marché belge, République tchèque, France, Allemagne, Grèce, Italie, Pologne, République slovaque, Espagne, Suisse, Turquie et une partie du marché des États-Unis.
5. Par exemple en Australie, au Canada, au Japon, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni (pour les prestataires de soins et services de santé non couverts par le NHS) et sur l'essentiel du marché aux États-Unis.
6. Par exemple, loi relative aux droits des malades en France (mars 2002), loi sur le droit des patients en Belgique (août 2002), loi sur l'assurance du patient en Islande (2000) ou projet de loi en Italie.
7. Il y a quelques exceptions à cette tendance, par exemple en Pologne où les jugements des tribunaux sont généralement favorables aux médecins plutôt qu'aux victimes. Au Canada, le plaignant doit apporter la preuve de la négligence. Certaines législations instaurent la responsabilité stricte dans certains cas, mais ce n'est pas chose courante dans le contexte médical.
8. Plus généralement, la responsabilité stricte apparaît dans la plupart des systèmes d'indemnisation sans faute, développés chapitres 1 et 3.

9. En Espagne, il peut y avoir indemnisation sans égard à une faute si le consentement du patient en connaissance de cause n'a pas été recueilli.
10. En France, une indemnisation peut être accordée pour erreur présumée ou même sans faute dans le cas d'infections nosocomiales résultant en une incapacité supérieure à 25 %.
11. Par exemple, en Australie, au Canada, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et aux États-Unis pour une grande partie du marché, ainsi qu'au Japon, en France et en Belgique, dans une certaine mesure (limitée). En France, en 2003, 70 % des hôpitaux publics étaient couverts par une mutuelle, la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM).
12. Voir www.cmpa-acpm.ca pour plus d'informations.
13. Le fonds assure 85 % des paiements annuels par l'entremise de la National Health Service Litigation Authority (NHSLA).
14. Pour plus de précisions sur le fonctionnement des JUA, se reporter à la partie III.
15. En Nouvelle-Zélande (à compter de 1972, après le rapport de la Commission Woodhouse) et dans la plupart des pays du nord de l'Europe (en Suède, depuis 1975 à titre volontaire et depuis 1997 à titre obligatoire), Finlande (depuis 1986), Norvège (depuis 1988), Danemark (depuis 1992) et Islande (depuis 2000 à titre obligatoire).
16. Par exemple, au Danemark et en Finlande, la loi énumère une série d'accidents évitables qui doivent donner lieu à indemnisation.
17. Contribuant à hauteur respectivement de 45 % et de 55 % du coût.
18. Notion qui couvre, en règle générale : 1) l'erreur médicale : manquement de la part du professionnel de santé aux normes de soins et aux critères de compétence raisonnablement attendus dans ces circonstances; et 2) l'aléa médical : le patient a reçu le bon traitement et le traitement a été correctement administré mais le patient a subi des complications à la fois graves et rares.
19. La loi finlandaise du 25 juillet 1986 relative aux préjudices subis par les patients stipule que l'assurance de responsabilité médicale, qualifiée d'assurance du patient pour refléter le caractère sans faute du système, doit couvrir les préjudices corporels subis par les patients en liaison avec un traitement médical et des soins dispensés en Finlande. En règle générale, l'assurance doit couvrir les préjudices corporels dont on peut penser qu'ils résultent d'un traitement médical et qui satisfont à l'une des conditions suivantes – accident dû à un traitement, accident dû à un équipement, infection, dommage accidentel, blessure par le feu et brûlure, erreur dans la délivrance des médicaments et risque excessif de préjudice.
20. La principale différence entre l'assurance indemnisation des patients (c'est surtout une terminologie employée dans l'Europe du Nord) et l'assurance de responsabilité médicale, comme le suggèrent les termes, réside en ceci que, dans le premier cas, il n'est pas nécessaire de prouver la négligence du praticien pour déclencher l'indemnisation des victimes. Priorité est donnée à l'indemnisation des victimes sur la base de critères déclencheurs alors que, dans le cas de l'assurance de responsabilité médicale, l'indemnisation est soumise à la mise en évidence (à des degrés divers) d'une négligence ou d'un préjudice indésirable.
21. En vertu de la loi danoise sur la responsabilité dommages et seulement pour des montants supérieurs à DKR 10 000 (environ € 1 300).
22. De fait, en Suède, la charge de la preuve est beaucoup plus légère en vertu de la loi de responsabilité civile à l'égard des patients qu'en vertu de la loi de responsabilité civile générale. Le demandeur doit apporter la preuve, « avec un degré de certitude raisonnable », que la conduite du praticien a causé le préjudice. Il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve d'une causalité directe. La norme de conduite attendue est celle que l'on attend d'un spécialiste qualifié ou de tout professionnel qualifié dans le domaine.

23. Il y a cependant des exceptions, par exemple au Canada. Dans ce pays, au cours de la dernière décennie, on a enregistré une réduction régulière du nombre des demandes d'indemnisation. Cependant, il convient de souligner que le coût des indemnisations engagées ne s'est stabilisé que récemment, après avoir été orienté à la hausse pendant plusieurs années.
24. Une étude de 2003 (Tillinghast-Towers Perrin) estime que les versements en rapport avec des problèmes de mise en jeu de la responsabilité médicale se sont élevés, au total, à \$27 milliards en 2003, contre \$10.5 milliards en 1992.
25. Source : AON(2005).
26. Il est à souligner que cette progression moyenne masque de grands écarts entre États (voir aussi la note 29 ci-après).
27. Source : Miyasaka Yuhei (2002).
28. L'UMP/AMIL couvrirait plus de 50 % des médecins australiens (et 90 % en Nouvelle-Galles-du-Sud et au Queensland).
29. La situation est, en outre, très contrastée, aux États-Unis, selon la spécialité et la zone géographique. Le ratio sinistres-primés est nettement supérieur à la moyenne nationale dans certains États (Arkansas, Connecticut, Floride, Géorgie, Illinois, Kentucky, Mississippi, Missouri, Nevada, Virginie-Occidentale, en particulier).
30. Par exemple, en Australie, en Autriche, en France (surtout après la promulgation de la Loi Kouchner de mars 2002), en Grèce, en Italie, en Espagne, en Suisse et aux États-Unis.
31. Même si ces niveaux de prime se justifient et sont réalistes d'un point de vue actuariel et du point de vue de l'assureur.
32. American College of Obstetricians and Gynaecologists (août 2004) : L'alerte rouge sur l'obstétrique-gynécologie atteint 23 États, notamment Californie, Floride, Géorgie, Mississippi, Nevada, New Jersey, New York, Ohio, Oregon, Pennsylvanie, Rhode Island, Virginie, Washington, Virginie-Occidentale et Wyoming.
33. *Society of Thoracic Surgeons*, avril 2004.
34. Voir Harris Interactive (2004).
35. On parle de médecine défensive pour désigner des soins qui sont essentiellement dispensés pour réduire les risques de poursuites.
36. Par exemple, 79 % des médecins interrogés reconnaissent prescrire des examens inutiles et 74 % dirigent leurs patients vers un spécialiste plus fréquemment qu'ils ne le feraient s'ils se fiaient à leur propre jugement. Par ailleurs, 51 % ont préconisé un examen effractif comme une biopsie pour confirmer un diagnostic plus souvent qu'ils ne le jugeaient médicalement indispensable et ils sont 41 % à déclarer prescrire plus de médicaments, notamment des antibiotiques, qu'ils ne jugent véritablement nécessaire.
37. Voir HHS (2003a).
38. Voir, par exemple, Kessler, Danipel P. et Mark B. MC Clellan (1996). Ces auteurs estiment qu'une réforme du système de responsabilité civile pourrait réduire les coûts de la santé de 5 à 9 % dans un délai de 3 à 5 ans.
39. De fait, toutes les études qui tentent d'évaluer le coût d'une médecine défensive présentent des inconvénients. Elles ne prennent le plus souvent en compte que le surcoût lié à 2 ou 3 procédures médicales ou diagnostics. Aussi ne faudrait-il pas généraliser les résultats de ces études à l'ensemble du système de santé.
40. Source : Best Week, 19 juillet 2004, p. 3.
41. Voir AHMAC Report (2002), p. 61.
42. Maulik, Joshi, Anderson, John et al. (2000).

Chapitre 2

Facteurs sous-jacents

Les hausses spectaculaires de primes et la couverture limitée accessible aux prestataires de santé découlent de facteurs multiples et impliquent diverses parties prenantes.

1. Le risque d'erreur médicale est-il réellement en augmentation?

Les difficultés, plus ou moins graves, des systèmes pour faire face aux accidents médicaux appellent naturellement, en premier lieu, une évaluation de l'évolution des erreurs/de la négligence médicale ou des « accidents iatrogènes »¹, et amènent à se demander si la crise trouve véritablement son origine dans une augmentation de la fréquence des erreurs médicales ou des actes de négligence de la part des professionnels de santé. Aux États-Unis, diverses sources ont constaté, sur la base des statistiques, qu'une part plus que proportionnelle des montants de dommages-intérêts accordés en assurance responsabilité médicale est imputable à un petit nombre de prestataires (ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il y ait eu faute)².

Plus généralement, il semble que la multiplication des demandes d'indemnisation découle de deux grandes tendances contradictoires. D'une part, et c'est un élément positif pour les patients, le progrès médical et la technologie permettent un meilleur suivi du travail des médecins et une appréciation plus fine de la responsabilité. Mais, d'autre part, de nouvelles maladies apparaissent, comme les infections à prion, qui peuvent être contractées dans les hôpitaux³. Ces tendances ont entraîné à la fois une augmentation du nombre des demandes d'indemnisation et une réduction du champ de la couverture, le risque devenant de plus en plus difficile à apprécier pour les assureurs.

En outre, un certain nombre d'analyses⁴, notamment l'étude bien connue de l'US Institute of Medicine (IOM)⁵, en 1999, ou le Cull report, en Nouvelle-Zélande⁶, soulignent l'augmentation du nombre des erreurs médicales à l'hôpital et dans la pratique des médecins. L'IOM, en particulier, dans son rapport, estimait qu'entre 40 000 et 98 000 décès survenus à l'hôpital, chaque année, aux États-Unis, pouvaient être imputés à des erreurs médicales. D'après d'autres travaux de recherche⁷, ces problèmes peuvent s'expliquer par différents facteurs – erreurs de diagnostic, problèmes dans le traitement, problèmes de communication et de transmission, non-orientation ou orientation inadaptée vers des examens plus poussés, insuffisance des systèmes de sécurité, connaissances insuffisantes et erreurs d'appréciation.

Cependant, il ne semble pas y avoir de corrélation forte et directe entre les erreurs médicales et les demandes d'indemnisation. À cet égard, des études^{8, 9} conduites aux États-Unis tendent à montrer que la plupart des faits qui ont suscité des demandes d'indemnisation ne constituaient pas de négligence ou d'erreur.

Apprécier, de façon juste et neutre, la faute médicale n'est pas chose facile. La médecine est une science humaine et, par conséquent, faillible. Les polémiques, y compris entre experts médicaux, concernant ce qu'il faut entendre par « erreur médicale » soulignent assez cette difficulté. Cependant, le caractère potentiellement « imparfait » de la pratique médicale n'exclut toutefois pas que les victimes d'accidents évitables (et même, dans certains cas, non évitables) aient droit à être indemnisés. Sans aller plus loin dans la réflexion sur cette question complexe, il ne semble pas inutile de souligner ici que cette ambiguïté centrale, qui sous-tend souvent la relation médecin-patient, ne doit pas être sous-estimée dans l'évaluation des causes de la crise actuelle de la responsabilité médicale et quand on recherche des solutions à ce problème.

2. Escalade des dommages-intérêts : augmentation de la fréquence des demandes d'indemnisation et des montants accordés

Augmentation de la fréquence : Renforcement du droit des victimes et développement d'une « culture du litige »

Toutes choses égales par ailleurs, on constate dans la plupart des pays de l'OCDE une augmentation des attentes des consommateurs concernant les réparations financières en cas d'événement préjudiciable. Premièrement, comme cela a déjà été signalé, l'évolution de long terme va dans le sens d'un renforcement du droit des victimes à une indemnisation appropriée en cas d'accident ou de sinistre. Deuxièmement, grâce aux progrès de la communication, résultant notamment de l'activisme de groupes d'intérêt et, dans certains pays, de l'influence directe et des campagnes d'information des avocats et autres professions juridiques, ou des médias, les patients sont aujourd'hui davantage conscients de leur droit à indemnisation en cas d'accident et de la possibilité d'engager des poursuites pour s'assurer de nouveaux « droits ». Par ailleurs, du fait des progrès de la recherche et de la technologie médicale, les consommateurs attendent aussi davantage des systèmes de santé. L'augmentation du nombre des demandes d'indemnisation dans le secteur de la santé pourrait aussi découler de l'allongement de la longévité et du vieillissement de la population, qui implique qu'un plus fort pourcentage de la population fait appel au système de santé et nécessite des traitements et des soins à long terme.

En outre, certains estiment que la multiplication générale des demandes d'indemnisation (qui ne se limite pas au secteur de la responsabilité médicale)

s'explique par le développement d'une culture du litige¹⁰ qui fait qu'en cas d'accident ou d'événement préjudiciable on recherche systématiquement une personne ou une institution qui puisse être tenue pour responsable¹¹.

Le rôle du système de responsabilité civile

Des montants en forte augmentation

L'augmentation du nombre des demandes d'indemnisation s'inscrit souvent dans un contexte légal et jurisprudentiel favorable aux patients/consommateurs qui, souvent, est source d'incertitude juridique pour les prestataires de santé et leurs assureurs.

Comme cela a été souligné dans le chapitre 1, le passage de la notion de négligence grave à la notion de responsabilité prouvée, présumée ou même – quoique plus rarement – de responsabilité stricte, dans les systèmes de responsabilité civile des pays de l'OCDE (par exemple en France, en Allemagne, en Islande, en Turquie, au Royaume-Uni et aux États-Unis), visait initialement à mieux indemniser les victimes d'accident, leurs bénéficiaires ou leurs proches. Cependant, ces évolutions positives du point de vue des consommateurs impliquent souvent, à l'inverse, pour les prestataires de santé et leurs assureurs, une incertitude croissante concernant l'étendue de leur responsabilité et l'ampleur potentielle des sinistres qu'ils devront supporter, ce qui, à terme, affecte tous les consommateurs de soins et services de santé.

En outre, l'évolution de la notion de faute s'est accompagnée, dans la plupart des cas, d'une série de facteurs allant dans le sens d'une augmentation de la fréquence et de l'importance des demandes d'indemnisation. Il s'agit, notamment, de la possibilité d'intenter des actions collectives et de la mise en jeu d'une responsabilité conjointe et solidaire, du rôle de la profession d'avocat et de la détermination des honoraires en fonction des résultats et, surtout, de l'escalade des montants accordés en indemnisation, dans la plupart des pays, en particulier pour des dommages non économiques, et, aussi parfois, de l'application des dommages-intérêts exemplaires et punitifs.

La possibilité d'engager des actions collectives s'est développée non seulement aux États-Unis¹² et en Australie mais aussi en Europe, par suite de réformes de la réglementation (par exemple, aux Pays-Bas et en projet en France) ou d'une évolution de la jurisprudence. De même, on met de plus en plus souvent en jeu une responsabilité conjointe et solidaire pour déterminer les dommages qui seront accordés par les tribunaux dans les cas d'erreur médicale, y compris en Europe¹³. De fait, la responsabilité conjointe et solidaire signifie que les victimes peuvent demander une indemnisation intégrale auprès de l'une des parties qui peut elle-même se retourner contre les autres parties qui ont contribué au sinistre à proportion de leur participation.

Du point de vue des assurances, la responsabilité conjointe et solidaire est un autre facteur qui contribue à l'incertitude des demandes d'indemnisation car, finalement, l'assureur n'assure pas uniquement le risque du prestataire qu'il couvre mais aussi, potentiellement, le risque encouru par d'autres activités de prestations de soins.

En outre, essentiellement dans les régimes de « common law »¹⁴, le système des honoraires conditionnels – « vous ne gagnez pas, vous ne payez pas » – pratiqué par la plupart des avocats est un autre élément qui incite les victimes à porter plainte.

Enfin, l'un des facteurs qui pousse les montants d'indemnisation à la hausse est le montant des dommages-intérêts accordés de façon générale, en particulier pour préjudice non économique¹⁵, et incluant parfois un effet rétroactif¹⁶. Dans presque tous les pays de l'OCDE considérés dans cette analyse, les tribunaux accordent désormais des dommages-intérêts pour préjudice non économique, ce qui recouvre notamment un préjudice non matériel comme les souffrances et douleurs et une dégradation de la qualité de vie (on utilise aussi le terme de préjudice d'agrément)¹⁷. Dans certains cas, les jurés accordent aussi des dommages punitifs et exemplaires. Cela peut se produire, par exemple, au Canada, en Grèce, au Royaume-Uni, (en théorie mais cela ne s'est jamais réellement produit) et aux États-Unis, mais aussi en Islande ou en Nouvelle-Zélande – où ce type de dommages-intérêts n'est pas couvert par le régime d'indemnisation sans faute. Il y a toutefois lieu de souligner l'inflation des dommages-intérêts non économiques et punitifs aux États-Unis. Cela entraîne l'émergence d'un système d'indemnisation assez subjectif. De fait, ces dernières années, une bonne partie des montants accordés en dommages-intérêts (en particulier les plus gros montants) sont pour préjudice non économique. Ainsi qu'on le note dans le rapport de l'HHS¹⁸, ce type de dommages-intérêts représente une indemnisation monétaire évaluée sur la base de considérations qui, en réalité, ne sont pas monétaires. Les fondements de l'indemnisation sont donc souvent entièrement subjectifs et ne répondent à aucune norme. Par conséquent, à moins qu'un État n'édicte des limitations aux dommages non économiques, le système donne carte blanche aux jurés pour accorder des dommages considérables fondés sur la sympathie, le pouvoir de séduction du plaignant et son statut socio-économique.

Une conséquence directe de ces tendances est un gonflement général des montants accordés en indemnisation, qui rend relativement imprévisibles les réclamations et les pertes engendrées par un sinistre déterminé. À cet égard, on estime que le système de responsabilité civile qui existe aux États-Unis est un système particulièrement coûteux d'indemnisation des victimes d'accidents. D'après l'Insurance Information Institute, le montant de dommages-intérêts en responsabilité médicale accordés en 2004 a atteint \$28 milliards, ce qui représente une moyenne de \$91 par an, par citoyen. Ce chiffre global résulte, en

fait, d'une augmentation régulière des montants médians et moyens. Entre 2001 et 2003, d'après les données communiquées à la National Practitioner Data Bank, le montant médian d'indemnisation en cas de mise en cause de la responsabilité d'un médecin (ne sont pas prises en compte ici les indemnisations mettant en jeu la responsabilité d'un hôpital) a augmenté de 17.7 %, et l'on a atteint un maximum de US\$14 millions en 2003¹⁹. Une évolution également préoccupante est l'augmentation des indemnisations pour des montants considérables ainsi que les règlements supérieurs à \$1 million²⁰. De même, en Italie, les enquêtes conduites par l'Association italienne des assureurs, entre 1994 et 2002, ont montré que le nombre des demandes d'indemnisation mettant en cause des prestataires de santé a plus que doublé, tandis que le montant moyen des dommages accordés augmentait de 20 %. Pour les établissements de santé, le coût moyen a augmenté de 70 %. Les dommages totaux ont aussi beaucoup augmenté dans les autres pays européens. Par exemple, les dommages totaux accordés par les tribunaux et payés par les assureurs, pour erreur médicale, se sont élevés à €29 millions en Autriche et €350 millions, en France, en 2003; €250 millions en Allemagne, en 2002, et £500 millions (environ €730 millions) au Royaume-Uni; et jusqu'à €2.4 milliards en Italie.

Interrogations concernant l'efficacité du système de responsabilité civile

Outre que ces évolutions impliquent un alourdissement des pertes et des pertes hautement imprévisibles pour les assureurs et pour les prestataires, d'aucuns s'interrogent sur la capacité du système actuel de responsabilité civile à remplir correctement ses deux fonctions de base : l'indemnisation et la prévention^{21, 22}.

Premièrement, on estime qu'une fraction relativement limitée des dommages accordés (en particulier en cas de dommages non économiques) profite effectivement aux victimes. Selon certaines analyses²³, aux États-Unis les frais juridiques et administratifs du système de responsabilité civile (honoraires des avocats, frais de procédure et paiements aux experts) absorbent plus de 70 % des montants accordés en indemnisations. Dans son rapport de 2003, l'HHS estime par ailleurs que 28 % seulement de ce que les prestataires de santé versent aux assurances pour se couvrir bénéficient effectivement aux patients victimes d'accidents.

À cet égard, la montée des coûts liés au système de responsabilité civile, aux États-Unis, semble avoir contribué à renchérir le coût de la couverture d'assurance par les hausses de primes supportées par les prestataires de santé et par la pratique d'une médecine défensive qui entraîne la multiplication d'actes inutiles. Une estimation prudente conclut qu'une réforme du système de responsabilité civile aux États-Unis pourrait réduire le nombre d'Américains non assurés de 1.6 million d'individus²⁴.

Deuxièmement, seule une très faible proportion de personnes victimes d'événements préjudiciables évitables demandent effectivement à être indemnisées. Par exemple, des études²⁵ réalisées en Irlande et au Danemark tendent à montrer que 10 % seulement des personnes victimes d'accidents médicaux cherchent effectivement à être indemnisées. De même, une étude²⁶ réalisée en 2000 dans l'Utah et le Colorado montre que 2.5 % seulement des patients victimes d'une négligence demandent à être indemnisés. À l'inverse, la même étude constate que 22 % seulement des demandes d'indemnisation sont consécutives à un accident par négligence. Une étude de plus vaste ampleur réalisée aux États-Unis²⁷ montre que 1.53 % seulement des patients victimes d'un accident par erreur médicale demandent à être indemnisés.

Par ailleurs, aux États-Unis notamment, les dommages-intérêts accordés en responsabilité médicale tendent à être inéquitables²⁸. De nombreux plaignants dont la demande était fondée ne reçoivent rien tandis que d'autres sont indemnisés pour des montants sans proportion avec la gravité de l'accident. Des plaignants victimes du même type d'accident se voient accorder des indemnités tout à fait différentes, y compris dans la même juridiction.

En outre, le fonctionnement et l'évolution du système de responsabilité civile n'impliquent pas seulement une dérive de l'ampleur des indemnisations et de l'incertitude de la responsabilité mais aussi un allongement des procédures d'indemnisation en responsabilité médicale, qui sont déjà des procédures à liquidation lente.

En ce qui concerne la réduction des risques et la prévention, rien n'indique clairement²⁹ que la crainte de poursuites suffise à inciter à mieux apprécier le risque et à améliorer la pratique médicale, qu'il s'agisse des médecins ou des établissements.

En outre, le système se focalise sur l'erreur individuelle commise par un prestataire, mais les erreurs médicales sont souvent la conséquence d'un dysfonctionnement du système de soins dans sa globalité. Qui plus est, le système de responsabilité civile pourrait même entraver les initiatives qui pourraient être favorables à la sécurité des patients. Un contexte de responsabilité délicat peut empêcher les médecins de prendre certaines initiatives, par exemple les décourager de signaler des événements indésirables qui pourraient être analysés pour éviter des erreurs médicales ultérieures.

Si l'augmentation de la fréquence des indemnisation et des montants d'indemnisations, dans de nombreux pays, explique en partie les difficultés auxquelles se trouvent confrontés les systèmes d'indemnisation en responsabilité médicale, d'autres facteurs aussi sont à l'œuvre, liés à l'offre de couverture.

Facteurs d'offre

Impact des cycles, des tendances et de la structure des marchés de l'assurance en responsabilité médicale sur l'offre

Il est intéressant de noter que des périodes ainsi tendues – caractérisées par des hausses de primes et le désengagement de grands acteurs – sur le marché de l'assurance en responsabilité médicale se sont déjà produites, en particulier aux États-Unis, vers le milieu des années 70 (crise du coût de la couverture et de l'offre) et vers le milieu des années 80 (crise du coût de la couverture). En outre, les cycles de l'assurance en responsabilité médicale semblent plus volatils que les cycles du marché général de l'assurance accidents et biens. L'une des explications possibles réside dans le caractère à long terme du marché de l'assurance en responsabilité médicale et de la liquidation des sinistres. On peut aussi invoquer la dégradation du contexte procédurier et le nombre plus limité d'intervenants en couverture de la responsabilité médicale du fait du caractère spécialisé de l'activité.

Néanmoins, la crise actuelle de l'offre que l'on observe dans plusieurs pays de l'OCDE ne peut s'expliquer totalement par les cycles du marché. La plupart des pays de l'OCDE estiment que la situation actuelle va au-delà de la simple récurrence d'une situation de marché tendue. En outre, le marché de la couverture de la responsabilité médicale a évolué depuis (et en raison de) la dernière période de marché tendue, particulièrement aux États-Unis. De nouveaux acteurs sont apparus – qui sont essentiellement des institutions spécialisées à but non lucratif – et divers mécanismes ont été mis en place pour augmenter l'offre et la rendre accessible (voir aussi, dans le chapitre 3, les arrangements associant secteur public et secteur privé).

À cet égard, il est à souligner que, dans certains pays de l'OCDE³⁰, la concurrence sur le marché de l'assurance de responsabilité médicale a créé une situation assez déséquilibrée, avec la constitution de facto d'un marché bipolaire. Les assureurs multirisques non-vie, à but lucratif et non lucratif, n'acceptent de couvrir que ce qu'il est convenu d'appeler les « bons risques » dans cette branche, autrement dit les spécialités les moins touchées par la hausse des indemnités, tandis que les « mauvais risques » (par exemple, chirurgiens, obstétriciens/gynécologues ou établissements) n'ont souvent pas d'autre solution que de rechercher une couverture auprès d'associations spécialisées à but non lucratif. Cela signifie que ce dernier type de structure supporte d'une part les risques les plus imprévisibles et potentiellement les plus graves et est d'autre part dans l'impossibilité de diversifier son portefeuille dans des branches moins risquées. C'est pourquoi les institutions spécialisées qui apportent leur garantie sur une base assurancielle (et non pas discrétionnaire) doivent souvent pratiquer des taux de primes plus élevés – et parfois excessivement coûteux pour les praticiens – que leurs homologues non spécialisés sur le marché de l'assurance.

Dans cette perspective, pour parvenir à abaisser les taux de primes, il faudrait à la fois accroître la capacité du marché et élargir les possibilités de diversifier les risques couverts dans cette branche.

Impact d'un contexte général, économique et du marché de l'assurance, défavorable

Les taux de réassurance en responsabilité médicale ont tendance à beaucoup augmenter depuis les événements du 11 septembre et la série de catastrophes naturelles de ces dernières années. Les risques et le nombre des réclamations en assurance de responsabilité médicale devenant plus difficiles à prédire, les réassureurs tentent de réorienter leurs activités vers des secteurs d'assurance moins exposés.

De plus, l'alourdissement des pertes dans le secteur de la responsabilité médicale a conduit, de façon mécanique mais aussi plus indirectement, à des hausses de primes sur ce marché. Comme cela a été signalé dans le chapitre 1, les ratios de pertes élevés peuvent aussi avoir contribué à un désengagement massif des grands acteurs de ce marché qui, dans un second temps, s'est traduit par une moindre concurrence et de nouvelles hausses de primes.

3. L'assurabilité de ces risques est-elle menacée?

Cette série d'enjeux amène à s'interroger sur l'assurabilité, par le seul marché, d'au moins certains risques médicaux. De fait, pour plusieurs raisons – dont certaines ont déjà été mentionnées – il est de plus en plus difficile de prédire avec exactitude les pertes qui peuvent découler des demandes d'indemnisation en responsabilité médicale et de fixer les taux de primes à des niveaux abordables.

Un premier facteur en cause est le caractère de long terme des risques liés aux accidents médicaux. Il faut en moyenne plus de 5 ans pour clore la plupart des demandes d'indemnisation pour erreur médicale, car cela recouvre plusieurs étapes – découverte de l'erreur médicale, constitution d'une demande d'indemnisation, détermination (à l'amiable ou par recours à une action en justice) des responsabilités financières, le cas échéant, et règlement du sinistre. Des enquêtes réalisées en Europe montrent que les demandes d'indemnisation interviennent longtemps après que l'accident s'est produit, ce qui fait qu'il est difficile pour les assureurs de calculer le nombre de sinistres dont ils seront finalement saisis au cours d'une année. En outre, nous avons vu que les motifs de réclamation ne sont pas toujours liés à un événement préjudiciable mais peuvent aussi être liés à d'autres facteurs, plus irrationnels et moins prévisibles (influence de la profession d'avocat et plus grande propension à engager des poursuites, par exemple).

Deuxièmement, le fonctionnement du système de responsabilité civile (avec l'augmentation des dommages non économiques à la discrétion du jury/juge ou l'impact de la responsabilité conjointe et solidaire), et aussi la variabilité des coûts médicaux impliquent que les pertes potentielles sont extrêmement variables, y compris pour un même type d'accident.

Cette double incertitude par rapport à la survenance du risque et à l'ampleur de l'indemnisation explique en partie la difficulté qu'il y a à couvrir le risque. Cette relative imprévisibilité des pertes est encore accrue par l'émergence de nouveaux risques et de nouvelles maladies dans le secteur médical qui peuvent entraîner des préjudices et des indemnisations de très grande ampleur (infections à prion et infections nosocomiales contractées à l'hôpital, par exemple), sans qu'il y ait eu pour autant nécessairement négligence.

Enfin – et ce n'est pas le moindre des problèmes – même si les assureurs parviennent habituellement à tarifier le risque, les taux de primes peuvent atteindre (et, dans certains cas, ont déjà atteint) des niveaux excessifs³¹ pour les prestataires de soins (en particulier dans les spécialités à haut risque³²). De fait, les polices d'assurance en responsabilité médicale ne peuvent guère être tarifées sur la base des sinistres passés³³, dans le contexte actuel, en particulier en raison de la faible corrélation entre une négligence et le montant final des dommages et, surtout, d'un point de vue actuariel, en raison de l'insuffisance des données historiques concernant les poursuites engagées à l'encontre des prestataires à titre individuel. Les taux de primes sont plus généralement liés au risque potentiel qu'une réclamation soit présentée, qui entraînera une indemnisation très importante, plutôt qu'au risque qu'un prestataire ou un établissement commette une négligence.

Dans ce contexte, même si les craintes quant à l'assurabilité de la responsabilité médicale peuvent prêter à controverse, on ne peut nier qu'aujourd'hui c'est un secteur d'activité hautement risqué pour les assurances. Et cela explique que les assureurs, en particulier les assureurs multirisques, soient de plus en plus réticents à couvrir le risque médical, dans la plupart des pays de l'OCDE. Ces difficultés de l'offre créent aussi des tensions dans le secteur médical et nuisent à la confiance dans la relation patient-médecin.

Notes

1. Une complication ou un accident iatrogène est une réaction défavorable à un traitement médical induite par l'effort thérapeutique lui-même ou, tout simplement, un accident causé par une procédure médicale.
2. Source : Public Citizen « Stopping Repeat Offenders: the key to Cutting Medical Malpractice Costs » 23 septembre 2002, et Association of Trial of America, « Where's the Discipline for Doctors », 4 février 2002.

3. Voir dans la série « Focus report » de Swiss Re : « Infection par les prions? Nécessité d'une gestion globale des risques en milieu hospitalier », 2003.
4. Voir Sanders et Esmail (2003) et Bhasale et al. (1998).
5. Voir IOM Report (1999).
6. Cull H. (2001).
7. Voir, par exemple, Shaw Dr. Charles et James Coles (2001).
8. Voir, par exemple, Localio A.R. A.G. Lawthers et al. (1991).
9. Voir aussi Jeffrey O'Connell et Christopher Pohl (1998) et Vidmar N. (1995).
10. Pour des précisions sur l'Australie, voir The Hon, Robert Carr, « Strong Community Response to Public Liability Reforms », Communiqué de presse, 4 septembre 2002.
11. Pour plus de précisions sur ces tendances sociales et culturelles, voir notamment OCDE (2003), Michael G. Faure et Professeur Tom Hartlief, chapitre 2, partie D.
12. Une réforme introduite en février 2005 limite toutefois la possibilité d'intenter des actions collectives au niveau des États.
13. Par exemple, en Belgique, en France et au Royaume-Uni, au cas par cas, ainsi qu'en République tchèque, en Allemagne, en Espagne, en Turquie et dans la plupart des systèmes d'indemnisation sans faute dans les pays d'Europe du Nord.
14. En l'occurrence en Australie, avant la réforme de la responsabilité, au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis.
15. Les dommages économiques en tant que tels couvrent habituellement les pertes économiques à savoir, notamment, pertes de salaire, frais de santé et coût des services de remplacement lorsque la personne victime d'un accident ne peut plus accomplir certaines tâches elle-même (garder ses enfants, par exemple). Ce type de préjudices est donc plus aisé à évaluer et à quantifier.
16. Par exemple, au Royaume-Uni, en mars 2000, la cour d'appel a introduit des changements dans la façon dont les dommages pour peines et souffrances sont accordés (en abaissant le taux d'actualisation appliqué pour calculer les montants accordés). En outre, le 1^{er} avril 2005, une modification a été introduite qui permet aux tribunaux d'imposer une indemnisation sous forme de versements périodiques. Si la mesure est potentiellement favorable aux plaignants, elle peut présenter deux difficultés majeures pour les organismes chargés d'indemniser : d'une part, l'offre est en fait limitée en ce qui concerne la couverture du versement de rentes à long terme en cas de vie diminuée et, d'autre part, l'assureur risque de se trouver confronté à une responsabilité sans fin et d'être dans l'impossibilité de clore un dossier.
17. Voir aussi à l'annexe le tableau A.2.
18. HHS report (2002), pp. 8-9.
19. National Practitioner Data Bank report, 2004.
20. Témoignant devant le Committee on Small Business de la Chambre des représentants des États-Unis, en février 2005, le président de l'Association des assureurs de médecins (Physician Insurers Association of America) a indiqué que les indemnisations d'un montant total de \$1 million ou plus ont représenté 8.1 % de l'ensemble des indemnisations versées en 2003, alors qu'elles ne représentaient pas la moitié de ce pourcentage cinq ans plus tôt.
21. Pour une analyse plus approfondie en Europe voir, par exemple, le rapport HOPE (2004).

22. Pour une analyse du cas des États-Unis, voir Mello Michelle M. (2003).
23. Voir GAO Report (2003), p. 23.
24. United States Congress, Joint Economic Committee, (2003).
25. Pour une analyse plus approfondie en Europe voir, par exemple, le rapport HOPE (2004).
26. Voir Thomas E.J., Studdert D.M., Burstin H.R. *et al.* (2000).
27. Localio, A.R., Lawthers, A.G. *et al.* (1991).
28. Voir, par exemple, Studdert D.M., Y.T. Yang et M.M. Mello (2004).
29. Voir Mello, M.M. (2003).
30. Dans la plupart des pays de l'OCDE où il n'y a pas de consortium ou de pool d'assurance en situation de monopole ou d'entité indépendante qui fixe les tarifs (à l'exception, par exemple, du Canada et de la Finlande où, en règle générale, il existe une forme de monopole).
31. Même si ces niveaux de prime se justifient et sont réalistes d'un point de vue actuariel et du point de vue de l'assureur.
32. En particulier, la couverture des disciplines médicales à haut risque telles la chirurgie, obstétrique/gynécologie ou l'orthopédie. Les praticiens et les établissements concernés doivent de plus en plus se tourner vers des associations spécialisées à but non lucratif qui leur apportent une garantie comparativement plus coûteuse.
33. Sauf pour certains grands établissements. Néanmoins, la garantie est généralement apportée au niveau des médecins.

Chapitre 3

Pas de solution unique

Les options envisageables pour faire face à la crise devraient probablement impliquer les diverses parties prenantes, privées et publiques, du secteur de la responsabilité médicale – pouvoirs publics, assureurs mais aussi médecins, établissements de soins et patients.

Les pays où le régime d'indemnisation des accidents médicaux rencontre des difficultés ont examiné et/ou mis en œuvre différents types d'instruments, à caractère plus ou moins complémentaire, faisant intervenir le secteur privé et/ou le secteur public, pour tenter de résoudre les questions diverses et complexes, en jeu dans cette crise¹. En règle générale, les réformes visent à réduire le risque/les réclamations en matière de services médicaux et à renforcer la fiabilité du système de responsabilité civile, tout en augmentant la capacité de l'offre afin d'améliorer l'assurabilité globale du risque. D'autres alternatives, ou des mesures complémentaires, ont parfois été jugées nécessaires, qui ont impliqué une plus large intervention des pouvoirs publics et/ou une réappréciation des responsabilités respectives des acteurs publics et privés.

Au regard de l'expérience des pays de l'OCDE, il n'y a pas de solution unique qui apparaisse comme idéale ou comme la panacée. En outre, toute analyse et toute tentative de réforme d'un système de couverture des accidents médicaux doivent tenir compte du contexte plus large du système de santé et du système social, ainsi que du comportement et des attentes des individus. Dans ce contexte, une expérience qui a réussi quelque part doit être appliquée avec prudence ailleurs et nécessite de rester attentif aux spécificités de chaque système. Une approche réaliste consisterait ainsi à proposer une série d'options complémentaires possibles, en tenant compte du fait que chaque combinaison de solutions comporte des avantages et des inconvénients par rapport aux grands objectifs/critères d'un système d'indemnisation des accidents médicaux.

1. Améliorer l'assurabilité du risque

Réduire les risques

Dans la plupart des pays, des initiatives, publiques et privées, ont été engagées pour réduire les risques dans le secteur médical (en particulier en ce qui concerne l'activité des hôpitaux, la pratique des médecins et les spécialités à haut risque), afin de prévenir la survenance d'événements préjudiciables. Dans cette perspective, les programmes de gestion des risques visent généralement à mieux identifier les risques, à en mesurer convenablement l'impact et à rechercher des solutions pour mieux y faire face

et mieux faire face aux demandes d'indemnisation qu'ils engendrent. Même si ce n'est pas le point central de la réflexion menée ici, il est intéressant d'évoquer quelques initiatives qui ont contribué à réduire les risques médicaux et à améliorer leur assurabilité.

De nombreux pays de l'OCDE se sont dotés d'organismes de suivi/supervision² qui sont chargés d'évaluer les risques médicaux de façon générale et d'encourager un signalement plus systématique des erreurs médicales. Par exemple, en France, le projet « Résirisq », lancé sous l'égide de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES), vise à améliorer l'évaluation et la gestion des risques médicaux afin de modérer les hausses de primes d'assurance. Au Royaume-Uni, pour faire face à l'inflation des coûts d'indemnisation (en particulier en obstétrique), le Chief Medical Officer (CMO) a conduit un groupe de travail qui a élaboré des recommandations pour réformer les procédures cliniques et éviter ainsi les négligences. Un premier examen des négligences cliniques a été diffusé le 1^{er} juillet 2003. À la fin 2005, le Département de la santé a soumis un projet de loi au Parlement qui ouvre la voie à l'instauration d'un système de réparation du NHS qui devrait offrir une alternative aux patients par rapport à une procédure judiciaire pour des indemnisations d'un faible montant.

Aux États-Unis, la publication, en 1999, du rapport de l'Institute of Medicine – *to Err is Human: Building a Safer Health System* – a attiré l'attention sur les problèmes de sécurité des patients. Des initiatives³ ont aussi été lancées, dans certains États⁴ et par certains hôpitaux et/ou compagnies d'assurance responsabilité privées, notamment pour renforcer les mécanismes de signalement dans le système de santé et améliorer l'évaluation des erreurs et la sécurité des patients de façon générale. Le rapport précité souligne aussi la nécessité de se focaliser non pas sur les individus mais sur les systèmes au sein desquels les prestataires travaillent. Dans cette perspective, la vision étroite du système de responsabilité civile, qui se focalise sur les responsabilités individuelles, est mise en doute comme moyen de conforter la sécurité des patients.

En juillet 2005, le Congrès des États-Unis a adopté une loi sur la sécurité des patients – le « Patient Safety and Quality Improvement Act ». Le secrétaire du HHS est désormais autorisé à constituer un réseau de bases de données sur la sécurité pour signaler et analyser les erreurs médicales. Déclarer les erreurs est un acte volontaire de la part des hôpitaux. L'information reste confidentielle et ne peut être utilisée dans les affaires de mise en jeu de la responsabilité médicale. Les prestataires de santé peuvent donc signaler des erreurs au réseau sans craindre que ces informations puissent être utilisées dans un procès. La loi essaie donc de s'affranchir de la culture du blâme et s'efforce de permettre aux parties prenantes de se focaliser sur l'amélioration des soins apportés aux patients en tirant les enseignements des erreurs médicales.

Dans les systèmes d'indemnisation sans faute, les mécanismes et instances de prévention sont, le plus souvent, dissociés de la fonction d'indemnisation. Par conséquent, ce sont des organismes ou des programmes spécifiques qui sont chargés de la prévention⁵, ainsi que de l'analyse des erreurs médicales et, à terme, de la mise au point d'instruments de gestion des risques. Par exemple, en Nouvelle-Zélande, le programme en faveur de la sécurité des patients qui a été lancé le 1^{er} avril 2005 permettra d'exploiter plus systématiquement les données des réclamations pour identifier les risques et développer des interventions (en collaboration avec les praticiens) pour réduire les risques. Ce programme s'inscrit en parallèle avec d'autres programmes, conçus sur une base sectorielle, en faveur de la sécurité et de la qualité. Ces programmes seront gérés par les praticiens, les prestataires de santé, les instances de réglementation et le ministère de la Santé.

En dehors de ces initiatives, en ce qui concerne les établissements de soins, la publication de Swiss Re dans la série « Focus report », consacrée aux infections par les prions⁶, souligne l'importance d'une gestion efficace et renforcée des risques au sein des hôpitaux pour faire face aux défis posés par de nouveaux types de maladies et, ainsi, améliorer l'assurabilité des établissements de soins à long terme.

En ce qui concerne l'assurance des médecins à titre individuel, beaucoup soulignent la nécessité de réaliser un suivi plus étroit, d'encourager le développement de lignes directrices et d'aider les médecins à investir dans de nouvelles technologies – dossiers santé électroniques, prescriptions électroniques, logiciels de sécurité, etc.

Dans de nombreux pays, des programmes impliquant l'élaboration de recommandations de bonnes pratiques ont en effet été mis en place pour réduire les risques dans certaines spécialités (en particulier, obstétrique-gynécologie, médecine d'urgence, anesthésie, radiologie et autres domaines à haut risque). En théorie, ces recommandations devraient améliorer les résultats des traitements et réduire les accidents sans qu'il y ait lieu de légiférer. Dans cette perspective, en France, l'Association ARRES (Anesthésie Réanimation Risques et Solutions) a contribué à améliorer l'assurabilité de cette spécialité qui avait subi des hausses de primes très importantes. Aux États-Unis, dans les années 80, l'American Society of Anaesthesiologists a lancé le même type de programme, pour hausser les exigences de sécurité, et son action a eu des effets très positifs, contribuant à modérer l'augmentation des primes en responsabilité médicale pour les anesthésistes.

Enfin, compte tenu que l'un des facteurs de l'augmentation de la fréquence des réclamations réside aussi dans les trop grandes attentes des patients qui, de façon paradoxale, manifestent en retour une défiance générale à l'égard du système de santé, il faudrait aussi s'attacher à améliorer la relation de confiance

entre les patients, d'une part, et les médecins et prestataires de santé, d'autre part. Cela suppose d'élever le niveau et la qualité des informations médicales communiquées aux patients, ce qui implique de mieux les informer sur les traitements et leurs conséquences possibles, et de formaliser le consentement éclairé des patients. Même si ces démarches ne se sont pas révélées suffisantes pour résoudre la crise de la responsabilité médicale aux États-Unis, elles sont un objectif souhaitable au moins pour améliorer le niveau d'information et de conscience des patients sur leur propre état de santé.

Améliorer la prévisibilité des indemnisations

Réforme du système de responsabilité civile : mettre fin à l'incertitude juridique

Comme cela a été souligné au chapitre 2, le fonctionnement actuel des systèmes de responsabilité civile, dans certains pays de l'OCDE, peut aggraver les difficultés du marché de l'assurance en responsabilité médicale sans nécessairement garantir une juste indemnisation aux victimes d'accidents. Dans ce contexte, certains pays (la plupart des États/Territoires en Australie⁷, en 2002, et certains États des États-Unis⁸, par exemple) ont engagé de vastes réformes ou ont des projets dans ce sens (par exemple, Autriche, États-Unis au niveau fédéral et Suisse) qui visent à garantir la prompte indemnisation des victimes tout en améliorant la prévisibilité des indemnisations en responsabilité médicale.

Dans cette perspective, trois grands types de réformes ont été engagés ou sont envisagés.

Un premier type de réformes vise à limiter le recours excessif aux tribunaux et/ou à accélérer les règlements. Cela peut passer, par exemple, par l'instauration de délais de prescription et de méthodes de règlement des sinistres (comme cela a été fait dans certaines juridictions en Australie). Cela peut aussi consister à encourager le recours à des panels d'examen avant procès ou à des mécanismes d'arbitrage préalable ou de médiation (ombudsman, par exemple).

Aux États-Unis, des panels d'examen avant procès⁹ ont été mis en place dans de nombreux États, quoique avec des résultats peu probants. Un panel d'examen avant procès est un groupe constitué, en règle générale, d'un avocat, d'un médecin et d'un simple particulier, qui s'informe sur les éléments d'un dossier avant que l'affaire ne soit portée devant un tribunal, et qui rend un avis qui n'a pas force exécutoire. En théorie, le recours à ce type de panel devrait aider à éviter les procédures abusives qui encombrant le système. Il a aussi été mis en place des programmes d'arbitrage qui visent à aboutir à une solution sans aller jusqu'au procès. L'arbitrage repose sur un panel comparable au panel d'examen avant procès. La participation à ces programmes est volontaire mais leurs décisions ont force exécutoire. D'après l'étude du GAO publiée en 1990¹⁰, l'arbitrage présente l'avantage d'aboutir généralement plus rapidement à une

solution et d'être moins coûteux pour les deux parties. L'arbitrage aboutit, en règle générale, à des montants de dommages-intérêts plus faibles. Il convient de noter que la même étude révèle aussi un faible taux de participation à certains des programmes d'arbitrage existants, ce qui fait qu'il est difficile d'en apprécier l'effet sur le taux des recours en responsabilité médicale. Par exemple, le manque d'intérêt des consommateurs à l'égard du dispositif d'arbitrage qui avait été mis en place au Michigan a conduit à ce qu'on y mette un terme¹¹. L'expérience du programme d'arbitrage qui a été mis en place dans le cadre du système de soins coordonnés, en Californie, en 1978, le processus d'arbitrage Kaiser Permanente¹², semble fonctionner de façon efficiente. Cela tient essentiellement au fait que le recours au dispositif est obligatoire et que ses décisions ont force exécutoire. En Europe, l'expérience du médiateur, aux Pays-Bas, constitue également une expérience intéressante. Ce mécanisme permet des règlements plus rapides et évite la publicité qui entoure généralement les procès et qui peut jeter le discrédit sur le système de santé. Dans les systèmes scandinaves, il existe aussi une procédure administrative de règlement des sinistres. La procédure administrative est beaucoup moins coûteuse qu'une procédure judiciaire et la plupart des demandes d'indemnisation sont réglées dans un délai d'un an.

Ce premier type de réformes du système de responsabilité civile peut aussi impliquer de réduire le recours aux honoraires conditionnels pour les avocats, d'introduire des mesures visant à limiter la présentation de réclamations abusives ou infondées par les avocats (jugement sommaire, attribution des dépens ou mise en cause de la responsabilité de l'avocat, dans les cas les plus extrêmes), de limiter la publicité que les avocats peuvent faire quant aux réparations que les demandeurs peuvent espérer obtenir (c'est une réforme qui a été introduite, par exemple, en Australie, en Nouvelle-Galles-du-Sud et dans l'Australian Capital Territory) et d'exiger des avocats qu'ils informent mieux les consommateurs sur la structure des frais de procédure. Aux États-Unis, les États ont pris des mesures pour limiter les honoraires des avocats liés aux résultats obtenus. Par exemple, l'application d'un barème dégressif qui évite que les honoraires n'augmentent en même temps que les montants d'indemnisation accordés; la détermination préalable du pourcentage des dommages qui sera dévolu à l'avocat ou la définition par les tribunaux du « montant raisonnable » des honoraires des avocats. Cependant, des études empiriques¹³ semblent indiquer que les mesures de limitation des honoraires liés aux résultats n'ont guère eu d'effet sur la maîtrise des coûts et ont peut-être même contribué à allonger les délais de règlement.

Un deuxième type de réformes consiste à modifier les règles de la responsabilité. Il s'agit généralement d'harmoniser la définition de la faute/négligence (par exemple, critère du Bolam test révisé¹⁴), mais aussi de mieux réglementer le nombre des réclamations et les montants d'indemnisation en

limitant, par exemple, la mise en jeu de la responsabilité conjointe et solidaire. Le fait de limiter les possibilités de mise en jeu d'une responsabilité conjointe et solidaire devrait permettre de limiter les taux de primes que doivent supporter les médecins, en restreignant la possibilité du demandeur de faire porter la responsabilité sur la partie défenderesse qui a les plus gros moyens (« la poche la plus profonde »), alors qu'elle peut, dans certains cas, n'avoir qu'un lien assez ténu avec l'accident.

Un dernier type de réformes vise très directement les montants d'indemnisation : les dommages qui peuvent être accordés, en particulier les dommages non économiques, sont alors plafonnés. En Italie, on envisage d'introduire un barème selon le degré de l'invalidité (comme cela existe en assurance automobile) afin qu'il y ait une meilleure harmonisation des dommages économiques accordés par les tribunaux sur tout le territoire national. En Suède, le système de détermination des indemnisations en assurance automobile est aussi utilisé en assurance responsabilité médicale, par les assurances et par les tribunaux pour le petit nombre de cas qui va devant les tribunaux.

Aux États-Unis, dans de plus en plus d'États¹⁵, des limites aux dommages-intérêt et en particulier aux dommages-intérêts non économiques qui peuvent être accordés, ont été introduites. Les résultats de ces restrictions sont plutôt convaincants¹⁶ : Les États qui ont pris des mesures pour limiter les dommages non économiques (\$500 000 au maximum) ont enregistré des hausses des primes d'assurance moins fortes que les États qui n'ont pas engagé ce type de réforme¹⁷. En outre, il semble que les disparités entre États, aux États-Unis, dans l'application du système de responsabilité civile ont un impact sur la répartition géographique des effectifs de médecins. Une étude AHRQ¹⁸ réalisée en 2003 a montré que les États qui plafonnent les dommages non économiques comptaient un plus grand nombre de médecins par habitant – dans une proportion de 12 % en plus environ – que les États qui ne les plafonnent pas. Toujours aux États-Unis, la Chambre des Représentants envisage d'adopter une loi qui plafonnerait les dommages non économiques à \$250 000 et qui restreindrait le recours aux dommages à caractère punitif à des cas exceptionnels.

Au Canada, des plafonds ont aussi été introduits, en 1978, par une trilogie de décisions de la Cour suprême, sur les montants de dommages non économiques qui peuvent être accordés (environ \$300 000 ajustés de l'inflation). Cette mesure semble avoir eu un effet modérateur sur la progression du coût de la protection et de l'indemnisation en responsabilité médicale.

D'autres mesures de réforme du système de responsabilité civile sont également envisagées, aux États-Unis. Il s'agirait principalement d'opérer une compensation entre les sources collatérales accessibles aux demandeurs, d'autoriser l'indemnisation sous forme de rente et de revoir le régime des témoins experts.

L'expérience du système californien, dans les années 70, est particulièrement éclairante pour observer l'impact que peuvent avoir les différentes mesures de réforme du système de responsabilité civile¹⁹. Au début des années 70, la Californie a été confrontée à une crise de l'accessibilité à l'assurance en responsabilité médicale. Face à cette situation, une vaste réforme a été engagée qui visait à rendre le système de la responsabilité médicale plus prévisible et plus rationnel. La Loi de 1975 sur la réforme de l'indemnisation des accidents médicaux (Medical Injury Compensation Reform Act) a ainsi introduit différentes mesures : plafonnement (à \$250 000) des dommages non économiques, tandis que les dommages économiques restaient illimités; limitation à trois ans des délais pour introduire une action en justice; règlement des dommages sous forme de versements périodiques. Avec, maintenant, un recul de 30 ans, on peut dire que l'expérience est réussie. Les médecins ne quittent pas la Californie et les primes d'assurance ont augmenté beaucoup plus lentement dans cet État que dans le reste du pays²⁰.

Une réforme en profondeur du système de responsabilité civile est certainement souhaitable dans certains pays de l'OCDE, notamment pour améliorer la prévisibilité des indemnisations. Cependant, ces réformes ne parviendront effectivement, à terme, à limiter les hausses de primes et à réduire les coûts de la responsabilité médicale qu'après un certain temps d'application et à condition, en particulier, que le plafonnement des dommages ne soit pas invalidé par les tribunaux²¹.

Développer des instruments d'assurance pour limiter l'exposition au risque et en améliorer l'évaluation

Divers mécanismes sont mis au point par certains pays de l'OCDE pour limiter ou mieux définir l'exposition des assureurs aux risques. Il s'agit principalement de l'introduction de la réclamation comme fait déclencheur, du plafonnement des polices d'assurance et de la limitation du champ de la garantie.

En matière de responsabilité civile médicale, de plus en plus, les polices en base réclamation (claims-made)²² remplacent les polices en base survenance (occurrence-based). Ce type de police a d'abord été introduit aux États-Unis, après la première crise de l'offre du milieu des années 70. La principale différence entre les deux types de police réside en ceci que la police en base réclamation couvre les sinistres déclarés pendant la période de validité du contrat tandis que les polices en base survenance couvrent les sinistres découlant d'événements survenus pendant la période de validité du contrat mais présentés après.

Si les polices en base réclamation atténuent, dans une certaine mesure, le caractère de risque à développement long du risque médical pour les assureurs²³, elles peuvent aussi présenter des difficultés pour les médecins qui doivent ou

souhaitent changer d'assureur ou tout simplement prendre leur retraite. De fait, le médecin, et non plus l'assureur, continue de porter le risque de réclamation pour des sinistres qui n'ont pas été déclarés à l'assureur pendant la période de validité du contrat. Pour corriger cet inconvénient, la plupart des assureurs, dans les pays de l'OCDE, proposent aussi des contrats séparés qui fournissent une couverture pour des sinistres résultant d'incidents qui ont eu lieu mais qui n'ont pas été déclarés avant que le praticien ne change de compagnie d'assurance. Dans certains pays, ils peuvent aussi proposer des polices en base réclamation avec extension de la période de garantie²⁴ ou associer les deux types de police, en base réclamation et en base survenance. En Australie, après que le pays est passé à un système de police en base réclamation, les autorités ont introduit un dispositif spécial, le 1^{er} juillet 2004, destiné à couvrir, pendant un certain nombre d'années, le coût des sinistres pour les médecins qui ont plus de 65 ans et sont à la retraite, en invalidité permanente, en congé de maternité ou qui ont cessé l'exercice libéral de la médecine. Les assureurs gèrent et règlent directement les sinistres, tandis que les pouvoirs publics remboursent les assureurs. Le dispositif est financé par une taxe sur les assureurs qui en répercutent le coût sur les primes demandées aux médecins en activité²⁵.

En outre, la garantie apportée par les polices d'assurance est limitée, dans certains pays de l'OCDE, dans son champ d'application et dans les montants. Les polices d'assurance en responsabilité médicale garantissent généralement les prestataires de santé privés contre les frais juridiques et les dommages économiques et/ou les dommages non économiques en cas de poursuites judiciaires, mais elles ne couvrent généralement pas les dommages punitifs et exemplaires. Enfin, la plupart des polices d'assurance sont plafonnées (voir à l'annexe tableau A.1), ce qui implique que les montants d'indemnisation très importants sont en partie financés directement par les prestataires de santé. Certains contrats d'assurance prévoient aussi des franchises.

Ces diverses mesures facilitent la tarification du risque médical et, dans cette optique, sont tout à fait pertinentes du point de vue des assureurs et des réassureurs. Mais, dans la pratique, cela signifie que les prestataires de santé conservent une part plus importante du risque. On pourrait estimer que ce transfert de risque limite l'aléa moral et est favorable à la prévention – et c'est certainement le cas en ce qui concerne les dommages punitifs. Mais ces mesures (à l'exception des franchises) ont aussi pour effet de réaffecter un risque sur lequel les médecins et les établissements n'ont guère prises, étant donné le caractère à développement long du risque médical et du risque connexe de poursuites judiciaires.

Il convient donc de noter que le choix des polices en base réclamation ou d'autres formes de limitation de la garantie n'est pas la panacée et se justifie essentiellement en fonction de considérations culturelles et de la structure du marché de l'assurance dans la juridiction concernée. De ce point de vue, dans les

marchés de l'assurance en responsabilité médicale dominés par un monopole mutualiste comme au Canada, les polices en base survenance, sans limitation de garantie, fonctionnent bien depuis plusieurs décennies. Ce système garantit aux patients victimes d'un accident une protection et une indemnisation sûres, que le médecin soit ou non toujours en activité. La réussite du dispositif – quasiment sans équivalent – s'explique probablement par la situation quasi monopolistique de l'ACPM, puisqu'elle couvre 95 % des médecins en exercice. Le risque à long terme peut ainsi être mieux pris en charge car il est mutualisé entre un plus grand nombre de prestataires et des prestataires plus divers. Il convient aussi de souligner que ce système, entièrement capitalisé, s'appuie sur une gestion rigoureuse du risque financier et actuariel.

Par delà ces mécanismes de marché, d'aucuns préconisent aussi une coopération plus formelle entre sociétés d'assurance et de réassurance et prestataires de santé. Dans le cadre d'une coopération renforcée, les prestataires de santé pourraient, pour leur part, s'engager à respecter un certain nombre de bonnes pratiques et de mesures de réduction des risques tandis que, d'autre part, les assureurs s'engageraient à maintenir les primes à des niveaux abordables, y compris pour les spécialités les plus exposées (voir aussi le chapitre 3). Dans cette perspective, la pratique de polices globales fondées sur l'observation des sinistres passés pour les établissements de soins (auxquels il est plus aisé d'appliquer ce type de police qu'aux médecins) pourrait aussi être un bon moyen d'inciter les établissements à faire un effort de réduction des risques.

D'autres alternatives, comme les mesures, évoquées plus haut, visant à réformer le système de responsabilité civile, mais aussi des mesures spécifiques destinées à couvrir les risques à développement particulièrement long ou les risques particulièrement graves pourraient aussi être nécessaires, dans certains cas difficiles, pour apporter une protection adéquate et juste, à la fois aux victimes et aux prestataires de santé, tout en permettant une prévention efficace des risques.

2. Rechercher des alternatives pour accroître les capacités de l'offre au travers de solutions de marché

Premièrement, il est à noter qu'en améliorant l'assurabilité de la responsabilité médicale et la tarification des sinistres, on attirera probablement de nouvelles ressources dans le secteur, d'autant que la situation générale de l'investissement et du marché de l'assurance s'est améliorée. Deuxièmement, certaines alternatives de marché et/ou évolutions réglementaires pourraient aider (et ont aidé), dans une certaine mesure, à étendre la couverture de la responsabilité médicale.

Comme cela a été signalé dans le chapitre 1, pour des raisons historiques ou en raison d'une situation de marché tendue, dans certains pays, des sources

alternatives de financement, sous la forme de structures mutualistes non-vie ou d'associations médicales plus spécialisées, ainsi que de captives d'assurance et de groupes de rétention du risque, sont apparues et se sont développées. La formation de structures mutualistes est particulièrement encouragée dans certains pays, car elles ont un coût relativement faible²⁶ et permettent sans doute un meilleur suivi du risque lié à la pratique médicale, assurant souvent des formations pour les praticiens. Ces solutions ont véritablement été des réussites dans un certain nombre de cas, par exemple au Canada (voir section précédente) et au Japon. Au Japon, la *Japan Medical Association* semble permettre un suivi et un signalement relativement efficaces des erreurs médicales tout en garantissant une indemnisation dans le cadre de contrats passés avec des compagnies d'assurance non-vie.

Quels que soient les avantages de ce type de structures, elles peuvent aussi, comme les compagnies d'assurance cotées, subir des pertes importantes – en particulier les associations spécialisées – en raison de la multiplication générale des litiges d'ordre médical. Or, cela peut être d'autant plus préoccupant que la gestion, la réglementation prudentielle et le contrôle²⁷ de ces structures sont, dans certains cas, moins rigoureux. Elles n'apportent aussi souvent qu'une couverture discrétionnaire²⁸ aux prestataires médicaux en cas de procès. Dans cette perspective, la mise en liquidation provisoire de la structure spécialisée UMP/AMIL, au début 2002, en Australie, a créé une crise de l'offre²⁹ et conduit à une réforme en profondeur du marché de la responsabilité médicale. C'est ainsi que, depuis le 1^{er} janvier 2003, en Australie, la responsabilité médicale ne peut être couverte que par des entités non-vie dans le cadre de contrats d'assurance. Des dispositions transitoires ont également été prévues pour permettre aux structures mutualistes existantes³⁰ de se conformer aux nouvelles exigences de capital minimum. Il convient toutefois de signaler que cette crise s'explique aussi par des circonstances très spécifiques, à savoir la hausse du coût des sinistres mais aussi une sous-tarifcation chronique des polices et une insuffisance des provisions constituées par certaines organisations de défense des médecins, la non-prise en compte des sinistres survenus mais non déclarés (Incurred But not Reported – IBNR)³¹ et le recours par l'UMP/AMIL à un seul réassureur (HIH) qui est devenu insolvable.

Cette expérience tend à indiquer que si la constitution de structures mutualistes et, en particulier, d'associations spécialisées de défense des médecins pour couvrir la responsabilité médicale est bénéfique pour la sécurité et la protection des praticiens médicaux comme des victimes, ces structures doivent être convenablement gérées et suffisamment réglementées et contrôlées pour pouvoir constituer une source d'indemnisation de qualité, fiable et pérenne³².

Rendre les primes financièrement plus accessibles

D'autres mesures, pour atténuer la crise de l'offre, à court terme, consistent à aider les prestataires de santé à supporter leurs primes d'assurance. Il faut bien voir, cependant, que ces mesures ne font qu'atténuer la pression à laquelle les prestataires sont soumis sans s'attaquer aux facteurs à l'origine de la crise.

Par exemple, en France, la revalorisation des honoraires des généralistes visait notamment à permettre aux médecins de supporter les hausses de primes de leurs polices d'assurance en responsabilité médicale.

Pour surmonter la crise, temporairement, les pouvoirs publics ont aussi, parfois, choisi de prendre en charge une partie des primes pour les spécialités les plus touchées. Tel est ou tel a été le cas, dans un certain nombre d'États, aux États-Unis³³, en France, et pour certaines spécialités, sous réserve que soient respectées certaines normes de pratiques médicales. En Australie, *Medicare Australia* apporte une aide aux prestataires pour couvrir le coût des primes de leur police responsabilité médicale³⁴. Au Canada, depuis les années 80, la majorité des médecins se voient rembourser une partie importante de leurs cotisations à l'ACPM par les autorités provinciales et territoriales. L'ampleur des remboursements des cotisations à l'ACPM est négociée par les organisations de médecins et, souvent, les hausses de remboursements remplacent les hausses de tarifs pour les services cliniques payés par les pouvoirs publics. En effet, au Canada, la loi interdit aux médecins de répercuter directement sur les patients le coût de la protection médicale.

Les situations dans lesquelles le marché se trouve confronté à de très grandes difficultés, à long terme, pour mesurer et couvrir le risque médical, appellent probablement une plus large implication des pouvoirs publics. En dehors d'une réforme du système de responsabilité civile, divers types de solutions peuvent être (et ont été) envisagées : obligation d'assurance et/ou création d'un pool d'assureurs, qui s'appuie éventuellement sur un fonds de garantie; création d'un système de compensation; et/ou passage, à des degrés divers, à un système d'indemnisation sans faute.

3. Solutions complémentaires ou uniques d'inspiration marchande ou publique

Mécanismes d'indemnisation mixtes privé/public : obligation d'assurance et pool d'assureurs

Dans de nombreux pays, pour s'assurer que les médecins et les établissements médicaux restent solvables en cas de sinistres majeurs, la couverture de responsabilité médicale est rendue obligatoire par la législation³⁵ ou par la déontologie médicale ou un code de bonnes pratiques³⁶. En général,

cette obligation s'impose aux médecins, à titre individuel, et aux médecins qui pratiquent dans des établissements, mais pas nécessairement aux établissements en tant que tels³⁷.

En outre, cette obligation va parfois de pair avec l'obligation, pour les assureurs, de couvrir le risque de responsabilité médicale sans plafond spécifié. En France, par exemple, depuis la Loi Kouchner du 4 mars 2002, si deux refus ont été opposés par les assureurs à un prestataire de santé, celui-ci peut saisir le Bureau central de tarification qui fixera le montant de la prime auquel un assureur sera tenu de couvrir sa responsabilité médicale. Il y a peu d'autres cas où l'obligation d'assurance s'impose aux assureurs, mais c'est généralement dans le cadre d'un régime sans faute (par exemple au Danemark, en Finlande, en Islande et en Suède) et/ou en liaison avec la mise en place d'un pool d'assureurs³⁸ qui couvre les risques qui peuvent difficilement être couverts par un seul contractant ou les risques d'insolvabilité d'un assureur (Finlande).

En France, dans le prolongement de la loi de mars 2002, on a assisté à un désengagement massif des assureurs et à de très fortes hausses de primes (allant parfois jusqu'à 600 % et qui menaçaient la couverture de quelque 700 établissements de soins privés). Cette situation a conduit à la création d'un pool temporaire d'assureurs³⁹. Ce pool d'assureurs, connu sous le nom de Groupement temporaire des assureurs médicaux (GTAM), regroupait 19 compagnies d'assurance et 3 réassureurs. En juin 2003, le GTAM a été remplacé par un pool de coassurance, le Groupement temporaire de réassurance médicale (GTREM).

De fait, l'introduction de l'obligation d'assurance (pour les prestataires de santé et pour les assureurs) sert généralement l'objectif, souhaitable, d'une bonne indemnisation des victimes. Mais elle entraîne aussi, mécaniquement, une augmentation de la demande de couverture par les prestataires de santé, à laquelle le marché ne peut pas toujours faire face convenablement. Cela signifie que, si l'on envisage d'introduire une obligation d'assurance⁴⁰, il faut sans doute, préalablement, analyser la capacité du marché et, le cas échéant, prévoir d'autres types d'intervention des pouvoirs publics. Dans cette perspective, la situation en France, en particulier, ainsi que d'autres situations de crise aiguë dans certains pays de l'OCDE appellent probablement la mise en place de mécanismes plus permanents, parallèlement à l'obligation d'assurance, si on la juge souhaitable, ou à titre de mesure indépendante. Cela peut impliquer un renforcement de l'intervention de la puissance publique ou des mécanismes plus structurés de cofinancement pour apporter une couverture adéquate aux prestataires de santé et garantir l'assurabilité du risque et la solvabilité générale des assureurs. Dans ce contexte, les solutions peuvent impliquer une approche plus spécifique pour couvrir les sinistres potentiellement très importants en responsabilité médicale, et qui posent un

réel problème d'assurabilité et/ou une réappréciation de la notion de faute et de la responsabilité des prestataires de santé, de façon à offrir un régime d'indemnisation plus fiable.

Aux États-Unis, pour faire face à la crise (se reporter au chapitre 1), de nombreux États ont introduit des structures associatives (les *Joint Underwriting Associations* (JUA)) pour offrir un marché de dernier recours aux prestataires qui n'avaient pu obtenir une couverture d'assurance, en premier lieu, à un tarif acceptable. Le système prend la forme de pools d'assurance, encouragés par l'État, qui répartissent le risque sur tous les membres participant au dispositif, ce qui réduit le risque encouru par une seule entreprise. Dans certains États, les JUA ont été associées à des fonds d'indemnisation des patients (Patient Compensation Funds ou PCF)⁴¹ (voir aussi, plus loin, la section sur les fonds de garantie). D'après certaines études⁴², la mise en place des JUA n'a pas eu d'effet notable sur les hausses de primes et a peut-être même eu un impact négatif⁴³. En effet, les JUA doivent normalement apporter une solution temporaire au problème de l'offre mais, comme les primes qu'elles pratiquent sont généralement forfaitaires, le dispositif peut, en fin de compte, augmenter le total des versements en responsabilité médicale en subventionnant les médecins qui représentent le coût le plus élevé. En outre, dans de nombreux États, les JUA sont financés par un régime de répartition, ce qui s'est souvent traduit par une accumulation des engagements. Dans la mesure où le poids de ces engagements est maintenant supporté par les médecins dans les États qui se sont dotés de telles structures, on peut penser que les JUA ont même contribué à accentuer les hausses de primes.

Mise en place de fonds de garantie

Une autre formule, pour améliorer l'assurabilité de la responsabilité médicale tout en restant dans un contexte de marché, peut résider dans la mise en place de fonds de garantie pour couvrir les sinistres les plus coûteux ou limiter le caractère à long terme du risque médical. En Australie, après la mise en liquidation provisoire de l'UMP/AMIL, une réforme importante a été opérée avec la mise en place d'un système destiné à couvrir les sinistres survenus mais non déclarés. Le dispositif couvre certains sinistres non financés incombant à des entités d'assurance éligibles. Actuellement, seule l'UMP participe au dispositif⁴⁴. Une cotisation à la charge des adhérents devait financer le dispositif mais une réforme intervenue à la fin 2003 a notablement réduit les cotisations des membres, les ramenant à un quart du coût anticipé. D'autres dispositifs, plus permanents, améliorent l'assurabilité du risque médical. Le dispositif destiné à couvrir les sinistres les plus coûteux prend en charge la moitié du coût dès lors que le versement d'assurance excède A\$ 300 000. Le dispositif a réduit les coûts opérationnels des assureurs en indemnisation médicale, et leur a permis de réaliser des économies notables sur les coûts de

réassurance. La puissance publique prend désormais à sa charge environ \$50 millions sur le coût annuel des réclamations en vertu de ce dispositif. Lorsque le plafond fixé par un contrat d'assurance atteint un certain niveau (actuellement \$20 millions), le dispositif pour sinistres exceptionnels couvre le coût du sinistre au-delà du plafond fixé par le contrat. Instauré en 2003, le dispositif n'a pas encore eu à jouer un rôle, mais il apporte une tranquillité appréciable aux médecins en évitant que leur responsabilité personnelle ne puisse être engagée au-delà du plafond prévu par l'assurance⁴⁵.

En Finlande, dans le cadre d'un système d'indemnisation sans faute (voir plus loin), le Centre pour l'assurance du patient, mis en place en 1987, est un pool d'assureurs pour l'indemnisation des patients qui apporte aussi une garantie en cas, notamment, d'insolvabilité des assureurs.

Aux États-Unis, face à la crise de la responsabilité médicale du milieu des années 70 et du milieu des années 80, dans certains États⁴⁶, un fonds pour l'indemnisation des patients (Patient Compensation Fund ou PCF) a été mis en place. Celui-ci constitue un élément plus ou moins important d'une réforme plus générale de la responsabilité civile. Ces fonds, qui constituent des plans d'assurance responsabilité médicale publics, visent à apporter une couverture en responsabilité médicale au-delà des seuils spécifiés pris en charge par la police d'assurance de base du prestataire assuré ou par les plans qualifiés d'auto-assurance⁴⁷. Ces fonds sont censés réduire la volatilité des pertes sur le marché de l'assurance de premier rang et apporter une indemnisation satisfaisante aux patients victimes d'accidents. Au fil des ans, les fonds pour l'indemnisation des patients sont peu à peu passés d'une logique de répartition à une capitalisation intégrale afin de limiter l'accumulation d'engagements importants (sauf en Pennsylvanie); trois seulement de ces fonds ont un caractère obligatoire pour les prestataires de santé. Les ressources des fonds proviennent, sauf dans l'État de New York, de la participation des prestataires (fixée par grandes spécialités et zones géographiques) et du produit des placements. Les prestataires paient leurs contributions soit directement au fonds soit dans le cadre de la prime acquittée à l'assureur de premier rang. Dans l'État de New York, les pouvoirs publics subventionnent l'achat d'assurances privées complémentaires par les médecins depuis 2000. Il est difficile de dire quel est l'impact des fonds d'indemnisation des patients sur les niveaux de prime à long terme⁴⁸. Cependant, F. Sloan⁴⁹ estime que, s'ils sont correctement structurés, les fonds d'indemnisation des patients peuvent avoir un impact au moins sur l'offre de couverture. Cette étude comporte également des suggestions pour la mise en place de fonds d'indemnisation des patients bien structurés, préconisant, en particulier, un plafonnement des dommages non économiques et soulignant que les fonds d'indemnisation des patients doivent clairement rester des

assurances de dernier ressort ou complémentaires; qu'ils devraient inciter à éviter les accidents; et qu'il faut préférer les dispositifs entièrement capitalisés aux régimes par répartition.

En fait, lorsque les fonds de garantie sont financés par des aides publiques, comme c'est le cas du dispositif mis en place en Australie, la charge du risque et le coût des sinistres sont déplacés des médecins et des patients vers l'ensemble de la communauté des contribuables. Par conséquent, le choix du recours à un fonds de garantie est un choix politique et économique.

Passer à un régime d'indemnisation sans faute global ou partiel?

Régime global d'indemnisation sans faute

La gravité et la fréquence croissante des sinistres dans le cadre des systèmes de responsabilité civile, dans certains pays de l'OCDE, ont parfois amené à plaider⁵⁰ en faveur d'une réforme en profondeur de la couverture de responsabilité médicale, en passant par exemple à un régime d'indemnisation sans faute pour couvrir l'ensemble ou une partie des accidents médicaux⁵¹.

En vérité, comme cela a été signalé dans le chapitre 1, quelques pays de l'OCDE (pays du nord de l'Europe et Nouvelle-Zélande) ont mis en place des régimes d'indemnisation sans faute (« sans blâme »). Ces régimes fonctionnent relativement bien depuis une vingtaine d'années. Dans ces systèmes, les sinistres qui relèvent d'une catégorie prédéfinie d'événements préjudiciables évitables⁵² sont automatiquement couverts par un fonds public (en Suède) ou par des ressources privées (au Danemark et en Finlande), sans qu'il y ait à rechercher une négligence au travers d'un processus judiciaire. Le gros avantage de cette formule c'est qu'elle assure une prompt réparation aux victimes, pour un coût administratif et/ou un coût juridique plus faible que dans un système judiciaire (les coûts seraient respectivement de 5-30 % contre 40-60 % avec un système de responsabilité civile⁵³). En outre, on fait souvent valoir qu'en mettant l'accent sur les événements préjudiciables évitables, on se soustrait à la connotation négative qui entoure l'idée de négligence éventuelle des prestataires de santé. Les partisans d'un régime sans faute estiment, à cet égard, que le critère de l'évitabilité crée les conditions d'un échange plus ouvert sur les circonstances qui ont conduit à une erreur et favorise donc le développement de systèmes indépendants plus efficaces de signalement des erreurs et de réduction des risques.

Mais le système sans faute comporte aussi des inconvénients qui peuvent en limiter la pertinence et l'intérêt si on le transpose dans d'autres pays caractérisés par un contexte culturel, social et sanitaire différent. Premièrement, d'après ce qu'on a pu observer en Suède⁵⁴, le régime sans faute semble entraîner un plus grand nombre de réclamations par habitant. De fait, en fonction de divers facteurs, dont la pension des victimes à porter plainte, les systèmes sans faute

pourraient finalement entraîner un renchérissement des coûts s'ils étaient adoptés dans d'autres juridictions⁵⁵. Il semble d'ailleurs que certains fonds d'indemnisation sans faute ont à faire face (ou ont eu à faire face) à d'importantes obligations non financées⁵⁶. En outre, aux coûts habituels du système, viennent s'ajouter les coûts des institutions distinctes qui ont une action de prévention (conseil de la responsabilité médicale, en Suède, par exemple).

Deuxièmement, le niveau d'indemnisation fixé par les systèmes d'indemnisation sans faute peut sembler relativement insuffisant. Les systèmes sans faute ne prévoient généralement pas de dommages à caractère punitif et n'indemnisent que rarement les préjudices non économiques du type *pretium doloris* (l'ACC, en Nouvelle-Zélande, n'accorde que des dommages économiques). En outre, leur champ d'application se limite généralement (sauf en Nouvelle-Zélande depuis la réforme de 2005) aux événements préjudiciables évitables⁵⁷. Cela implique des problèmes de définition et de délimitation entre ce qui est considéré comme évitable et ce qui est considéré comme non évitable, et cela suppose une décision de la part d'un groupe d'experts ou de conseils. On reproche aussi à ces systèmes de ne pas tenir suffisamment compte de la spécificité des situations et des niveaux d'accident. De fait, l'un des grands enjeux, pour un système sans faute, est de fixer de façon adéquate et *a priori* les éléments déclencheurs et les critères d'indemnisation, le champ de la couverture et le niveau des dommages pour des événements médicaux préjudiciables déterminés. D'ailleurs, ces systèmes ont souvent fait l'objet de réformes visant à modifier leurs principaux critères et champ de couverture⁵⁸. Dans cette perspective, on peut estimer que les systèmes de responsabilité civile permettent d'appréhender de façon plus souple la définition du fait déclencheur, le champ de la couverture et le niveau des dommages, qui peuvent être appréciés par les tribunaux en fonction des situations sociale et médicales du moment.

Par ailleurs, on peut penser que l'absence de mise en jeu de la responsabilité personnelle des médecins n'incite pas suffisamment à un effort de prévention et suscite peut-être, au contraire, des comportements d'aléa moral. L'argument est sans doute particulièrement pertinent pour le système qui existe en Nouvelle-Zélande, où les médecins ne contribuent pas à son financement puisqu'il est essentiellement financé par l'impôt. Il est d'ailleurs envisagé de faire supporter en partie le financement du système par les médecins. En Suède, les coûts administratifs et d'indemnisation du dispositif sont financés par les régions, par le biais de contributions qui tiennent compte du nombre d'habitants dans la région. Cependant, l'absence de mise en jeu de la responsabilité individuelle pourrait, là encore, être signalée⁵⁹ comme un facteur susceptible de favoriser les comportements d'aléa moral. Par ailleurs, le système « sans blâme » pourrait aussi, dans une certaine mesure, ne pas satisfaire les victimes qui peuvent souhaiter que la personne responsable de leur accident encoure un blâme et soit tenue directement responsable financièrement⁶⁰.

D'ailleurs, dans certains systèmes d'indemnisation sans faute (par exemple en Suède et au Danemark), il reste généralement possible aux victimes d'intenter une action en vue d'obtenir des dommages plus importants ou mieux adaptés. Cependant, en Suède, les réparations accordées en droit civil ne peuvent différer de celles proposées en vertu de la loi de responsabilité civile vis-à-vis du patient qu'en cas de négligence prouvée du praticien ou en cas d'information insuffisante donnée au patient.

En pratique, il semble que le choix d'un système d'indemnisation sans faute dépend aussi du contexte général, social, économique et sanitaire, dans un pays. Les conséquences de la transposition d'un système sans faute dans un autre pays/État sont également liées à l'attitude des consommateurs et des plaignants potentiels dans le pays concerné.

Partager la responsabilité médicale entre acteurs publics et privés

Dans d'autres cas, notamment pour les risques pour lesquels la négligence est difficile à prouver et/ou qui entraînent un préjudice très grave, le préjudice est pris en charge par un système à financement public ou un système de sécurité sociale. Par exemple, en France, la loi qui a été adoptée le 19 décembre 2002, relative à l'assurance responsabilité civile médicale introduit un nouveau partage financier entre les assureurs et les pouvoirs publics au travers de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (l'ONIAM). En vertu de cette loi, la réparation des dommages résultant d'infections nosocomiales correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieure à 25 % est prise en charge par l'ONIAM, même si l'erreur était évitable. Cependant, en cas de faute établie (notamment le manquement caractérisé aux pratiques médicales normales), l'ONIAM peut se retourner contre le prestataire de santé concerné.

Aux États-Unis, des systèmes d'indemnisation sans faute ont aussi été instaurés en Virginie⁶¹, depuis 1987, et en Floride⁶², depuis 1988, pour couvrir les accidents neurologiques à la naissance. Ces dispositifs ont notamment été mis en place – en même temps qu'un plafonnement des montants d'indemnisation – pour contribuer à remédier à la crise de l'assurance en responsabilité médicale qui sévissait alors et éviter de possibles pénuries de services d'obstétrique, vers le milieu des années 80. Le dispositif qui a été mis en place en Virginie, en particulier, a été pensé comme une alternative assurancielle au système public de responsabilité civile pour assurer des soins à vie⁶³ aux bébés victimes d'accidents neurologiques graves à la naissance, dès lors que le médecin ou l'hôpital concerné participent au dispositif. Il y a quatre sources de financement : les médecins et les hôpitaux participants, les médecins non participants et les assureurs en responsabilité civile. On considère que le système soutient favorablement la comparaison avec le système de responsabilité civile en ceci qu'il assure des avantages plus

étendus aux enfants victimes d'accidents et à leurs parents, tout en impliquant des taux de primes d'assurance responsabilité médicale plus faibles. Cependant, d'après le rapport actuariel 2005 de Mercer Oliver Wyman Actuarial Consulting, Inc. Projects, il subsiste des engagements non financés au sein du dispositif en vigueur. D'après ce rapport, le déficit total serait de près de \$120 millions en 2005 et atteindrait presque les \$140 millions d'ici la fin 2007. Cela ne signifie pas que le dispositif ne soit pas en mesure de faire face à ses obligations actuelles. Cependant, cela pourrait être le cas à l'avenir si des mesures correctrices ne sont pas prises. Une étude a donc été demandée pour proposer des changements à opérer afin d'établir le financement du dispositif sur des bases économiquement viables⁶⁴.

Dans d'autres pays, des régimes d'indemnisation sans faute limités, directement financés par la sécurité sociale, ont aussi été mis en place pour couvrir certains prestataires de santé (par exemple, les établissements publics) ou les accidents/sinistres les moins graves (France).

Une alternative à la réforme de la responsabilité civile et à un système global sans faute : le modèle de l'offre précoce

Comme alternative à la traditionnelle réforme de la responsabilité civile, aux États-Unis en particulier, un modèle d'offre précoce⁶⁵ et de réparation rapide est parfois préconisé. L'offre précoce est un moyen simple pour ne pas inciter les gens à recourir à des procédures judiciaires lourdes. Ce type de mécanisme comporte des incitations en direction, d'une part, des praticiens/défendeurs, pour les amener à proposer une indemnisation sous forme de versements périodiques des dommages économiques subis par les victimes et, d'autre part, en direction des patients/demandeurs, pour les amener à accepter la proposition qui leur est faite qui, souvent, représente un règlement et une indemnisation rapide et plus facile des sinistres. En vertu de ce dispositif, tout défendeur dans une affaire de mise en jeu de la responsabilité médicale (médecin ou hôpital) a la faculté, dans un délai de 180 jours⁶⁶ après qu'une réclamation a été signifiée, de proposer un versement périodique dans une logique sans faute en dédommagement du préjudice économique net subi par le demandeur. En proposant sans délai de couvrir les pertes économiques nettes du demandeur, le défendeur modifie les règles de présentation d'une possible réclamation ultérieure. L'offre précoce peut être repoussée par le demandeur qui peut préférer aller devant un tribunal. Mais, en ce cas, il ne pourra finalement obtenir compensation du tribunal que s'il apporte la preuve de la volonté de nuire du défendeur, au-delà d'un doute raisonnable. Dans un article publié en 2005, O'Connell⁶⁷ montre comment le système de l'offre précoce est de nature à fortement inciter les deux parties à s'entendre plus rapidement, évitant ainsi les dépenses et les incertitudes d'une bataille juridique longue.

Développer l'assurance directe?

Enfin, une autre solution, quoique limitée, consiste à développer l'assurance directe des victimes d'erreurs médicales. La victime serait alors indemnisée sans qu'il y ait référence à l'éventuelle négligence ou responsabilité d'un praticien. On a un exemple de ce type de couverture avec la garantie des accidents de la vie (GAV) en France. Ces polices d'assurance visent à protéger tous les membres d'une famille contre tous les types d'accidents dont ils peuvent être victimes dans leur vie quotidienne, y compris le risque médical. Cependant, même si ce type de contrat peut améliorer la couverture d'assurance et l'indemnisation des préjudices médicaux à l'avenir, le nombre des contrats et la demande ne sont actuellement pas suffisants pour avoir un impact observable. Par ailleurs, outre qu'il y a un problème d'équité vis-à-vis des patients qui ne sont pas en mesure de s'offrir ce type de couverture, cette formule ne traite pas le problème de la responsabilité médicale. Les assureurs qui couvriront les victimes d'accidents médicaux se retourneront très vraisemblablement vers les praticiens pour obtenir le remboursement des dommages. Enfin, ce type de contrats ne couvre pas l'aspect réduction du risque médical et il faudrait, si la formule était appelée à se développer pour remplacer les polices d'assurance responsabilité médicale qui existent actuellement, la compléter par des mécanismes destinés à gérer et limiter les risques.

L'assurance directe peut toutefois constituer une alternative intéressante dans des cas très précis. Par exemple, aux Pays-Bas, l'assurance directe obligatoire des personnes qui participent à des expérimentations médicales a été introduite en 1999 et revue en 2003. Il s'agit d'un système d'indemnisation sans faute qui apporte une couverture minimum aux victimes qui participent à un projet de recherche (quoique le lien de causalité doive encore être établi). En cas de préjudice excédant la garantie maximale apportée par l'assurance de premier rang, la personne victime d'un accident peut engager un recours en responsabilité. De même, en Allemagne, la loi exige des institutions qui procèdent à des essais cliniques qu'elles souscrivent une assurance accident pour les personnes qui prennent part à ces essais (la garantie est plafonnée à € 500 000). Seul est indemnisé le préjudice économique.

4. Conclusion

Les solutions envisageables pour faire face au problème de la couverture de la responsabilité médicale impliquent un ensemble complexe d'options/de questions qu'il faut appréhender à la lumière des **objectifs** fondamentaux poursuivis à cet égard. Ces objectifs peuvent être présentés comme suit :

- Contribuer à réduire le risque médical : il s'agit d'encourager la réduction de la fréquence des accidents médicaux évitables ou des accidents iatrogènes, en incitant de façon adéquate à prévenir et limiter les risques médicaux

(plutôt que de se contenter de punir) tout en responsabilisant suffisamment les prestataires de soins ;

- Proposer des mécanismes de compensation/d'indemnisation appropriés et efficaces : afin de préserver l'équité entre les patients, les professionnels de santé, les établissements de soins et les principales parties prenantes au financement du système (organismes d'assurance, citoyens) ;
- Limiter les coûts du processus d'indemnisation tout en assurant une prompt réparation.

Ces objectifs sont hiérarchisés de manière différente selon les pays, en fonction de leur système de santé et de son cadre de financement, ainsi qu'en fonction de spécificités culturelles, historiques, sociales, économiques et politiques. Pour atteindre ces objectifs, on peut envisager différentes **options** impliquant diverses formes de partenariats entre les principaux acteurs du système d'indemnisation de la responsabilité médicale (prestataires de santé, patients, assureurs/réassureurs et pouvoirs publics) qui seront plus ou moins privilégiées en fonction des besoins, des particularités et des préférences des pays/États concernés (caractéristiques du système de santé, taille du marché de l'assurance, culture du litige, attentes des patients et, de façon générale, ampleur de l'intervention des pouvoirs publics et de la réglementation).

Dans ce contexte, les propositions formulées au chapitre 4 à l'intention des principales parties prenantes du système et des gouvernements sont de simples suggestions. Il s'agit de proposer des orientations et des alternatives aux pays de l'OCDE et aux économies émergentes confrontés à la question complexe de l'indemnisation et de la réduction des incidents médicaux.

Notes

1. À cet égard, l'expérience des États-Unis constitue un exemple intéressant pour les autres pays de l'OCDE. Les différents États ont réagi diversement aux précédentes crises de la responsabilité médicale, dans les années 70 et dans les années 80, ainsi que face à la crise actuelle : certains ont engagé de vastes réformes du système de responsabilité civile; d'autres ont mis en place des structures associatives (Joint Underwriting Associations ou JUA) et/ou des Fonds d'indemnisation des patients (Patient Compensation Funds ou PCF); tandis que d'autres mettaient avant tout l'accent sur la sécurité des patients et/ou recouraient à d'autres mécanismes, par exemple la médiation.
2. Par exemple, en France, l'Observatoire des risques médicaux.
3. Il convient toutefois de souligner que la volonté de signaler les erreurs et le souci de la sécurité des patients ne datent pas du rapport de l'IOM. Dès 1985, le district de New York, par exemple, exigeait des hôpitaux qu'ils signalent les accidents médicaux à un système dédié.
4. Aux États-Unis, la National Academy for State Health Policy (se reporter au site web de la NASHP : www.nashp.org) indique que 18 États ont adopté des législations

ou des réglementations qui rendent le signalement des erreurs médicales obligatoire; 7 États ont un système de signalement volontaire; et 6 États projettent d'adopter une législation sur les erreurs médicales et la sécurité des patients. Par exemple, dans l'Iowa, en 2000, le Department of Health a lancé un programme qui vise à instaurer une stratégie de collaboration pour améliorer la sécurité des patients et les résultats en termes de santé.

5. Par exemple, en Suède, le Conseil de la responsabilité médicale est chargé des questions disciplinaires.
6. Nouvelle publication de Swiss Re dans la série « Focus report » : « Infection par les prions? Nécessité d'une gestion globale des risques en milieu hospitalier », 2003.
7. En Australie, 8 États/Territoires ont engagé une réforme du droit de la responsabilité civile. Après que la crise a éclaté, en 2002, le gouvernement australien a encouragé les États à réformer leur droit de la responsabilité civile. Il s'est agi essentiellement de limiter les dommages économiques et non économiques, d'introduire des seuils minimums de préjudice, d'appliquer un critère Bolam modifié (critère de l'homme normalement compétent tel qu'établi, en Angleterre, dans l'affaire Bolam c/Friern Hospital Management Committee, en 1957), d'instaurer des règlements structurés, de spécifier des taux d'actualisation (pour apprécier les dommages), de réduire les délais pour la présentation de réclamations et de limiter les coûts juridiques.
8. Vingt-huit États plafonnent les dommages non économiques ou les dommages totaux – Alaska, Californie, Colorado, Floride, Géorgie, Hawaï, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiane, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, Nouveau Mexique, Dakota du Nord, Ohio, Dakota du Sud, Texas, Utah, Virginie, Virginie-Occidentale et Wisconsin, Caroline du Sud récemment (avril 2005) et Illinois (août 2005).
9. D'après l'Insurance Information Institute, 31 États, aux États-Unis, ont déjà mis en place des panels d'examen avant procès.
10. Voir GAO (1990).
11. Les offres d'indemnisation rapide visent à éviter les procès (voir chapitre 3).
12. Plus de précisions, se reporter au site : www.kaiserinjurylawyer.com.
13. Voir Danzon (2000).
14. Critère de l'homme raisonnablement compétent établi, en Angleterre, dans l'affaire Bolam c/ Friern Hospital Management Committee (1957).
15. Vingt-huit États plafonnent les dommages non économiques ou les dommages totaux – Alaska, Californie, Colorado, Floride, Géorgie, Hawaï, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiane, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, Nouveau Mexique, Dakota du Nord, Ohio, Dakota du Sud, Texas, Utah, Virginie, Virginie-Occidentale et Wisconsin, Caroline du Sud récemment (avril 2005) et Illinois (août 2005).
16. Pour plus de précisions sur l'impact de la réforme de la responsabilité civile sur les taux de primes, voir, par exemple, P.M Danzon, A.J.Epstein et S. Johnson (2003), pp. 21-22.
17. Voir les résultats de l'analyse bivariée présentée dans GAO (2003).
18. Voir HHS (2003a).
19. Source : HHS report (2003b), p. 17.

20. D'après l'enquête de la NAIC, Profitability by line of State, 2001, les primes d'assurance ont augmenté de 167 % en Californie, entre 1975 et 2001, tandis qu'elles ont augmenté de 505 % dans le reste du pays.
21. Voir, par exemple, Greg Morris, « Managing the tide tort reform in the health care industry », dans *AON Focus*, 25 avril 2005.
22. Sauf en Autriche, au Canada, au Danemark, en Finlande, en Allemagne, en Islande, au Luxembourg, en Pologne, en Nouvelle-Zélande et en Suède (pour les pays couverts par cette analyse) où les polices en base survenance continuent de dominer le marché.
23. Les polices en base réclamation ne font que déplacer le risque lié aux sinistres survenus mais non déclarés pendant la période de validité du contrat de l'assureur vers l'assuré.
24. Par exemple, les polices en base réclamation peuvent prévoir une extension de garantie de 3 ans en Belgique et de 12 à 24 mois en Espagne.
25. Le seuil d'éligibilité au dispositif, en 2004-2005, devrait être de A\$ 7.646, soit un coût de A\$ 20 millions (A\$ 19.640 millions) entre 2005/06 et 2008/09.
26. Il convient toutefois de noter qu'aux États-Unis, les structures mutualistes, qui représentent environ 60 % du marché de l'assurance en responsabilité médicale, pratiquent des taux de primes comparables à ceux pratiqués par les compagnies d'assurance privées.
27. On soulignera que la remarque ne s'applique pas à l'Association canadienne de protection médicale (ACPM) dont la situation financière, comme on l'a indiqué, est saine.
28. On parle d'indemnisation discrétionnaire lorsqu'il n'y a pas d'obligation légale (contractuelle) pour celui qui indemnise à couvrir le coût d'un événement assuré. Celui qui indemnise, dans ce cadre, accepte simplement, à titre discrétionnaire, de couvrir les coûts. La plupart des systèmes à caractère discrétionnaire se sont constitués sous une forme mutualiste autour d'un groupe de professionnels, en l'occurrence des médecins. Le groupe accepte alors, solidairement, de couvrir les coûts d'un sinistre en responsabilité médicale que peut connaître l'un de ses membres. Ce type de couverture pouvait se rencontrer en Australie jusqu'en 2003, et existe aujourd'hui encore principalement au Canada, au Japon et au Royaume-Uni.
29. L'UMP/AMIL couvrait plus de 50 % des médecins en Australie (et 90 % en Nouvelle-Galles-du-Sud et au Queensland).
30. Depuis la réforme, la situation financière des fournisseurs d'indemnisation médicale en Australie (organisations de défense des médecins) s'est beaucoup améliorée. Cela se manifeste par le fait que, depuis 2003, certaines organisations ont pu réduire les primes qu'elles pratiquent, en particulier par rapport aux niveaux pratiqués en 2002.
31. Depuis sa mise en liquidation provisoire, en 2002, l'UMP/AMIL a dû faire face à des sinistres non déclarés représentant près d'un demi milliard de dollars. Les nouvelles règles comptables, en Australie, prévoient désormais que les sinistres survenus mais non déclarés doivent figurer au bilan des associations mutuelles de défense.
32. Cependant, l'expérience positive de l'ACPM, au Canada, en matière de couverture de la responsabilité médicale, constitue une exception en ce sens qu'il n'y a pas eu besoin de réglementation ou de supervision supplémentaire pour assurer un fonctionnement efficace de l'organisation.

33. On a eu recours à ce type d'aide dans différents États – Arizona, Hawaï, Illinois, Louisiane, Maine, Nevada, New York, Caroline du Nord, Texas et Washington – durant la crise de l'assurance en responsabilité médicale, dans les années 80. Il a été mis fin à ces dispositifs lorsque les primes d'assurance se sont stabilisées. Le but était d'aider, en particulier, les spécialistes à haut risque (comme l'obstétrique/gynécologie) ou les prestataires de santé dans certaines zones géographiques et les zones rurales, notamment.
34. En général, lorsque le coût brut de l'indemnisation médicale représente, pour un médecin, plus de 7.5 % de son revenu médical privé brut, celui-ci ne paie que 20 % du coût de la prime au-delà d'un certain seuil. Le dispositif vise aussi à corriger les pénuries dans certaines zones et à aider les praticiens en milieu rural. L'aide va directement aux assureurs, qui réduisent les primes dues par les médecins. En 2004-05, le dispositif a coûté à l'État A\$ 31 millions.
35. Par exemple au Canada (dans un nombre croissant de provinces), en République tchèque, au Danemark (avec certaines exceptions), en France, en Finlande, en Hongrie, en Islande, en Pologne, en République slovaque (pour les professionnels de santé uniquement), en Espagne, en Suède (dans un système d'indemnisation sans faute) et en Turquie (projet de loi).
36. Par exemple en Autriche, en Belgique, au Japon, dans une certaine mesure, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis pour l'activité hospitalière.
37. Ce n'est, de fait, une obligation légale pour les établissements qu'en France, en Hongrie, en Islande et dans la plupart des États aux États-Unis.
38. Au Danemark, l'Association pour l'assurance des patients couvre les sinistres en responsabilité conjointe et solidaire (autrement dit les cas dans lesquels il est difficile de déterminer la responsabilité d'une partie identifiée) ou les coûts d'indemnisation qui vont au-delà des plafonds d'assurance.
39. *Source* : AON Conseil et Courtage: « Droit de la responsabilité médicale : les conséquences de l'évolution récente sur l'assurance des professionnels de santé », Dossier documentaire, janvier 2003.
40. On notera que si l'introduction de l'obligation d'assurance peut sembler justifiée du point de vue du patient, en particulier pour permettre aux médecins de supporter le coût de la responsabilité et permettre une indemnisation prompte et suffisante, la mesure est souvent vivement critiquée par les représentants du marché de l'assurance.
41. Par exemple, Caroline du Sud et Nebraska.
42. Voir Danzon, P.M., Epstein A.J. et Johnson, S. (2003).
43. D'après Danzon P.M. *et al.* (2003), la hausse cumulée la plus forte des primes d'assurance, entre 1994 et 2003, a été enregistrée en Pennsylvanie (+328 %) et en Caroline du Sud (+301 %). Dans ces deux États, il a été constitué des JUA et la Pennsylvanie s'est aussi dotée d'un fonds d'indemnisation des patients.
44. La mesure est critiquée en ceci qu'elle crée une disparité de concurrence entre les acteurs du marché de l'assurance responsabilité médicale et, en particulier, restreint l'accessibilité du marché à de possibles nouveaux arrivants. C'est pourquoi, en 2005, les pouvoirs publics ont instauré un paiement au titre de l'avantage concurrentiel dont les prestataires qui bénéficient du dispositif devront s'acquitter pendant 10 ans.
45. On notera qu'en Australie, cette série de réformes semble avoir donné de bons résultats : les primes d'assurance responsabilité médicale ont commencé de

décroître en 2003, bien qu'aucun acteur commercial ne soit encore revenu sur le marché.

46. À savoir, notamment, lorsque ce type de dispositif existe encore, Indiana (1975), Kansas (1976), Louisiane (1975), Nebraska (1976), Nouveau-Mexique (1978), Pennsylvanie (1975, 2002), Caroline du Sud (1976) et Wisconsin (1975).
47. Pour plus de précisions sur les fonds d'indemnisation des patients, leurs avantages et leurs inconvénients, voir Sloan Frank A., Carrie A. Mathews, Christopher J. Conover et William M. Sage (2005).
48. Voir Danzon *et al.* (2003), p. 15.
49. Voir Sloan Frank A., Carrie A. Mathews, Christopher J. Conover et William M. Sage (2005).
50. Par exemple, en Australie (Australian Woodhouse report, 1974), en Belgique, en France, au Royaume-Uni (Chief Medical Officer, Making Amends : À consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS, juin 2003) et aux États-Unis, dans certains États, certains spécialistes et responsables publics partagent cette vision des choses ou réfléchissent actuellement aux avantages et inconvénients de cette option.
51. Pour une analyse comparative du système sans faute par rapport au système de responsabilité pour couvrir les erreurs médicales, voir, par exemple, Drabsch (2005).
52. Se reporter au chapitre 1 pour plus de précisions sur les définitions et les procédures.
53. Source : Brennan TA et MM. Mello (2003), tableau 2.
54. Source : HOPE Final Report (2004), voir aussi www.hope.be.
55. D'autant qu'en Suède l'assurance pour erreur médicale est complémentaire du système de protection sociale et que tous les coûts de santé en cas d'erreur médicale sont couverts par le système public de santé.
56. Les systèmes sans faute des pays scandinaves sont, en règle générale, convenablement financés, mais tel n'était pas le cas, par exemple, de l'ACC, en Nouvelle-Zélande, en 1999, avant que le système devienne entièrement capitalisé, ou du système qui a été mis en place en Virginie pour couvrir les accidents neurologiques à la naissance.
57. Se reporter au chapitre 1 pour plus de précisions sur la détermination des « événements évitables » dans ces systèmes.
58. Par exemple, en 2005, en Nouvelle-Zélande (pour ne mentionner que la réforme la plus récente), en 2003 au Danemark et en 2000 en Finlande.
59. Voir, par exemple, Hubbard Chris (2000).
60. On mentionnera que les travaux de recherche (voir C. Vincent 2005) montrent aussi que, le plus souvent, les patients sont surtout préoccupés du fait que ce type d'événement préjudiciable pourrait affecter d'autres patients.
61. Pour de plus précisions sur le régime instauré par la Loi Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Act, se reporter au site : www.vabirthinjury.com.
62. Pour plus d'informations sur l'Association Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Association, se reporter au site : www.nica.com.
63. Le fonds assure trois grands types de prestations : dépenses médicales et dépenses raisonnablement nécessaires; manque à gagner en termes de revenu

d'activité entre 18 ans et 65 ans; remboursement des dépenses raisonnables liées à la présentation d'une réclamation au dispositif.

64. Voir Report of the Virginia birth-related neurological injury compensation board (2006).
65. Voir O'Connell J., J. Kidd et E. Stephenson (2004) et O'Connell J. (2005).
66. Une période de 180 jours est jugée relativement courte par rapport aux délais qu'implique le système de responsabilité civile, les affaires de responsabilité médicale qui sont portées devant les tribunaux mettant généralement de nombreuses années avant leur règlement.
67. Voir O'Connell J., J. Kidd et E. Stephenson (2004) et O'Connell J. (2005).

Chapitre 4

Suggestions à l'intention des parties prenantes du système de santé et des pouvoirs publics

Sont formulées ici des propositions à l'intention des pays qui sont confrontés à une augmentation de la fréquence et de la gravité des réclamations mettant en cause les pratiques médicales. Elles s'articulent autour d'un premier choix, fondamental, par rapport à la notion de faute et de responsabilité. De fait, les caractéristiques des systèmes destinés à traiter le problème de l'erreur médicale ou des accidents iatrogènes¹ et à assurer l'indemnisation des victimes dépendent pour beaucoup du choix fondamental des pouvoirs publics de rester dans un système de responsabilité civile ou d'opter pour un mécanisme d'indemnisation global sans faute. Dans un second temps, il convient de souligner que ce choix dépend pour beaucoup des circonstances particulières dans une juridiction, à savoir, notamment, le système de santé et le cadre social, ainsi que les attentes des citoyens et leurs attitudes culturelles.

Une première partie est ainsi consacrée aux solutions susceptibles d'améliorer l'assurabilité du risque médical dans un système de responsabilité civile, tandis que la deuxième partie passe en revue les différentes options envisageables pour instaurer un système d'indemnisation sans faute. La dernière partie est consacrée à l'effort de réduction des risques, qui intéresse les deux systèmes, s'agissant d'apprécier et de réduire les incidents et aléa médicaux et leurs conséquences.

1. Rester dans le cadre d'un système contentieux associé à une couverture assurancielle de la responsabilité médicale

Face à la multiplication des réclamations et à l'augmentation des taux de primes, diverses options visant à limiter le coût du processus d'indemnification, à accroître la capacité du marché et, de façon générale, à améliorer l'assurabilité du risque médical peuvent être considérées. On peut envisager, en particulier, une réforme de la responsabilité civile associée à des formules d'offre précoce d'indemnisation, la mise au point d'instruments assuranciers spécifiques et de mécanismes alternatifs privés, ainsi que le développement de partenariats public-privé.

A) Réforme de la responsabilité civile

Dans de nombreuses juridictions, tout en assurant une juste réparation aux victimes, une réforme de la responsabilité civile pourrait aider à limiter la fréquence et la gravité des réclamations en cas d'accident iatrogène. Cette

réforme pourrait passer par trois types de mesures, en fonction des circonstances et de la culture propres à chaque pays, mais aussi en tenant compte de la nécessité d'assurer un niveau de protection approprié aux victimes :

a) Limiter le recours excessif et injustifié aux tribunaux :

- Encourager les voies de recours et les mécanismes d'indemnisation alternatifs :
 - ❖ Panels d'examen avant procès, programmes d'arbitrage ou processus de règlement rapide devant des instances dédiées, avec incitations en direction de toutes les parties à accepter le résultat des décisions.
 - ❖ Mise en place d'une procédure administrative ou d'un ombudsman en remplacement et/ou en complément du recours contentieux devant les tribunaux.
 - ❖ Développement de programmes d'offre de règlement précoce qui inciteraient les prestataires de santé à s'engager à indemniser le préjudice économique par des versements périodiques et le plaignant à accepter cette offre ce qui permettrait un règlement plus rapide de la réclamation.
- Réformer le fonctionnement du recours contentieux :
 - ❖ Limiter les délais de prescription pour intenter une action en responsabilité médicale, sauf rares exceptions.
 - ❖ Restreindre, s'il y a lieu, les possibilités de mise en jeu d'une responsabilité solidaire.
 - ❖ Limiter ou plafonner les honoraires des avocats liés aux résultats.
 - ❖ Exiger des avocats qu'ils donnent aux consommateurs davantage d'informations sur la structure des frais juridiques.
 - ❖ Dissuader les avocats d'engager des actions ou des procédures infondées.

b) Redéfinir la notion de faute/culpabilité dans le cadre du recours contentieux en responsabilité médicale :

- Réévaluer la notion de faute/culpabilité et de négligence (modification de l'obligation de diligence, au travers, par exemple, d'une redéfinition du critère Bolam², le cas échéant), et en particulier :
 - ❖ Établir une distinction claire entre la faute grave et l'accident iatrogène, plus difficile à prévenir.
 - ❖ De façon plus générale, les juridictions pourraient avoir une vision plus sophistiquée de la nature de l'erreur et adopter une approche moins punitive à l'égard des prestataires de santé à titre individuel. Dans cette perspective, elles pourraient avoir une vision plus globale des processus qui conduisent à l'erreur dans le centre du système de santé.

- Éviter la rétroactivité dans la mise en jeu de la responsabilité au moment d'élaborer de nouvelles règles juridiques ou/et dans les décisions des tribunaux.
- Mettre au point des méthodes de règlement plus précises.
- Analyser et mieux définir le préjudice à indemniser.

c) Réévaluer les dommages à indemniser :

- Fixer des normes et des critères détaillés pour apprécier les dommages économiques (taux d'actualisation fixe pour calculer le manque à gagner et apprécier la perte d'agrément, par exemple; taux d'invalidité harmonisés) et, plus encore, les dommages non économiques (étendue de l'erreur, par exemple).
- Plafonner (en termes relatifs ou en termes absolus) les dommages économiques et, plus encore, non économiques.
- Limiter à des cas très exceptionnels le recours aux dommages exemplaires et punitifs.
- Chercher à réduire les coûts juridiques.
- Autoriser l'indemnisation sous forme de versements périodiques.
- Abolir la règle de source collatérale.
- Reconnaître le droit de subrogation de l'assureur.

B) Assurance : techniques et fournisseurs

Pour accroître la capacité du marché et améliorer l'assurabilité, on peut utiliser des instruments spécifiques de marché, envisager des méthodes alternatives de financement et développer la coopération et les accords entre prestataires de santé et assureurs :

1. *L'introduction de police en base la réclamation* pourrait être retenue, lorsqu'il n'y a pas d'autre alternative tenable. En ce cas, des mécanismes de marché (polices mixtes adaptées) ou des mécanismes publics (fonds) devraient être mis en place, ceci afin de palier la rupture de la continuité dans la couverture induite par le passage d'une logique de la survenance à une logique de la réclamation comme fait déclencheur et, en particulier, assurer la couverture des prestataires de santé partis à la retraite.
2. Les assureurs pourraient aussi, premièrement, *distinguer entre la couverture apportée aux médecins et la couverture apportée aux établissements*; et, deuxièmement, *développer des polices tarifées selon l'historique des sinistres*. Cela supposerait :
 - Une collecte plus systématique, des données concernant les erreurs médicales, éventuellement par le biais d'une intervention des pouvoirs publics.

- Des accords spécifiques entre les médecins/établissements et les assureurs (prévoyant, par exemple, le respect de bonnes pratiques médicales dans leur domaine d'exercice et des procédures de gestion des risques en contrepartie d'une minoration des taux de primes).
3. Encourager les *mécanismes de financement privé alternatif* peut aussi impliquer la mise en place de structures spécifiques à but non lucratif (par exemple, organisations de défense des médecins, captives d'assurance et groupes de rétention du risque) pour couvrir les prestataires de soins, en particulier ceux qui ne peuvent trouver une couverture adéquate sur le marché classique de l'assurance. En ce cas, l'expérience montre qu'il faut convenablement gérer, réglementer et contrôler ces structures pour en garantir la viabilité, sur un plan financier et actuariel, à long terme. Dans cette perspective, on ne devrait probablement avoir recours à des couvertures discrétionnaires que dans le petit nombre de cas où l'expérience a montré que c'était une option viable et saine³.

C) Possible implication des pouvoirs publics et partenariats public-privé

Le rôle des pouvoirs publics en la matière consiste essentiellement à faire prévaloir des conditions normales de concurrence entre organismes d'assurance et à inciter à accroître la capacité du marché, tout en veillant à ce que chaque type de professionnels de santé puisse avoir accès à une couverture suffisante et à un coût abordable. Dans ce contexte, diverses formes de partenariats public-privé peuvent s'envisager :

1. On peut instaurer l'*assurance responsabilité médicale obligatoire pour les prestataires de soins et/ou établissements de santé* pour garantir que les patients puissent demander réparation auprès d'une partie solvable. Cependant, cela suppose aussi qu'une couverture soit disponible sur le marché⁴.

En parallèle, dans les pays où l'on opte pour l'*obligation d'assurance*, d'autres mesures doivent être aussi prises pour garantir l'offre de couverture à un coût non prohibitif pour les prestataires et garantir la solvabilité des assureurs. Cela peut passer par :

- La constitution (à titre volontaire ou à titre obligatoire) d'une association ou d'un pool d'assureurs, ainsi que d'un organisme (indépendant ou qui ferait partie du pool d'assureurs) chargé de déterminer les taux de primes pour les prestataires de soins qui n'auraient pu s'assurer. Un tel pool d'assureurs aurait pour fonction de couvrir les médecins et les établissements qui, en règle générale, ne peuvent obtenir une couverture d'assurance à un coût acceptable sur le marché.
- La création d'un fonds de péréquation des risques destiné à faire porter la charge des « mauvais risques » (spécialités ou établissements

particulièrement exposés) sur un groupe d'assureurs, pour placer les organismes dans une situation de concurrence normale et éviter la concentration des « mauvais risques » sur des instances spécialisées, par exemple.

2. Une autre option, pour accroître la capacité du marché et améliorer l'assurabilité du risque, consisterait à créer un *fonds* (à financement privé ou public) qui jouerait un rôle de réassurance en excédent de perte ou de sinistre (*stop/excess loss reinsurance*) (éventuellement en conjonction avec une réassurance proportionnelle) pour couvrir les sinistres particulièrement coûteux (coût par sinistre ou/et coût annuel par assureur).
3. De même, on pourrait envisager la création d'un *système d'indemnisation limité sans faute* pour couvrir les préjudices graves ou les préjudices vis-à-vis desquels il est difficile de déterminer la responsabilité d'une partie (infections contractées à l'occasion d'un traitement médical, par exemple).
4. Dans le cadre d'un ensemble plus vaste de réformes, en cas de crise aiguë, les pouvoirs publics peuvent aussi envisager des *mesures de subventionnement temporaires* pour compenser en partie le coût des primes que doivent acquitter les médecins (mesures de subventionnement direct ou indirect) afin de s'assurer que tous les prestataires de soins puissent payer les primes d'assurance responsabilité médicale.

Quelles que soient les options retenues, les pouvoirs publics doivent être très attentifs au coût (pour les citoyens, pour les prestataires de soins et pour les assureurs), ainsi qu'à la viabilité à long terme des mesures, instances ou aides. L'impact de l'implication des pouvoirs publics sur la capacité du marché et la concurrence doit aussi s'apprécier au regard du traitement équitable des victimes, des prestataires de santé et des divers types d'organismes d'assurance sur le marché.

2. Opter pour un système sans faute

A) Systèmes sans faute

Certains pays pourraient aussi envisager d'opter pour l'introduction d'un système entièrement sans faute. Dans ce cas, la victime n'a pas à prouver la faute ou la négligence pour être indemnisée et les fonctions de prévention sont prises en charge par d'autres voies et d'autres institutions. Divers critères et diverses possibilités doivent être envisagés au moment d'instaurer un tel système :

1. *Champ de la couverture* (autrement dit, prestataires de santé dans un cadre public/privé et/ou établissements publics/privés).
2. *Élément déclencheur de l'indemnisation* (type d'accident ou procédure définissant la couverture).

3. *Types de dommages accordés* (dommages économiques/non économiques/à caractère punitif et exemplaire) et niveau des dommages (montant fixe/montant proportionné au niveau du préjudice/montant proportionné à la gravité de la négligence).
4. *Réexamen périodique* du caractère approprié du niveau et de la nature de l'indemnisation (en fonction des évolutions sur le plan médical, social et culturel).
5. *Sources de financement* : un financement public par l'impôt ou par des contributions à la charge des médecins et/ou des établissements peut s'envisager, de même qu'un financement entièrement par le marché privé. Dans ce dernier cas, diverses méthodes peuvent être considérées pour fixer les taux de primes : des polices d'assurance tarifées selon l'historique des sinistres peuvent être difficiles à appliquer dans un contexte sans faute et on pourrait préférer une tarification de groupe (en fonction des revenus des médecins et des établissements).

Quelles que soient les caractéristiques des fonds qui pourraient être établis, les pouvoirs publics devraient être particulièrement attentifs à la possible augmentation du nombre des réclamations et des demandes de garanties annexes que pourrait induire la mise en place d'un système d'indemnisation sans faute. Dans ce contexte, on pourrait prévoir une évaluation périodique du coût global du système, d'une part et, d'autre part, du niveau de satisfaction des patients victimes d'accidents et des contribuables quant au niveau d'indemnisation et à l'efficacité du système. En outre, selon les options choisies, les pouvoirs publics pourraient concevoir des mécanismes incitatifs et des dispositions en faveur de la prévention, destinés aux médecins et aux établissements.

B) Assurance directe

Enfin, on peut envisager l'assurance directe pour compléter l'assurance de la responsabilité médicale ou pour couvrir des segments très spécifiques de la population (par exemple, les groupes qui participent à des recherches expérimentales).

3. Améliorer la gestion du risque médical

Dans tous les systèmes, il conviendrait d'instaurer et de mettre en œuvre des procédures de gestion du risque médical pour améliorer la sécurité des patients. Il s'agirait, en particulier, de renforcer les mécanismes de signalement et d'identification des risques, de mesurer correctement leur impact et de rechercher des solutions pour mieux y faire face.

A) Dans le contexte du droit de la responsabilité civile

Les mécanismes de responsabilisation sont censés faire partie intégrante du système de recours contentieux. Cependant, étant donné les risques de sanctions économiques et disciplinaires en cas de signalement d'accidents médicaux, le système se révèle souvent incapable d'analyser les erreurs médicales et, souvent, manque d'une vision globale des défaillances du système de santé. Dans ce contexte, sans doute faudrait-il donner la priorité à la mise au point de procédures efficaces de signalement et de gestion des risques impliquant les acteurs du secteur public et du secteur privé. Cette priorité pourrait se décliner en un certain nombre de mesures :

1. Mise en place d'organismes indépendants et protégés pour renforcer la confidentialité du signalement (obligatoire ou volontaire) et de l'analyse des erreurs médicales, afin d'élaborer des recommandations visant à réduire les risques.
2. Mise en place d'une approche de gestion des risques et d'un processus de qualité au sein des établissements de santé.
3. Obligation pour les médecins de se former à la prévention des erreurs médicales et à la gestion des risques, et de se conformer à certains critères de diligence, ces obligations constituant une condition de leur droit d'exercice. Cela pourrait recouvrir, en particulier, les éléments suivants :
 - Définition de normes spécifiques de pratique médicale (selon la spécialité concernée) en tenant compte de l'analyse des erreurs passées et/ou des événements préjudiciables.
 - Participation des médecins à des activités en faveur de la sécurité et de la qualité des soins (ou obligation de participer à des activités de gestion des risques pour recevoir des aides dans les pays concernés ou pour bénéficier de taux de primes d'assurance minorés).
 - Nécessité d'informer convenablement le patient (sur sa maladie, les traitements possibles et leurs conséquences probables), et développement de la réglementation pour le recueil plus systématique et plus formalisé du consentement éclairé du patient.
 - Utilisation des technologies médicales appropriées et gestion électronique des dossiers médicaux des patients.
 - Formation régulière des prestataires de santé aux nouveaux traitements et procédés médicaux.
 - Les organisations de défense des médecins, dans les pays où elles se sont beaucoup développées, pourraient jouer un rôle auprès de leurs

adhérents pour les encourager à ne plus pratiquer une médecine défensive. Pour ce faire, elles pourraient :

- ❖ promouvoir un changement culturel au sein de la spécialité/du groupe ;
- ❖ informer les médecins sur les procédures efficaces de gestion du risque au sein des établissements de santé.

4. La réforme de la responsabilité civile pourrait aussi promouvoir les mécanismes destinés à dissuader de pratiquer une médecine défensive, en distinguant entre la négligence grave et les accidents difficilement évitables, ou au travers de dispositifs d'offres à l'amiable. À cet égard, il conviendrait d'éviter de reprocher aux prestataires de santé d'être à l'origine d'accidents iatrogènes « classiques » tandis que, d'un autre côté, on pourrait encourager les procédures disciplinaires applicables au petit nombre de médecins à l'origine de problèmes multiples.

B) Dans le cadre des systèmes sans faute

Des mesures analogues peuvent être mis en place dans le cadre de systèmes sans faute en mettant particulièrement l'accent sur des mécanismes de prévention indépendants, la responsabilisation des professions médicales et l'évaluation de leurs pratiques. Cela pourrait passer par les mesures suivantes :

1. Mise en place d'un organisme spécialisé (par exemple composé de spécialistes des soins de santé) qui serait chargé d'enquêter sur les erreurs médicales et de suivre et de contrôler l'application des mécanismes de prévention, ainsi qu'éventuellement de retirer le droit d'exercice à un médecin.
2. Introduction de mécanismes économiques incitatifs en direction des établissements de santé et des praticiens pour améliorer la sécurité du patient (par le biais, par exemple, d'une contribution directe pour couvrir la responsabilité ou dans le cadre d'exams par les pairs).

Notes

1. Un accident iatrogène est une réaction défavorable à un traitement médical induite par l'effort thérapeutique lui-même ou, plus simplement, un accident causé par une procédure médicale.
2. Critère de l'homme normalement compétent établi, en Angleterre, dans l'affaire Bolam c/ Friern Hospital Management Committee [1957].
3. Comme c'est le cas au Canada.
4. On notera que, souvent, les représentants du marché de l'assurance sont hostiles à ce type de mesure.

Bibliographie sélective

- American College of Obstetricians and Gynaecologists (2004), « ACOG's Red alert on OB-Gyn care reaches 23 states », août.
- AHMAC Legal Process Reform Group (2002), *Responding to Medical Indemnity Crisis: An integrated Reform Package*, Chaor: Professor Marcia Neave.
- AON Conseil et Courtage (2003), « Droit de la responsabilité médicale : les conséquences de l'évolution récente sur l'assurance des professionnels de santé », *Dossier documentaire*, janvier.
- AON (2004), « Hospital Professional Liability and Physician Liability: 2003 Benchmark Analysis Highlights », janvier.
- ASPE (2004), *Analysis of National Practitioner*, Data Bank report, février.
- Australian Competition and Consumer Commission (2005), *Medical indemnity premium monitoring report*, décembre.
- Bhasale et al. (1998), *Medical Journal of Australia*.
- Brennan, T.A. et M.M. Mello (2003), « Patient Safety and Medical Malpractice: A Case study », *Annals of Internal Medicine*.
- Cull, H. (2001), *Review of processes concerning adverse medical events*. Wellington: Ministry of Health.
- Danzon, P.M. (1984), « Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets », *J. Legal Studies* 13(3): 517-549.
- Danzon, P.M. (2000), « Liability for Medical Malpractice », in *Handbook of Health Economics*, Anthony J.C. et J.P. Newhouse eds.
- Danzon, P.M., A.J. Epstein et S. Johnson (2003), *The "Crisis" in Medical Malpractice Insurance*, the Wharton School, University of Pennsylvania, décembre.
- Drabsch (2005), « No-fault compensation », New South Wales parliamentary library research service, Briefing Paper, n° 6, mai.
- GAO (US General Accounting Office) (1990), *Medical Malpractice: Few Claims Resolved through Michigan's Voluntary Arbitration Program*, GAO/HRD, décembre.
- GAO (2003), *Malpractice Insurance: Multiple Factors Have Contributed to Increased Premium Rates*, juin.
- Harris Interactive (2004), « Most Doctors Report Fear of Malpractice Liability Has Harmed Their Ability to Provide Quality Care », in the Harris Poll, vol. 22, mai.
- HHS (US Department of Health and Human Services) (2002), *Confronting the new Health Care Crisis: Improving health care quality and lowering costs by fixing our medical liability system*, HHS, 24 juillet.

- HHS (2003a), *Addressing the new health care crisis: Reforming the medical litigation system to Improve the Quality of care*, HHS, mai.
- HHS par Hellinger, Fred J. et W. Encinosa (2003b), *The impact of State Laws Limiting Malpractice Awards on the Geographic Distribution of Physicians*, HHS, 3 juillet.
- The Hon. Robert Carr (2002), « Strong Community Response to Public Liability Reforms », Media Release, 4 septembre.
- HOPE (Hospitals of the European Union) (2004), *Insurance and Malpractice*, Final Report, Brussels, 12 avril.
- Hubbard, Chris (2000), « Culpability and Compensation in Canadian Health Care: Much Ado About no-Fault? », *Mc Gill Journal of Medicine*; 5:111-6.
- Institute of Medicine, research by Kohn L.T. et al. (1999), *To Err is Human: Building a Safer Health System*, Washington: National Academy Press.
- Kessler, Daniel P. et Mark B. Mc Clellan (1996), « Do Doctors Practice Defensive Medicine? », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 111, n° 2, mai.
- Localio, A.R. et A.G. Lawthers et al. (1991), « Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence. Results of the Harvard Medical Practice Study III », *New England Journal of Medicine*, vol. 325, pp. 245-251, 25 juillet.
- Maulik, Joshi et Anderson, John et al. (2002), « A system Approach to Improving Error Reporting », *Journal of Healthcare Information Management*, vol. 16, n° 1, hiver.
- Mello, M. Michelle (2003), *Malpractice Liability and Medical Error Prevention, paper prepared for the Council on Health Economics and Policy*, Conference on Medical Malpractice in Crisis: Health Policy options, mars.
- Miyasaka, Yuhei (2002), « JMA Professional Medical Liability Insurance Program », in *JMA Policies*, 45(10): 407-415.
- Morris, Greg (2005), « Managing the tide tort reform in the health care industry » in *AON Focus*, 25 avril.
- NAIC (National Association of Insurance Commissioners) (2001), *Profitability by line of State*.
- O'Connell Jeffrey et Christopher Pohl (1998), « How reliable is Medical Malpractice Law? », *359 Journal of Law and Health*.
- O'Connell, J., J. Kidd et E. Stephenson (2004), *An Economic Model of Costing « Early Offers » Medical Malpractice Reform*, University of Virginia Law School, paper 10.
- O'Connell, J. et al. (2005), « The economic benefits of Early Offers », *New Mexico Law Review*, vol. 35, n° 2, été, p. 259.
- OCDE, Pr. Michael G. Faure et Pr. Tom Hartlief (2003), *Assurance et expansion des risques systémiques*, Aspects fondamentaux des assurances n° 5.
- OCDE, Colombo F. et N. Tapay (2004), *L'assurance maladie privée dans les pays de l'OCDE*.
- Rogers, Graham consultant report commissioned by the Australian Government (2005), *Review of competitive neutrality in the medical indemnity insurance market*, mars.
- Sanders and Esmail (2003), *Family Practice*, 20, pp. 231-236.
- Shaw, Dr. Charles et James Coles (2001), *The Reporting of Adverse Clinical Incidents: International Views and Experience*, CASPE Research, octobre.

- Sloan, Frank A., Carrie A. Mathews, Christopher J. Conover et William M. Sage (2005), *Public Medical Malpractice Insurance: An analysis of state-operated Patient Compensation Funds*, 22 mars.
- Studdert, D.M., Y.T. Yang, M.M. Mello (2004), « Are Damage Caps Regressive? A study of Malpractice Jury verdicts in California », *Health Affairs*, vol. 23, n° 4.
- Swiss Re (2003), « Prion infection on the rise? Hospitals in need of modern risk management », *Focus Report*.
- Thomas, EJ, D.M. Studdert, H.R. Burstin et al. (2000), « Incidence and Types of Adverse Events and Negligent Care in Utah and Colorado », *Medical Care*, 38(3):261-271.
- United States Congress, Joint Economic Committee (2003), *Liability for Medical Malpractice: Issues and Evidence*, May. Voir aussi www.house.gov/jec/tort/05-06-03.pdf.
- Vidmar, Neil (1995), *Medical Malpractice and the American Jury: Confronting the Myths about Jury Incompetence, Deep Pockets, and Outrageous Damage Awards*, University of Michigan Press.
- Vincent, Charles (2005), *The Evolution of Patient Safety*, Smith and Nephew Foundation Professor of Clinical Safety Research, Imperial College London; Department of Surgical Oncology and Technology, St Mary's Hospital, London, novembre.
- Virginia birth-related neurological injury compensation board (2006), *A Study to Establish an Economically Balanced Approach for Funding the Birth – related Neurological Injury Compensation Fund*, House document n° 11.

ANNEXE A

Couverture des incidents médicaux Tableaux comparatifs : couverture et indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE

Tableau A.1. **Marché de l'assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale : principales caractéristiques et évolutions**

| | Sinistres/indemnisation Tendances Ratio de pertes des assureurs | Évolution des primes Spécialistes concernés | Caractéristiques du marché Taille, principaux prestataires Existence de pools d'assureurs | Caractéristiques des polices d'assurance Fait générateur Existence de plafonds ou d'autres restrictions |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Allemagne | Sinistres en 2002 : € 250 m. Fortes pertes pour certaines spécialités. Demandes d'indemnisation en hausse pour les établissements de soins. | | 50 sociétés d'assurance. Coassurance pour certains gros risques. | Base survenance. |
| Australie | Baisse, en 2003-04, du montant, du nombre et de la fréquence des indemnisations, après une hausse les 5 années précédentes. Le montant moyen des sinistres continue de diminuer. Ratio de pertes brutes de 99 en 2003-04 ¹ . | Primes encaissées de € 185 m. Baisse de 12 % des primes en 2003-04, hors subventions. Les primes avaient augmenté les trois années précédentes. Auparavant, problème de niveau des primes pour les obstétriciens, les neurochirurgiens et les généralistes exerçant la médecine d'intervention. | 5 sociétés d'assurance couvrant essentiellement les médecins libéraux, chacune étant la captive d'un organisme mutuel de défense des médecins. Depuis le 1 ^{er} juillet 2003, l'assurance ne peut provenir que d'assureurs agréés. Pool obligatoire pour la couverture après cessation de l'activité, financé par les médecins en exercice. | Avant 2003, pour les sociétés mutuelles, protection généralement à caractère discrétionnaire en base survenance du risque. Depuis le 1 ^{er} juillet 2003, le marché fournit une couverture contractuelle en base réclamation. Plafond contractuel moyen de 20 m AUD (environ € 12 m). Régime public d'assurance après cessation d'activité du médecin. |
| Autriche | 2003 : environ 3 500 sinistres. Augmentation de 30 % depuis 2002. 2003 : montant total des indemnisations : € 29 m (+54 % depuis 2002). Ratio de pertes en 2003 : 188.8 | 2003 : € 15.4 m. Augmentation des primes d'assurance et de réassurance. Difficultés pour les établissements de soins, les gynécologues, les chirurgiens, les chirurgiens plasticiens et les anesthésistes. | 15 sociétés d'assurance. 5 sociétés se sont retirées du marché. | Base survenance. |
| Belgique | Sinistres en 2000 : € 3.4 m. | 2003 : € 23 m. Difficultés ou augmentation des primes pour : anesthésistes, obstétriciens et établissements de soins. | 17 sociétés dont 2 mutuelles. Concentration accrue du marché. La coassurance peut être utilisée pour les établissements de soins. | Base survenance. Base réclamation. Système mixte : prorogation de la garantie 3 ans après l'expiration de la police. Plafond pour les médecins : environ € 5 m par an et/ou par année de survenance. |

**Tableau A.1. Marché de l'assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale :
principales caractéristiques et évolutions (suite)**

| | Sinistres/indemnisation Tendances Ratio de pertes des assureurs | Évolution des primes Spécialistes concernés | Caractéristiques du marché Taille, principaux prestataires Existence de pools d'assureurs | Caractéristiques des polices d'assurance Fait générateur Existence de plafonds ou d'autres restrictions |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Canada | Baisse en moyenne du nombre de sinistres (avec des disparités d'une région et d'une spécialité à l'autre). | 2005 : CAN\$310 m de primes encaissés par l'Association canadienne de protection médicale. | 1 mutuelle (but non lucratif), l'Association canadienne de protection médicale couvre 95 % des médecins en exercice. Petit nombre d'assureurs commerciaux couvrant les 5 % restants. | Base survenance. Pas de plafonds. La protection de la part de l'Association canadienne de protection médicale a un caractère discrétionnaire. |
| Danemark | | | Pool/association d'assureurs : tous les assureurs couvrant l'indemnisation des patients doivent faire partie de l'Association pour l'assurance des patients (voir le tableau A.2). | Base survenance : Demande d'indemnisation dans les 5 ans à compter du dommage. Indemnisation dans les 10 ans à compter du dommage. Sont couverts uniquement les dommages dépassant 10 000 DKR (environ € 1 300). Indemnisation notamment si le dommage remplit l'une des conditions suivantes : dommage évitable par un spécialiste expérimenté (examen et traitement) ; mauvais fonctionnement ou défaillance du matériel technique ; dommage disproportionné lié à l'examen, au diagnostic et au traitement. Les plafonds d'indemnisation sont fixés chaque année par le ministre de la Santé. |
| Espagne | Augmentation du montant et du nombre des sinistres. | US\$246 m (y compris 220 m pour le système public de santé). | 3 sociétés d'assurance. Retraits du marché. | Base réclamation. Base survenance (délai de 12 à 24 mois). Formules mixtes. Plafonds : Pour les généralistes : US\$0.75 m par sinistre ; US\$1.5 m par an Pour les spécialistes : US\$1.125 par sinistre ; US\$2.25 m par an Pour les établissements : US\$3.750 m par sinistre ; US\$7.5 m par an. |

Tableau A.1. **Marché de l'assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale :**
principales caractéristiques et évolutions (suite)

| | Sinistres/indemnisation Tendances Ratio de pertes des assureurs | Évolution des primes Spécialistes concernés | Caractéristiques du marché Taille, principaux prestataires Existence de pools d'assureurs | Caractéristiques des polices d'assurance Fait générateur Existence de plafonds ou d'autres restrictions |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| États-Unis | US\$28.7 milliards en 2004. Forte augmentation de la gravité et de la fréquence : environ 10 % par an depuis 2000 (variations importantes d'un État à l'autre). Ratio de pertes en 2002 : 143.6 | Les primes d'assurance et de réassurance augmentent régulièrement depuis 2001/2002. Différences d'un État à l'autre. Les neurochirurgiens et les obstétriciens/gynécologues sont les plus touchés. | Sociétés mutuelles (appartenant dans la plupart des cas aux médecins ; elles couvrent 60 % du marché). Sociétés captives et auto-assurance pour les grands prestataires de soins (hôpitaux, groupes de centres de long séjour, grands groupes de médecins). Des Joint Union Associations (JUA) ont été mises en place dans plusieurs États. Plusieurs grands assureurs se sont retirés du marché : Saint-Paul, PHICO et Frontier Insurance Group en 2002. | Généralement réclamations sur une période d'un an. Base survenance. Au moins 7 États imposent aux médecins une couverture minimale : Pour les médecins, entre US\$100 000 et 1 m par sinistre et entre US\$300 000 et 3 m par an. |
| Finlande | Légère augmentation du nombre et du montant des sinistres ; en 2004, environ 7 000 ; un tiers indemnisé. 2003 : € 22.7 m ; 2004 : € 23.4 m Ratio de pertes : 80. | Légère augmentation des primes : 2003 : € 33.9 m ; 2004 : € 37.3 m. | 10 sociétés d'assurance ; pas de retrait enregistré. Pool d'assureurs : tous les assureurs couvrant l'indemnisation des patients doivent être membres du Centre pour l'assurance des patients créé en 1987 (voir le tableau A.2). | Base survenance. Sont uniquement couverts les dommages dépassant € 200 par sinistre. L'indemnisation (avec franchise) est largement accordée pour les dommages corporels résultant de soins, lorsque l'une des conditions suivantes est remplie : dommage lié au traitement, dommage lié au matériel, infection, dommage dû à un accident, dommage par incendie ou brûlure, erreur pharmaceutique et dommage déraisonnable. |
| France | Sinistres en 2003 : € 350 m. | 2003 : € 300 m. Difficultés ou augmentation des primes pour : anesthésistes, chirurgiens et obstétriciens. | Environ 10 sociétés d'assurance, dont 3 mutuelles. Coassurance : de 2002 à juin 2003, Groupement temporaire d'assurance médicale, remplacé par un groupe de coréassurance. Le Bureau central de tarification propose une coréassurance. | Base réclamation (régime obligatoire depuis 2003). Plafonds : Pour les généralistes et spécialistes : € 3 m par sinistre ; € 10 m par an. Pour les établissements : au cas par cas. |

**Tableau A.1. Marché de l'assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale :
principales caractéristiques et évolutions (suite)**

| | Sinistres/indemnisation Tendances Ratio de pertes des assureurs | Évolution des primes Spécialistes concernés | Caractéristiques du marché Taille, principaux prestataires Existence de pools d'assureurs | Caractéristiques des polices d'assurance Fait générateur Existence de plafonds ou d'autres restrictions |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Grèce | Augmentation rapide des sinistres. Ratio de pertes : 112. | 20 à 30 % des praticiens ne trouvent pas d'assurance. Difficultés de réassurance. | | Base réclamation. Plafonds : Pour les généralistes, les spécialistes et les établissements de soins : US\$30 000 par sinistre; US\$90 000 par an. |
| Hongrie | Légère augmentation des sinistres. | US\$6 m | 4 sociétés d'assurance. | Base survenance. Base réclamation. |
| Islande | Nouvelle branche d'assurance : manque d'antécédents. | US\$441 100 | 4 sociétés d'assurance. | Base survenance. Plafonds depuis 2000 : Pour les généralistes et spécialistes : US\$62 500 par sinistre; US\$187 500 par an. Pour les établissements : US\$62 500 par sinistre; US\$0.5 m par an. |
| Italie | Augmentation des sinistres. Nombre des sinistres : environ 15 000 Montant : € 2.4 milliards Ratio de pertes en 2003 : 250 | Augmentation des primes, en particulier pour les obstétriciens et gynécologues, chirurgiens, orthopédistes et anesthésistes. Difficultés d'assurance et de réassurance. | Moins de 10 sociétés d'assurance. De nombreuses sociétés d'assurance se retirent du marché. | Base réclamation. |
| Japon ² | Augmentation du nombre de sinistres. | | L'Association médicale japonaise (société mutualiste) s'appuie sur un contrat d'assurance non-vie. | Base réclamation. Franchise de 1 m yens. Plafond de 100 m yens par an (environ 1 m US\$), indemnisation spécifique des dépens de justice. Depuis 2001, une assurance volontaire spéciale couvre jusqu'à 200 m yens par accident et 600 m yens par an. |

Tableau A.1. **Marché de l'assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale :**
principales caractéristiques et évolutions (suite)

| | Sinistres/indemnisation Tendances Ratio de pertes des assureurs | Évolution des primes Spécialistes concernés | Caractéristiques du marché Taille, principaux prestataires Existence de pools d'assureurs | Caractéristiques des polices d'assurance Fait générateur Existence de plafonds ou d'autres restrictions |
|------------------|---------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Luxembourg | Légère augmentation du nombre de sinistres. | Légère augmentation des primes Les chirurgiens et les chirurgiens plasticiens sont les plus touchés. | | Base survenance. Plafonds : Pour les généralistes et spécialistes : US\$6.5 m par sinistre; US\$19.5 m par an. Pour les établissements : US\$10 m par sinistre; US\$16.25 m par an. |
| Nouvelle-Zélande | Légère augmentation des sinistres. | Légère augmentation des primes. Primes : environ US\$7.2 m. | Marché limité en raison de l'existence de l'Accident Compensation Corporation (ACC) (voir le tableau B). 1 société mutuelle couvrant 90 à 95 % des prestataires de soins et 1 société d'assurance. | Base survenance. Couverture de type discrétionnaire. |
| Pays-Bas | Légère augmentation (environ 15 %) du nombre de sinistres. | Primes brutes : € 30-35 m. | Soins hospitaliers : 2 sociétés mutuelles Médecine de ville, autres professionnels exerçant à titre individuel : 5 sociétés d'assurance. | Base réclamation. Plafonds : Établissements hospitaliers € 2.5 m/par sinistre; € 6 m par an Professionnels à titre individuel : € 1.25 par sinistre; € 2.5 par an |
| Pologne | Augmentation du nombre et du montant des sinistres depuis 2000. | Les chirurgiens et les gynécologues sont les plus touchés. | Marché relativement nouveau (1999) 15 sociétés d'assurance. | Bases incident/acte médical. Plafonds pour les généralistes et les spécialistes : de € 25 000 à 46 500 |
| Portugal | Ratio de pertes pour l'assurance responsabilité professionnelle : 74 en 2004 | Marché très limité : l'assurance responsabilité professionnelle, y compris l'assurance responsabilité médicale, ne représente que 0.42 % de l'assurance non-vie et 0.16 % des activités totales d'assurance. | | |

Tableau A.1. **Marché de l'assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale : principales caractéristiques et évolutions (suite)**

| | Sinistres/indemnisation Tendances Ratio de pertes des assureurs | Évolution des primes Spécialistes concernés | Caractéristiques du marché Taille, principaux prestataires Existence de pools d'assureurs | Caractéristiques des polices d'assurance Fait générateur Existence de plafonds ou d'autres restrictions |
|---------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| République slovaque | Pas d'augmentation. | | 11 sociétés d'assurance. | Base réclamation. |
| République tchèque | Pas d'augmentation. | | 8 sociétés d'assurance. | Base survenance. Base réclamation. Plafonds : Pour les généralistes, les spécialistes et les établissements de soins : US\$210 000 par sinistre ; US\$420 000 par an. |
| Royaume-Uni | Montant des indemnisations : £500 m par an (environ € 730 m). Augmentation de 10 % par an. Fréquence nettement accrue ces 3 à 4 dernières années : augmentation d'environ 5 % par an ⁹ . | Augmentation des demandes d'indemnisation en particulier dans le cas des obstétriciens (qui sont toutefois largement couverts par le régime public : 60 % des dépenses liées au contentieux médical). Les sages-femmes exerçant à titre libéral éprouvent des difficultés à s'assurer. | Les médecins travaillant pour le National Health Service sont couverts par l'État <i>via</i> un fonds non assuré. 3 organisations de défense des médecins (MDO) : l'une d'entre elles, la Medical Defence Union (MDU), indemnise sur une base d'assurance (au travers de la Converium Insurance Ltd); les 2 autres MDO (la Medical Protection Society et la Medical & Dental Defence Union of Scotland) indemnisent sur une base discrétionnaire. Le Lloyds peut couvrir les risques individuels exceptionnels. Saint-Paul s'est également retiré du marché du Royaume-Uni en novembre 2001. | Assurance en base réclamation pleinement rétroactive par la MDU (avec assurance gratuite après cessation d'activité pour les dentistes) en plus de l'indemnisation de type discrétionnaire en base survenance pour les sinistres ne relevant pas de la police d'assurance. Base survenance de type discrétionnaire pour l'indemnisation de la part des deux autres MDO. Faible pourcentage de médecins et dentistes assurés auprès d'autres prestataires. Plafonds (pour les polices MDU) : £10 millions pour chaque période assurée/pour chaque sinistre. |

Tableau A.1. **Marché de l'assurance des incidents médicaux/responsabilité médicale :**
principales caractéristiques et évolutions (suite)

| | Sinistres/indemnisation Tendances Ratio de pertes des assureurs | Évolution des primes Spécialistes concernés | Caractéristiques du marché Taille, principaux prestataires Existence de pools d'assureurs | Caractéristiques des polices d'assurance Fait générateur Existence de plafonds ou d'autres restrictions |
|---------|----------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Suède | 10 000 sinistres par an : Environ 35 à 40 % sont indemnisés. Pas d'augmentation. | Les chirurgiens et les orthopédistes sont les plus touchés. | 10 sociétés d'assurance, la société mutuelle d'assurance des Conseils des comtés ayant une part de 95 %. 2 sociétés mutuelles. | Base survenance. Indemnisation lorsque le dommage aurait pu être évité et en particulier dans les cas suivants : le dommage médical ou dentaire était évitable si la règle de l'art avait été respectée; défaillance du matériel ou produits médicaux défectueux; erreur de diagnostic; transmission d'infections; accident; erreur pharmaceutique. Plafonds dans le cadre de la loi sur l'indemnisation des patients : US\$730 000 par sinistre; franchise : US\$170. |
| Suisse | Augmentation du nombre et du montant des sinistres. | US\$54 m. Augmentation des primes. 5 % des praticiens et/ou établissements ne sont pas couverts. Exclusion des chirurgiens plasticiens et des chirurgiens orthopédistes par certaines sociétés d'assurance. | 4 à 5 sociétés d'assurance. Diminution du nombre de sociétés d'assurance (faillites et retraits). | Base réclamation. Plafonds : Pour les généralistes et spécialistes : US\$4.2 m par sinistre et par an. Pour les établissements : US\$8.3 m par sinistre et par an. |
| Turquie | Augmentation du nombre de sinistres. | Légère augmentation des primes. | 4 sociétés d'assurance | Base survenance. Base réclamation. Certaines restrictions sont apparues dans les polices en base survenance |

1. Le ratio de pertes brutes de 99 en 2003-04 exclut les résultats d'un assureur qui réévalue sensiblement ses provisions pour sinistres. Si l'on tient compte de ces résultats, le ratio de pertes brutes est de 45 pour 2003-04.
2. Source : Réponses du Japon au questionnaire et Miyasaka, Yuhei (2002).
3. Ces chiffres concernent uniquement le système NHSLA, et pas les assureurs privés.

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Allemagne | Erreur prouvée; la charge de la preuve peut être transférée au prestataire de soins en vertu des critères définis par la jurisprudence. Préjudice : économique; non économique. Responsabilité solidaire. | Obligatoire en vertu du code de conduite de l'association des médecins pour les professionnels de la santé et pour les praticiens médicaux d'un établissement. | Non. | |
| Australie | Préjudice : économique; non économique ¹ . Réformes en 2002 concernant la prescription, la norme de diligence exigée des médecins pour le traitement de leurs patients, ainsi que les plafonds et seuils de réparation du préjudice. En outre, effort d'harmonisation du droit de la responsabilité civile entre les États : – Modification du droit de la responsabilité, notamment en ce qui concerne la faute contributive et la responsabilité proportionnelle. – Modification du montant des dommages-intérêts accordés pour dommages à la personne ou préjudice économique en cas de faute professionnelle. – Modification des délais de prescription et des modes de règlement des sinistres, notamment en ce qui concerne la procédure judiciaire, la conduite juridique et les dépens de justice. | Dans certains États, un médecin ne peut exercer que s'il est assuré. | Mise en place d'un dispositif de financement des sinistres non provisionnés d'un assureur, financé en partie par un prélèvement sur les assureurs membres ; – Depuis le 1 ^{er} juillet 2004, couverture des praticiens privés qui ont cessé leur activité au moyen d'un prélèvement sur les assureurs responsabilité médicale, financé par un relèvement des primes des affiliés. – Les pouvoirs publics financent la moitié de l'indemnisation au-dessus de AUD 300 000 et l'intégralité au-dessus de AUD 20 m (via deux dispositifs : celui concernant les sinistres à coût élevé et celui concernant les sinistres exceptionnels). | Subvention pour les praticiens dont la prime est élevée par rapport à leur revenu. Au total, l'aide des pouvoirs publics atteint environ AUD 545 m sur 4 ans. Autres mesures : – Meilleure gestion des sinistres. – Meilleure évaluation des risques cliniques. |
| Autriche | La charge de la preuve incombe désormais au prestataire de soins; erreur prouvée et erreur présumée. Préjudice : économique; non économique. Une réforme du droit de la responsabilité civile est envisagée. | Obligatoire en vertu du code de conduite de l'association des médecins pour les professionnels de la santé et pour les praticiens médicaux des établissements de soins. | Non. | La gestion des risques à l'hôpital est considérée comme un instrument utile. |

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE (suite)**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Belgique | Erreur prouvée. Préjudice : économique; non économique. Responsabilité solidaire prononcée par les tribunaux au cas par cas. | Obligatoire en vertu du code de conduite de l'association des médecins pour les professionnels de la santé et les praticiens médicaux d'un établissement de soins. | Non. | La loi sur les droits des patients (22 août 2002) élargit la responsabilité des prestataires de soins. Projet de mise en place d'un régime de responsabilité sans faute afin d'indemniser plus rapidement les victimes. |
| Canada | Erreur prouvée. Préjudice : économique; non économique. Des dommages punitifs peuvent être également accordés (mais rarement) (ils ne sont pas couverts par l'Association canadienne de protection médicale). Responsabilité solidaire. | Obligatoire dans 5 provinces. Tendance à la protection obligatoire pour les médecins. | Non. | |
| Danemark | Indemnisation sans faute : l'indemnisation couvre le préjudice économique. Réparation du <i>pretium doloris</i> uniquement en cas d'incapacité de travail ou de maladie supérieure à une certaine durée ne pouvant dépasser 3 mois. | Obligatoire pour les établissements de soins et pour tous les prestataires de soins (depuis le 1 ^{er} janvier 2004), sauf dans le cas de l'État, des collectivités locales et de la Société de l'hôpital de Copenhague, qui sont auto-assurés. Obligatoire pour les assureurs membres de l'Association pour l'assurance des patients. | La loi sur l'assurance des patients du 1 ^{er} juillet 1992 a instauré un régime d'indemnisation sans faute par l'Association pour l'assurance des patients. Cette association est financée par les assureurs des prestataires de soins et par certains organismes non assurés (notamment l'État, les collectivités locales et la Société de l'hôpital de Copenhague). L'Association, <i>via</i> son organe de gestion, règle les sinistres et fixe l'indemnisation selon la loi sur la responsabilité et la réparation du préjudice. Elle indemnise en outre directement si l'indemnisation est supérieure au plafond de la police d'assurance ou en cas de responsabilité solidaire. | Les patients peuvent exercer un recours contre la décision de l'Association auprès de la Commission de recours pour l'indemnisation des patients. |

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE (suite)**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Espagne | Erreur prouvée et erreur présumée. L'erreur n'est pas exigée lorsqu'il n'y a pas eu consentement éclairé du patient. Préjudice : économique ; non économique. Responsabilité solidaire. | Obligatoire pour les professionnels de santé et les établissements pratiquant la médecine privée. | Non. | |
| États-Unis | Erreur prouvée ; Erreur présumée ; Dans certains cas, responsabilité quasi objective. Préjudice : économique ; non économique. Dommages-intérêts punitifs et autres. Responsabilité solidaire ou conjointe, selon la législation de l'État. | Obligatoire dans une majorité d'États pour les médecins et les établissements de soins, et condition de l'agrément. Les établissements hospitaliers exigent souvent que leur personnel soit assuré. | Des fonds d'indemnisation des patients ont été mis en place dans certains États (Indiana, Kansas, Louisiane, Nebraska, Nouveau-Mexique, Pennsylvanie, Caroline du Sud et Wisconsin). Ils interviennent généralement comme assureurs en dernier ressort. En Virginie (1987) et en Floride (1988), un régime d'indemnisation sans faute a été instauré pour les dommages neurologiques survenant à la naissance. | Une législation fédérale est envisagée pour plafonner le préjudice non économique (US\$250 000) et pour limiter les dommages-intérêts punitifs. Vingt-huit États ont une loi qui plafonne le préjudice non économique ou le préjudice total : Alaska, Californie, Colorado, Floride, Géorgie, Hawaï, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiane, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, Nouveau-Mexique, Dakota du Nord, Ohio, Dakota du Sud, Texas, Utah, Virginie, Virginie Occidentale et Wisconsin et, récemment, Caroline du Sud (avril 2005) et Illinois (août 2005). En outre, des dispositifs d'offres amiables se mettent en place en vue d'un règlement rapide des demandes d'indemnisation sans contentieux judiciaire. Certains États ont adopté des mesures aidant les médecins pour leurs frais d'assurance. Une nouvelle législation a été adoptée en juillet 2005 afin d'améliorer la sécurité des patients et les mécanismes d'information. |

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE (suite)**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Finlande | Indemnisation sans faute. Préjudice : économique; non économique. | Obligatoire pour tous les professionnels de la santé. Pour les assureurs membres du pool. | Le Centre pour l'assurance des patients, créé en 1987 (loi sur l'indemnisation des patients n° 585/1986), règle les sinistres et intervient comme fonds de garantie en cas de faillite ou de liquidation d'un assureur patients ou en cas de défaut d'assurance d'un prestataire de soins. Il assure également les prestataires de soins en cas de refus d'assurance. | Depuis 2000, la Commission d'indemnisation des patients évalue les demandes d'indemnisation et rend des avis concernant le règlement des sinistres médicaux et leur indemnisation. |
| France | Erreur prouvée. Erreur présumée (uniquement en cas d'affection nosocomiale en séjour hospitalier). La loi sur le droit des malades, du 4 mars 2002, a renforcé les droits des patients. Préjudice : économique, non économique. Responsabilité solidaire prononcée par les tribunaux au cas par cas. | Obligatoire pour les prestataires de soins et pour les établissements publics et privés. Couverture obligatoire pour les assureurs : le Bureau central de tarification tarifie les risques qui ont été refusés par les assureurs. | Un établissement public indemnise sans faute les victimes d'accidents thérapeutiques de faible gravité. Il est financé par une dotation du budget de l'assurance maladie publique. L'ONIAM (Office national d'indemnisation des accidents médicaux) indemnise également les victimes d'affections nosocomiales en cas d'invalidité supérieure à 25 %. | Depuis 2003, à titre temporaire, et depuis la loi de juillet 2004 sur l'assurance maladie, une partie de la hausse des primes d'assurance responsabilité médicale de certains spécialistes est financée par l'État dès lors que sont respectées certaines conditions de pratique médicale. Création de l'Observatoire des risques médicaux, organisme public chargé de l'évaluation des risques médicaux. |
| Grèce | Erreur prouvée. Préjudice : économique; non économique. Dommages-intérêts punitifs possibles. | Non. | | |
| Hongrie | Erreur prouvée. | Obligatoire pour les professionnels de santé ou assurance directe par l'établissement de soins. | Non. | |

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE (suite)**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Islande | Erreur prouvée, Erreur présumée. La loi de 2000 sur l'assurance des patients prévoit un régime de responsabilité quasi objective. Préjudice : économique ; non économique. Existence de dommages-intérêts punitifs. Responsabilité solidaire. | Obligatoire pour les professionnels de santé et pour les établissements privés de soins. L'assureur ne peut opposer un refus d'assurance. | Régime national d'indemnisation des accidents médicaux sans erreur médicale, dans le cadre du système de sécurité sociale. | |
| Italie | Erreur prouvée et erreur présumée (évolution de la philosophie de la faute). Existence de dommages-intérêts punitifs. Responsabilité solidaire. | Non. | Non. | |
| Japon | Erreur prouvée. Préjudice : économique ; non économique. | Pas obligatoire en vertu de la loi, mais tous les « membres de catégorie A » participent à un régime d'assurance dit JMA de responsabilité médicale. | | |
| Luxembourg | Erreur prouvée. Préjudice : économique ; non économique. | Non | Non. | |

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE (suite)**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Nouvelle-Zélande | Responsabilité sans faute/aucun droit d'action sauf pour : – Dommages-intérêts exemplaires et punitifs en cas de préjudice physique. – Préjudice non physique tel que stress psychologique/premium doloris (par exemple, par voie d'action disciplinaire à l'encontre d'un professionnel de santé). | Pas d'obligation en vertu de la loi, mais souvent <i>via</i> l'employeur ou la Société d'indemnisation des accidents (ACC). | La Société d'indemnisation des accidents (ACC) octroie dans le cadre d'une responsabilité sans faute une indemnisation et des prestations de réadaptation financées par l'État aux victimes d'accidents thérapeutiques (erreur médicale et accident médical) dû à la faute ou à la négligence d'un professionnel de santé. Dans le cadre de ce régime, la loi a supprimé le droit d'action en justice pour dommages à la personne. La victime conserve néanmoins un droit d'action pour les éléments de préjudice qui ne sont pas couverts, par exemple le stress psychologique. L'ACC doit rendre compte au responsable de la Commission pour la santé et l'invalidité (HDC). | Le responsable de la Commission pour la santé et l'invalidité (HDC) instruit la demande d'indemnisation, agit comme médiateur et saisit le cas échéant d'autres organes juridictionnels pour qu'ils se prononcent sur des éléments de préjudice comme les pertes pécuniaires, le <i>lucrum cessans</i> , l'humiliation, etc. Une nouvelle réforme, entrée en vigueur le 1 ^{er} juillet 2005, a encore élargi la couverture de ce dispositif, qui prend désormais en charge tout dommage découlant d'un traitement qui n'est pas la conséquence normale de ce traitement. |
| Pays-Bas | Régime de responsabilité sur la base de l'erreur prouvée (tous soins ambulatoires) Soins hospitaliers : l'hôpital est responsable des erreurs commises par tous les professionnels de la santé (médecins/infirmières) Essais (cliniques) : responsabilité sans faute. Préjudice dans le cadre du régime de responsabilité pour faute et du régime de responsabilité sans faute : économique et non économique. | Responsabilité sans faute pour les essais cliniques (<i>Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen</i>). | | |
| Pologne | Erreur prouvée uniquement. Préjudice : économique ; non économique. | Obligatoire pour les professionnels de santé et les établissements de soins. | | |
| Portugal | Responsabilité pour faute. | Non. | Non. | |

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE (suite)**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| République slovaque | Erreur prouvée uniquement. Préjudice : économique ; non économique. | Obligatoire pour les professionnels de santé et les établissements de soins. | Non. | |
| République tchèque | Erreur prouvée ; erreur présumée. Préjudice : économique ; non économique. Responsabilité solidaire. | Obligatoire pour les professionnels de la santé ou, directement, <i>via</i> l'établissement de soins. | Non. | Plafond pour l'indemnisation du <i>pretium doloris</i> et du préjudice pour atteinte aux conditions de vie en société. Au-delà du plafond, la victime peut également obtenir une indemnisation pour préjudice économique. |
| Royaume-Uni | Il faut prouver le manquement à une obligation et le lien de causalité (avis d'experts, Bolam test et balance des probabilités). Préjudice : économique ; non économique. Existence de dommages-intérêts punitifs Responsabilité solidaire prononcée par les tribunaux au cas par cas. | Les médecins et dentistes doivent avoir une garantie adéquate et suffisante (pas nécessairement une assurance) de la part de leurs instances professionnelles. Dans le cas des dentistes, cette obligation résulte de la loi (elle sera imposée aux médecins en 2006). Les établissements privés de soins doivent souscrire une assurance dans le cadre de la loi de 2000 sur les normes de soins. | Autorité spéciale dans le cadre du NHS (the National Health Service Litigation Authority – NHSLA). | La NHSLA met en œuvre un programme de gestion active des risques. Un projet de loi concernant les recours contre le NHS a été récemment déposé au Parlement, afin d'offrir aux patients une voie autre que judiciaire pour les indemnisations de faible montant. |
| Suède | Responsabilité sans faute. Préjudice : économique ; non économique. Faible indemnisation de la douleur et de la souffrance. Responsabilité solidaire. | Depuis 1997, tous les prestataires et établissements de soins doivent souscrire une assurance patients. | La loi sur la responsabilité civile à l'égard des patients, entrée en vigueur en 1997, a réformé le régime précédent d'assurance sans faute mis en place en 1975. | |

Tableau A.2. **Régime de responsabilité et rôle des pouvoirs publics dans la conception et la réforme de l'indemnisation des incidents médicaux dans les pays de l'OCDE (suite)**

| | Régime de responsabilité Notion de faute appliquée Préjudice indemnisé Existence d'une responsabilité solidaire | Assurance obligatoire | Fonds public d'indemnisation Fonds de garantie | Autres mesures ou projets Subvention, évaluation des risques, tarification réglementée, honoraires |
|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Suisse | Préjudice : économique ; non économique (à l'exclusion de l'atteinte à la qualité de la vie). Une réforme du régime de responsabilité est à l'étude. | Non. | Non. | |
| Turquie | Erreur prouvée et erreur présumée. Sans erreur. Préjudice : économique ; non économique. Responsabilité solidaire. | Projet de réforme visant à rendre obligatoire l'assurance des médecins. | Non. | Préparation de réformes de nature à développer le marché de l'assurance responsabilité médicale. |

1. Y compris le pretium doloris et l'atteinte à la qualité de la vie.

LES ÉDITIONS DE L'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
IMPRIMÉ EN FRANCE
(21 2006 05 2 P) ISBN 92-64-02906-0 - n° 55322 2006

Aspects fondamentaux des assurances

Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux

La fiabilité, l'efficacité et la viabilité des systèmes de santé ainsi que la sécurité des patients supposent des systèmes de compensation et de prévention des risques médicaux qui :

- couvrent de manière appropriée la responsabilité des professionnels et des établissements de santé ;
- compensent équitablement les patients victimes de préjudices ; et
- limitent les mauvaises pratiques médicales.

Au cours des dernières années, dans certains pays de l'OCDE, les dispositifs d'indemnisation et de prévention des dommages ont rencontré des difficultés. Celles-ci ont notamment conduit certains spécialistes et chirurgiens à quitter leur métier ou à développer une médecine « défensive » coûteuse et inutile quand elle n'est pas porteuse de risque pour les patients.

Le rapport et les tableaux comparatifs présentent et évaluent les différents types de dispositifs et de réformes élaborés et mis en place dans les pays de l'OCDE afin de réduire et d'indemniser plus efficacement les incidents médicaux. En tenant compte des spécificités de chaque situation domestique et en particulier des systèmes de santé, l'étude analyse également les raisons principales des difficultés rencontrées par certains de ces systèmes de compensation et de prévention.

L'étude offre finalement une série unique de suggestions ciblées à l'adresse des parties prenantes publiques et privées dans les pays membres et non membres de l'OCDE. Elle intéressera particulièrement ceux qui cherchent à mettre en place un dispositif d'indemnisation/prévention plus efficace pour gérer les incidents résultant d'un traitement médical.

Le texte complet de cet ouvrage est disponible en ligne aux adresses suivantes :

<http://www.sourceocde.org/finance/9264029060>

<http://www.sourceocde.org/questionssociales/9264029060>

Les utilisateurs ayant accès à tous les ouvrages en ligne de l'OCDE peuvent également y accéder via :

<http://www.sourceocde.org/9264029060>

SourceOCDE est une bibliothèque en ligne qui a reçu plusieurs récompenses. Elle contient les livres, périodiques et bases de données statistiques de l'OCDE. Pour plus d'informations sur ce service ou pour obtenir un accès temporaire gratuit, veuillez contacter votre bibliothécaire ou SourceOECD@oecd.org.

N° 11



ISBN 92-64-02906-0
21 2006 05 2 P

www.oecd.org

