

Responsabilité civile médicale

VERS UNE SOLUTION AUX CRISES ASSURANTIELLES ?



BÉNÉDICTE DOLLFUS

Délégué général

Association des professionnels de la réassurance en France (APREF)

Une société plus exigeante vis-à-vis du monde médical, une procédure d'indemnisation facilitée, un environnement législatif sans grande cohérence et souvent conçu dans l'urgence, et enfin un accroissement de la fréquence des accidents médicaux, ont fait de la responsabilité civile médicale une des branches les plus difficiles à assurer. Confronté à une augmentation importante des primes demandées par les assureurs, le gouvernement a lancé en 2010 deux missions interministérielles confiées à M. Johanet, qui ont abouti à l'élaboration d'un nouveau cadre réglementaire. Ces solutions sont-elles à même de répondre enfin aux problèmes structurels d'assurabilité de la responsabilité civile de certaines spécialités médicales?*

La responsabilité civile médicale (RCM) est, en France comme dans bien d'autres pays, une branche considérée comme l'une des plus difficiles à assurer et réassurer. Porteuse d'enjeux essentiels et bien souvent antagonistes, elle présente en outre, d'un point de vue strictement assurantiel, des caractéristiques propres en raison d'un déroulement très long, de la coexistence de risques hétérogènes (praticiens et établissements de soins), du besoin d'expertise dans un environnement aussi complexe qu'évolutif et d'un manque de

visibilité technique, économique et juridique, qui rendent tout modèle inopérant. De ce fait, et bien qu'il s'agisse d'un petit marché en termes de volumes de primes comme de capacité requise, l'offre d'assurance est restreinte aujourd'hui à un nombre limité d'acteurs, qu'il s'agisse de généralistes, pour qui elle constitue une activité très secondaire, ou d'un cercle étroit de sociétés spécialisées, dont elle est pratiquement la raison d'être. Quelques réassureurs ayant développé un service spécialisé y jouent un rôle important.

De nombreux textes législatifs et réglementaires, sans grande cohérence entre eux et n'apportant que des solutions partielles, voire temporaires, en l'absence de vision d'ensemble, se sont succédé au cours de la dernière décennie dans le but de rendre à la RC médicale son « assurabilité ». Dans tous les cas, ils ont été conçus dans l'urgence afin de pallier des contractions abruptes de l'offre et le désengagement brutal de certains acteurs, à quoi s'ajoute une augmentation importante des primes exigées particulièrement des professions considérées comme à risque (chirurgiens, gynécologues obstétriciens, anesthésistes) répondant à une évolution du risque extrêmement préoccupante.

Les difficultés perdurant, le gouvernement a voulu se donner en 2010 le temps de la réflexion pour rechercher une solution globale, consensuelle et durable aux problèmes subsistant en ce qui concerne plus particulièrement la couverture de la responsabilité des professionnels de santé libéraux, à laquelle cet article se limitera¹. C'est dans ce contexte que Gilles Johanet, ancien directeur de la CNAMTS², s'est vu

* Cet article est issu des travaux de l'auteur pour le CHEA, avec la collaboration de Benoît Guimbaud, auteur d'un mémoire sur le même sujet, soutenu dans le cadre de la session 2010/2011 du CHEA.

1. Nous ne traiterons donc pas des problématiques spécifiques à la couverture assurantienne des hôpitaux, qui ressortent pour leur part de la compétence des tribunaux administratifs.
2. Caisse nationale de l'assurance-maladie des travailleurs salariés.

confier deux missions interministérielles (Santé, Finances et Budget), la première pour établir un état des lieux, la deuxième pour faire des préconisations.

2011, dans la ligne des conclusions des rapports Johanet, a semblé marquer une étape décisive. Une myriade de projets législatifs appelés à mettre un terme aux problèmes récurrents de la branche en France ont en effet fleuri pour déboucher en juillet 2011, après quelques navettes, sur l'adoption par le Parlement d'un article de la loi Fourcade, qui paraissait enfin concrétiser une entente entre les parties vers la solu-

«L'évolution d'une société soucieuse de sécurité, exigeant une médecine de résultats, et plus procédurière pèse sur la fréquence des réclamations et la sinistralité dans son ensemble.»

tion recherchée. Le 4 août, cependant, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi relatives à la RCM pour utilisation d'un véhicule législatif inadéquat, remettant à plat une nouvelle fois l'édifice patiemment construit. Le ministre de la Santé a pris l'engagement de représenter son projet avant la fin de la législature. Une partie seulement de cette promesse semble tenue dans le cadre du PLF 2012, du fait de la difficulté à trouver un support législatif approprié pour le reste du projet.

Un exposé des enjeux et des difficultés inhérents à la RCM nous amènera à considérer si les solutions proposées au fil des crises assurantielles sont à même de répondre aux problèmes structurels de ce type de risque. Si la période actuelle semble à l'accalmie, des problèmes susceptibles de continuer à menacer à terme l'assurabilité de la RCM ne subsistent-ils pas ?

PALLIER LE MANQUE DE CONNAISSANCE DE DONNÉES ET APPLIQUER UN RÉFÉRENTIEL

La mise en jeu d'intérêts contradictoires, aussi nombreux et variés que les acteurs qui interfèrent sur la branche, explique les difficultés auxquelles la RCM est confrontée.

Enjeux politiques et sociaux

La santé publique est un enjeu majeur. La France a fait le choix de la santé pour tous au moindre coût pour le patient. Dans le même temps, le déficit de la Sécurité sociale doit être jugulé. Ce contrôle passe par un encadrement des honoraires des médecins, et des professionnels de santé en général, remboursables par la Sécurité sociale. Pour certains professionnels « à risque » conventionnés, cette situation pose le problème de leur capacité à payer des primes d'assurance correspondant au risque potentiel encouru dans leur métier.

Dans le même temps, l'évolution d'une société soucieuse de sécurité, exigeant une médecine de résultats, et plus procédurière pèse sur la fréquence des réclamations et la sinistralité dans son ensemble. Nous citerons à cet égard certains des développements sociétaux particulièrement frappants relevés dans le rapport Johanet, qui ont une lourde incidence sur l'évolution de la branche et sur sa prédictibilité :

- une multiplication et généralisation des politiques de dépistage, alors que la fiabilité technique à 100 % de tout dépistage est hors d'atteinte. À taux élevé de réussite (détection de 80 % des trisomies 21), cette politique renforce le mythe du risque zéro. Rares, les échecs sont perçus comme des erreurs ou injustices inacceptables dans la société actuelle, et donc générateurs de recours et de demandes de réparation.

- un développement d'une « médecine ultime », étendant son champ d'action aux âges et états pathologiques les plus fragiles. Il en est ainsi des grossesses de plus en plus tardives et à risque ou des interventions lourdes sur des patients affai-

blis, malades en phase terminale ou ayant atteint un âge avancé et sujets à pluri-pathologies. Ces nouveaux champs d'action ne peuvent que s'accompagner de fréquences élevées d'échec.

- un taux d'innovation très élevé dont « le rythme soutenu écrase la démarche qualité en déplaçant continuellement les cibles des échecs et erreurs à combattre ».

Politiques de dépistage anténatales, interventions chirurgicales, etc. accentuent encore les responsabilités portées par les professions à risque, gynécologues obstétriciens, chirurgiens, anesthésistes, mais aussi sages-femmes... Toutefois, les politiques de dépistage concernent aujourd'hui d'autres spécialités (par exemple les gastro-entérologues) et les médecins généralistes sont pour leur part de plus en plus souvent mis en cause. De même, l'attente de résultat touche toutes les disciplines dont l'activité peut être mesurée (kinésithérapie, radiothérapie). Il faut donc s'attendre à une généralisation de ces poursuites...

La modification de la perception du risque médical est accentuée par la pression :

- des médias, considérant la santé publique comme un sujet de chroniques de vulgarisation à succès (voir les articles sur le Mediator) ;
- des avocats dont les honoraires, s'ils ne peuvent pas être fixés en fonction du seul résultat judiciaire – contrairement aux États-Unis –, peuvent toutefois en tenir compte grâce à un honoraire complémentaire³ ;
- des associations de victimes, très actives.

Enjeux juridiques et judiciaires

Le risque porté par cette évolution sociétale est renforcé par l'action du législateur et de l'organe judiciaire, ainsi que par les incertitudes et errements du droit de la RCM.

Dans son souci de protection maximale du patient, le législateur français a défini un principe de réparation intégrale qui prévaut sans que les décisions des tribunaux ne soient encadrées. Parallèlement et

3. Art. 10 de la loi du 31 déc. 1971.

en conséquence, la responsabilité du praticien est en théorie juridiquement illimitée.

Ce concept de réparation intégrale, s'il répond à un impératif de protection de la personne humaine contre l'injustice dont elle est victime du fait de l'acte ou de la négligence médicale, est à la source de bien des dérives dans les indemnités, dérives qui contribuent à rendre la RCM difficilement assurable et à créer de profondes injustices entre les victimes.

En effet, la réparation intégrale n'obéit à aucun cadre susceptible de s'imposer ou d'encadrer les pratiques du juge ou des parties. Traditionnellement, dans notre pays, il est considéré que le pouvoir d'appréciation du juge doit être souverain et ne supporter aucune entrave. Le juge n'est tenu qu'à une seule règle : réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice.

Le juge est ainsi libre de définir les postes de préjudice des patients qui ne cessent de s'étendre : préjudices patrimoniaux actuels et futurs (pertes de revenus, mais aussi nécessité d'aide par tierce-personnes) comme extra-patrimoniaux (*pretium doloris*, déficit fonctionnel temporaire ou permanent, préjudice d'agrément...). Chacun peut librement inventer un nouveau poste de préjudice.

Le juge est libre de quantifier le montant de la « réparation intégrale » de ces préjudices, qu'il s'agisse de postes *a priori* économiquement quantifiables mais qui donnent déjà lieu à des indemnités diverses calculées, mais aussi de préjudices concernant les atteintes à la personne humaine, non quantifiables par nature, car non compensatoires d'une perte économique ou d'une perte d'espérance financière : préjudices esthétiques, psychiques, souffrances endurées...

Par ailleurs, les juridictions utilisent des barèmes médicaux divers pour mesurer les taux d'invalidité et des barèmes de capitalisation hétérogènes pour l'évaluation des préjudices futurs.

Enfin, les missions d'expertise sont peu ou mal définies, mal encadrées et ne répondent pas à des critères définis par avance.

Le concept de réparation intégrale s'applique non seulement à la quantification du préjudice subi, mais à la qualification de l'acte donnant lieu à préjudice. Alors que le droit de la responsabilité autre que contractuelle en France est généralement fondé sur la faute, et que la jurisprudence jusqu'à la fin des années 1980 n'imposait aux professionnels de santé qu'une obligation de moyens conforme à l'état de la science, l'autorité judiciaire n'a eu de cesse, dans une période plus récente, de pousser le législateur à prévoir la réparation de tous les préjudices subis, même en l'absence de faute, c'est-à-dire à faire indemniser l'aléa thérapeutique.

C'est ainsi qu'un certain nombre d'arrêts, principalement à partir de 1997, ont été causes de bouleversements du droit et sources d'une grave instabilité juridique, en condamnant des praticiens même en l'absence de faute ou en s'appuyant sur une présomption de faute avec renversement de la charge de la preuve :

– Le premier changement (C. Cass. 25 fév. 1997, *Hédreul*) concerne une condamnation pour défaut d'information, à charge au praticien d'apporter la preuve de l'exécution de son obligation d'information. Ces nouvelles règles ont été appliquées rétroactivement à des actes médicaux réalisés en 1975.

«Un certain nombre d'arrêts, principalement à partir de 1997, ont été causes de bouleversements du droit et sources d'une grave instabilité juridique, en condamnant des praticiens même en l'absence de faute.»

– En 1997, à nouveau, un arrêt de la Cour de Cassation retient non la faute, mais le fait du chirurgien. Il se dégage la jurisprudence suivante : la faute du chirurgien est présumée, dès lors qu'il a lésé un organe non concerné par l'intervention. Il lui appartient de démontrer qu'il n'a commis aucune faute pour ne pas être tenu responsable.

– Par ailleurs, en 1999, deux arrêts de la Cour de Cassation ont mis à la charge du médecin, en cas d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat, dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère.

– L'obligation de résultat a été invoquée dans l'arrêt *Bismuth* en ce qui concerne le matériel utilisé par un chirurgien-dentiste, et bien sûr, en 1995, par la Cour de Cassation à l'encontre des centres de transfusion sanguine en matière de fourniture de produits sanguins. Seul le lien de causalité entre l'intervention médicale et le préjudice doit être démontré par le patient.

Enfin, rappelons la décision de la Cour de Cassation du 17 novembre 2000 dans l'affaire *Perruche* qui invoque bien « les fautes du médecin et du laboratoire dans l'exécution du contrat », mais accorde réparation à l'enfant né avec un handicap au motif que sa mère n'avait pu exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour éviter sa naissance. Comme le souligne Benoît Guimbaud dans son mémoire du CHEA 2010-2011⁴, cet arrêt était contestable à double titre : d'une part en ce qui concerne la causalité, puisque la rubéole, cause du préjudice, n'est pas le fait de la faute du médecin ou du laboratoire, d'autre part sur le terrain du préjudice, puisqu'il revenait à définir la vie même de l'enfant comme fondement du préjudice.

Certes, l'objectif d'indemniser un préjudice grave mal pris en charge par la solidarité nationale est louable de la part des magistrats, mais il est potentiellement porteur de lourdes conséquences, dont le risque de la disparition de l'échographie fœtale libérale, au vu des dangers encourus par les praticiens.

Cette extrême confusion du droit applicable a par ailleurs largement contribué à jeter un doute profond sur l'assurabilité du risque RCM, à détourner nombre d'acteurs et à engendrer la crise profonde traversée par l'assurance RCM au début des années 2000.

⁴. « Assurance de responsabilité civile médicale : la fin des crises ? ».

Pour mieux comprendre les solutions recherchées et proposées par le législateur au cours de la dernière décennie, et avant de retracer l'historique de ces mesures, nous rappellerons les lignes principales du contexte dans lequel s'exerce la responsabilité du médecin.

MIEUX ENCADRER LE CHAMP DE RESPONSABILITÉS DU PROFESSIONNEL

Le marché de la RCM est tout d'abord un marché étroit. S'il est essentiel en termes de politique de santé publique, il est de faible impact par le volume de primes généré. Ce qui permet de penser qu'il serait aisément absorbable par l'assurance et la réassurance si les difficultés inhérentes à la branche étaient résolues.

«Le marché de la responsabilité civile médicale est tout d'abord un marché étroit. S'il est essentiel en termes de politique de santé publique, il est de faible impact par le volume de primes généré.»

Ces difficultés, pour en citer les principales, proviennent :

- du caractère très long terme de l'engagement que doit prendre le (ré)assureur ;
- du manque de transparence de la branche ;
- de l'augmentation de la fréquence de sinistralité ;
- de la hausse continue du coût des dommages corporels, et plus spécialement du poste de tierce-personne(s).

Un marché étroit

D'une part, si l'on considère les seuls professionnels de santé libéraux, il s'agit d'un marché étroit en nombre d'assurés : moins de 300 000 en étendant la mutualisation au maximum, c'est-à-dire en incluant non seulement les médecins, mais aussi les infirmiers, dentistes, pharmaciens

et bien entendu les sages-femmes, profession très exposée aux réclamations. Le nombre de chirurgiens libéraux ne dépasse pas 14 000 d'après le rapport Vallancien, et beaucoup sont appelés à prendre leur retraite dans les années qui viennent. Ces chiffres sont à comparer avec plus de 20 millions d'assurés en RC auto.

Ceci, bien sûr, se retrouve dans l'assiette de primes de la branche, estimée à moins de 500 millions d'euros en incluant les hôpitaux. Sur un volume de primes aussi étroit, les dérives des indemnités ont un impact sans commune mesure avec l'autre branche très sensible à l'inflation des corporels qu'est la RC auto, dont la prime en France est estimée à 18 milliards d'euros.

Enfin, c'est un marché sur lequel le nombre d'intervenants est limité, au moins pour le moment, bien qu'il ne semble plus y avoir aujourd'hui de problèmes de capacité. Il demande une expertise et une connaissance approfondie du risque. On y retrouve quelques intervenants spécialisés, comme la SHAM – très orientée sur le secteur des hôpitaux –, la MACSF, le Sou Médical, Pasteur Mutualité, quelques grands acteurs qui restent relativement en marge comme Axa, et surtout une segmentation accrue pour sélectionner les « bons risques ». Les professions considérées comme les plus à risque que sont principalement les professions à plateau se sont trouvées concentrées dans le portefeuille d'un assureur européen qui délivrait des couvertures limitées en montant à la garantie légale (3 millions d'euros), ce qui n'est pas sans poser de problèmes à terme sur la vulnérabilité d'un portefeuille ne bénéficiant pas de l'effet de diversification. C'est par ailleurs un risque fortement réassuré par quelques réassureurs qui ont développé un département spécialisé.

Un engagement à très long terme

La RCM est un risque à déroulement potentiellement très long qui sera en outre pénalisée par Solvabilité 2, particulièrement s'il s'agit de l'activité d'une entreprise non diversifiée. Elle est soumise à une latence dans la manifestation et la déclaration

des sinistres, le fait générateur pouvant survenir longtemps avant que le patient ne prenne conscience du préjudice subi et ne le déclare, et à des règlements qui peuvent s'échelonner sur des périodes longues, jusqu'à 30 ans voire davantage, en particulier pour les accidents liés à la naissance. Le montant du dommage est souvent difficile à évaluer avant la consolidation du sinistre. Une décision d'indemnisation récente par un tribunal de Bordeaux 28 ans après la naissance d'une jeune fille handicapée à 100 % vient encore de le rappeler.

Tout ceci contribue, pour les acteurs d'assurance et de réassurance, à rendre l'appréciation des sinistres et leur provisionnement très difficiles, et la tarification des affaires, fondée sur la sinistralité et sur le développement attendu du risque, particulièrement complexe.

Un médecin ou un obstétricien enfin peut voir sa responsabilité engagée longtemps après qu'il a cessé ses activités, ce qui risque de le conduire à la ruine personnelle s'il ne bénéficie plus d'aucune garantie.

La faible transparence des résultats techniques

Les résultats de la RCM en France sont inclus dans ceux de la RC générale, sans possibilité de les identifier, ce qui crée un manque de transparence et de lisibilité. Le rapport Johanet a mis l'accent sur une nécessaire clarification des comptes de l'assurance RCM. La création d'une branche distincte au sein de la RC semblant impossible au vu des catégories définies dans les directives européennes, l'autre solution proposée est d'instaurer une autonomie comptable permettant de suivre l'évolution des règlements, des provisions et des primes. Gilles Johanet, sur cette base, recommandait par ailleurs de redéfinir le contenu du rapport annuel de l'ACP.

Afin d'améliorer la connaissance de la branche, l'Observatoire des risques médicaux (ORM) a été créé en 2005 sous l'égide de l'ONIAM⁵. Après avoir col-

5. Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

lecté les données liées au risque médical – fréquence et origine des sinistres, montant des indemnités... – auprès des assureurs, mais aussi de l'ONIAM et de l'AP-HP⁶, qui s'autoassure, l'ORM a pour mission de publier un rapport annuel sur la sinistralité médicale. Il a de fait permis la mise en place de données quantitatives et d'informations plus pertinentes et plus homogènes qu'auparavant. Toutefois, même si la base de données regroupe les informations de différents organismes et est très complète au niveau de la typologie des sinistres, l'information ne concerne que les sinistres clos. De plus, après 2006, l'ORM a cessé d'effectuer des mises à jour annuelles sur une période assez longue. Un rapport 2010 sur la période 2006-2009 a enfin été publié début 2011.

Le rapport Johanet préconisait que l'ORM soit également chargé de la redéfinition du contenu du rapport annuel de l'ACP.

L'ONIAM pourrait également alimenter une base de données intégrant les réclamations et sinistres qu'il traite. De la même façon, la possibilité d'élaboration d'une base de données nationale recensant tous les règlements et décisions d'indemnités, qu'il s'agisse de règlements amiables ou de décisions des tribunaux administratifs et civils, est évoquée de façon récurrente, y compris dans les projets de lois.

En l'état actuel, le manque de transparence, et donc l'absence de données indispensables au fonctionnement de l'assurance, contribue à faire de la RCM un risque très difficile à pratiquer, particulièrement pour un nouveau venu ne disposant d'aucune statistique passée, en particulier en ce qui concerne les sinistres déclarés mais non encore réglés. Incertitudes sur les résultats et sur l'évolution signifient difficultés à tarifier et à provisionner dans la durée.

Une fréquence de sinistres en hausse continue

Le rapport de l'ORM précité montre que le nombre des dossiers indemnisés par l'ONIAM suit une croissance

forte et régulière. Cette constatation s'applique, bien qu'avec une progression plus irrégulière, à tous les acteurs de la RCM.

«Les résultats de la RCM en France sont inclus dans ceux de la RC générale, sans possibilité de les identifier, ce qui crée un manque de transparence et de lisibilité.»

Trois facteurs se conjuguent pour expliquer cette augmentation du nombre de sinistres déclarés :

- une société de plus en plus sensibilisée aux possibilités de recours – d'ailleurs facilités par la loi – et demandeuse d'une médecine de résultats ;
- une procédure d'indemnisation facilitée ;
- un accroissement de la fréquence des accidents médicaux, dont beaucoup auraient pu être évités⁷, et ceci malgré le développement des mesu-

res de prévention et l'établissement d'une procédure d'accréditation ou de certification pour les 21 spécialités dites « à risque », contrôlée par la HAS⁸.

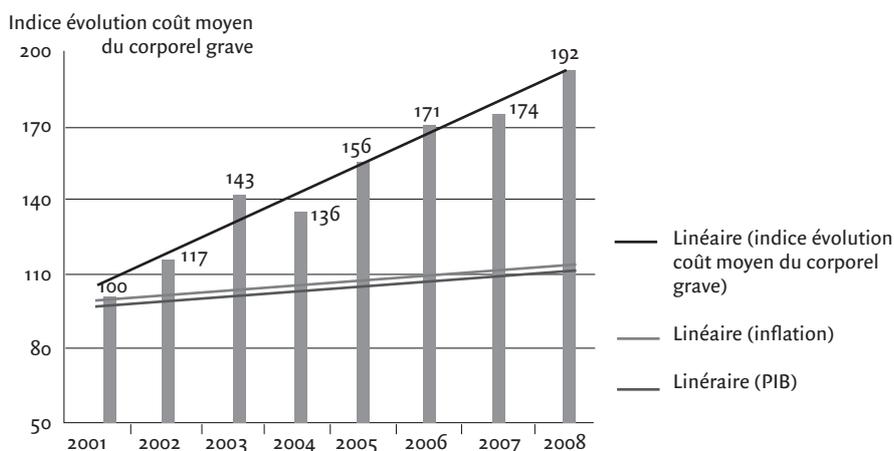
Cette constatation concerne aussi bien les affections iatrogènes (dus aux médicaments) que les infections nosocomiales ou les erreurs médicales. Contrairement à certains pays, la France n'a pas encore réussi à mettre en œuvre les mesures nécessaires pour maîtriser cette tendance. Pourtant, une évaluation des pratiques professionnelles a bien été instaurée par une loi de 2004, mais il était prévu que le Conseil régional de la formation médicale continue à qui était transmis le certificat d'évaluation puisse saisir le Conseil régional de l'ordre des médecins. Or ces deux conseils régionaux n'ont jamais vu le jour.

Sont témoins de cette hausse de la fréquence les rapports des assureurs, comme celui du Conseil médical du Sou Médical-groupe MACSF sur l'exercice 2009, cité par Benoît Guimbaud dans son mémoire du CHEA (2011)

7. Voir les ENEIS (Enquêtes nationales sur les événements indésirables) et leurs résultats dans le mémoire de Benoît Guimbaud (2011) précité, pp. 9-12.

8. Haute autorité de santé.

1. Évolution du PIB et de l'inflation par rapport au coût moyen d'un sinistre corporel grave supérieur à 50 % d'AIPP



■ On constate qu'à une croissance du PIB de 12 %, une évolution de l'inflation de 12 %, correspond sur la même période une augmentation du coût du corporel grave dans les indemnités versées de 92 %, une hausse autrement plus rapide que celle des

grands indicateurs économiques. Cette tendance reflète le développement des frais de soins, des frais d'équipement... mais aussi et surtout la dérive des indemnités sur le plan de l'assistance par tierce-personne.

6. Assistance publique-Hôpitaux de Paris.

sur la RCM, dont les conclusions sont une majoration des saisies des tribunaux s'accompagnant d'une augmentation du nombre et du pourcentage des condamnations :

– 1980-84 : 33 % de condamnations pour 254 décisions de justice ;
– 2007-09 : 68 % de condamnations pour 1 616 décisions de justice confirmant une évolution régulière et continue.

Ce sont les spécialités à risque qui sont le plus concernées : chirurgiens, gynécologues obstétriciens, anesthésistes... bien que l'on constate de plus en plus d'actions contre les généralistes et d'autres spécialistes.

Une hausse régulière du coût des dommages corporels...

La France est l'un des pays où l'indemnisation des dommages corporels est parmi les plus lourdes. Deux branches d'assurance sont particulièrement concernées par une inflation du coût des corporels préoccupante créée majoritairement par les dérives d'une jurisprudence non encadrée et génératrice de fortes disparités dans le traitement des victimes : les branches auto et RCM.

Bien que longtemps plus favorables, les juridictions administratives tendent à s'aligner sur les juridictions civiles.

Cette inflation que l'APREF a qualifiée de « plus forte sur le marché français que dans les pays économiquement comparables en Europe » concerne principalement la réassurance. Les réassureurs sont en effet dans la situation du payeur final disposant de peu d'influence sur le niveau et le suivi de l'indemnisation. La réassurance est particulièrement impliquée sur le financement des sinistres graves et subit de plein fouet la dérive du système indemnitaire. Plusieurs études de réassureurs et en particulier de SCOR ont largement démontré cet aspect.

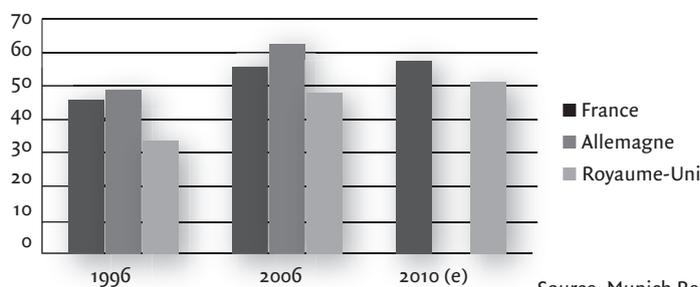
Le Graphe 1 est représentatif de cette inflation des sinistres graves sans commune mesure avec l'évolution du PIB sur la période 2001-2008.

...et du poste de tierce-personne

Le poste de l'aide humaine représentée de fait à lui seul aujourd'hui près de 60 % du montant total des liquidations des préjudices corpo-

2. Le poids des coûts de soin dans l'indemnisation a subi une inflation importante

Part (en %) du poste « tierce-personne » dans le sinistre total



rels déclarés en réassurance, comme le montre cette étude de Munich Re (voir Graphe 2).

Cette dérive provient principalement de la majoration continue du coût horaire et parallèlement du nombre d'heures allouées, qui sont de plus en plus souvent supérieures à 24 h/24, combinant une allocation forfaitaire (24 h) et une allocation analytique par poste d'assistance. Les indemnités des tribunaux ne tiennent pas suffisamment compte de la distinction entre assistance active, passive et surveillance pure, non plus que de la nécessité d'expertise post-aménagements. On note enfin une absence de méthodologie d'appréciation des besoins d'assistance et d'un outil d'évaluation d'aide humaine⁹.

Les réponses apportées par les actions successives du législateur et du régulateur peuvent-elles être considérées comme offrant des solutions à l'ensemble des problèmes ainsi constatés ?

LES RÉPONSES LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES (2002-2010)

Le législateur, confronté à une situation que Claude Évin, rapporteur du projet de loi de mars 2002 dite loi Kouchner, a qualifié « d'insatisfaisante pour les professionnels de santé qui ont de plus en

plus souvent le sentiment d'avoir une épée de Damoclès au-dessus de leur tête, la Cour de Cassation essayant de trouver la faute pour pouvoir justifier l'indemnisation », a d'abord en toute logique cherché à remédier à la confusion du droit créée par une jurisprudence encline à accorder à tout prix la réparation intégrale des préjudices. Paradoxalement, la première crise de l'assurance RCM est intervenue peu après la promulgation de la loi Kouchner et a donné naissance à la loi About du 30 décembre 2002. Cette dernière a été adoptée dans un contexte d'urgence puisqu'il fallait trouver une solution d'assurance pour des centaines d'établissements et de professionnels de santé.

Les lois de 2002

Les lois Kouchner et About de 2002 ont défini un cadre réglementaire sécurisant. Elles ont posé le principe d'une indemnisation de l'aléa thérapeutique, sur la base de la responsabilité sans faute, prise en charge par la solidarité nationale (ONIAM créé à cette occasion) à laquelle se substitue l'assurance en cas de faute. En cas de défaut ou d'insuffisance d'assurance, le praticien est alors redevable sur ses biens propres.

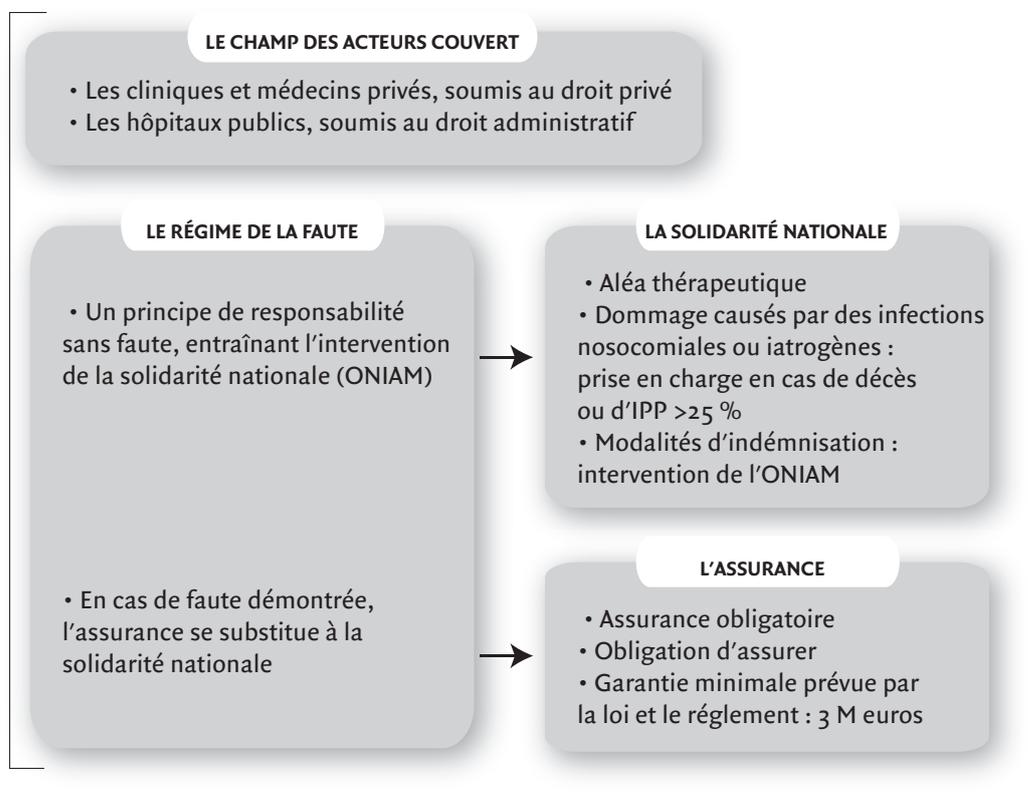
S'il devenait clair que l'assurance n'était appelée qu'en cas de faute du praticien, la loi de 2002 ne précisait pas si cette faute devait être prouvée ou présumée, ce qui a donné lieu à nouveau à diverses interprétations judiciaires.

La législation de 2002 a cantonné la possibilité de mise en cause des assureurs pour responsabilité sans faute à deux domaines : les infections noso-

9. Sur tous ces aspects, voir « Aide humaine : problématique du dépassement des 24h Tierce personne pour les Corporels graves », note APREF de février 2011.

3. 2002 : lois Kouchner et About Le régime de la responsabilité médicale

Le régime de responsabilité médicale posé par les lois Kouchner et About



comiales et les produits défectueux –auxquels se sont ajoutées par la suite les affections iatrogènes –, mais a fait supporter les conséquences graves par la solidarité nationale. La réparation des conséquences dommageables des infections nosocomiales et des affections iatrogènes dépend en effet désormais du degré de gravité du dommage consécutif à l'infection : en dessous de 25 % d'IPP¹⁰, elle reste à la charge de l'assureur ; au-delà et en cas de décès elle est indemnisée par l'ONIAM qui dispose toutefois d'un droit de recours contre l'assureur du responsable de l'infection « *en cas de faute établie de l'assuré* ».

L'assurance devenait obligatoire avec un minimum de 3 millions d'euros par sinistre et 10 millions d'euros par an. Un des objectifs était une plus grande mutualisation des risques tendant à une diversification des portefeuilles, un allègement de la

charge moyenne des sinistres et donc une diminution des primes d'assurance ainsi mutualisées. Parallèlement était posé le principe de l'obligation d'assurer... et fin 2002, du fait de la pénurie d'offre d'assurance et de la hausse des cotisations compte tenu du caractère déficitaire des résultats techniques du risque, était créé le GTAM¹¹, pool de coassurance considéré comme temporaire, mais auquel le GTREM¹² succédera en 2004 afin d'absorber les risques non assurés, transmis par le BCT¹³.

Enfin la loi About, après le retrait du marché de plusieurs compagnies, a instauré un déclencheur unique de la garantie dans le temps, sur la base de la date de réclamation de la victime, réduisant ainsi la durée d'engagement de l'assureur et donc ses incertitu-

des, et une partie du caractère long terme de la branche. Elle enterre le système du fait générateur qu'imposait jusqu'alors la Cour de Cassation, donne plus de visibilité à l'assureur pour calculer la prime en fonction du sinistre déclaré, évite à l'assuré d'avoir à rechercher un assureur qui risque d'avoir disparu pour faire jouer des garanties qui ne sont plus adaptées à l'évolution de la situation. La loi prévoyait enfin une clause de garantie subséquente prolongeant jusqu'à 10 ans (5 ans minimum) la couverture des sinistres déclarés après la résiliation de la police d'assurance en cas de cessation d'activités, afin d'offrir au praticien responsable une meilleure protection dans le temps. L'ensemble du dispositif ainsi mis en place est mieux résumé dans le tableau ci-dessus (Tableau 3).

Enfin, les procédures de saisie étaient facilitées et accélérées par la mise en place et l'implication des

11. Groupement temporaire d'assurance médicale.

12. Groupement temporaire de la réassurance médicale.

13. Bureau central de tarification.

10. Invalidité permanente partielle.

CRCI¹⁴ à la demande de la victime, « chargées de faciliter le règlement amiable des litiges entre usagers et professionnels de santé... ». Dans les 6 mois, la CRCI doit, par expertise médicale sur le fond, décider si le préjudice est dû à une faute ou à un aléa thérapeutique. L'assureur (si faute) ou l'ONIAM propose dans les 4 mois une indemnisation à la victime, sachant que l'assureur après indemnisation peut se retourner contre l'ONIAM s'il conteste la faute. En cas de refus de la victime de l'indemnisation proposée, elle doit alors choisir la voie juridictionnelle.

« Les lois Kouchner et About de 2002 ont posé le principe d'une indemnisation de l'aléa thérapeutique, ou responsabilité sans faute, prise en charge par la solidarité nationale. »

La période 2002-2010

Il est apparu rapidement que trois problèmes importants subsistaient.

D'une part, segmentation du marché aidant, les primes des professions à risque continuaient de monter. La loi du 13 août 2004 a donc défini une procédure d'accréditation ouverte aux spécialistes « à risque » qui le souhaitent et leur donnant droit à une subvention sur leurs primes d'assurance. Cette aide à la souscription d'assurance a augmenté au fil du temps (Décret de 2006) allant jusqu'à représenter une part conséquente de la cotisation à verser à leur assureur (subvention à partir d'une prime de 4 000 euros, jusqu'à 18 000 euros pour des obstétriciens, et jusqu'à 55 % pour certains spécialistes du secteur²). Les primes de certaines spécialités toutefois continuaient à augmenter.

Ensuite deux « trous de garanties » menaçaient les praticiens et provoquaient un risque de ruine personnel avec la crainte d'une désaffection croissante pour les spécialités

les plus visées (chirurgiens, anesthésistes, et surtout gynécologues obstétriciens) :

– Tout d'abord un trou de garantie « en montant », du fait de l'épuisement de la garantie d'assurance : la responsabilité du praticien dans l'exercice de ses fonctions est légalement illimitée. Certes la loi de 2002 a fixé une obligation d'assurance mais le minimum légal d'assurance est de 3 millions d'euros et ce sont justement les professions à risque qui rencontrent des difficultés à s'assurer au-delà de ce seuil. Les décisions des tribunaux ne sont encadrées légalement par aucun référentiel ni aucun barème. Le praticien est donc exposé au risque d'une condamnation à une indemnisation supérieure à la limite de la police d'assurance.

– Ensuite un trou de garantie « dans le temps », du fait de l'expiration de sa garantie d'assurance, le sinistre pouvant être déclaré après la période de 10 ans suivant la cessation d'activités du praticien, et celui-ci risquant de se trouver dans ce cas poursuivi sur ses biens propres.

Le législateur avait prévu l'intervention de l'ONIAM pour les seules affaires portées devant les CRCI avec possibilité de recours contre le praticien en cas d'épuisement, mais pas en cas d'expiration de la garantie. Par ailleurs, l'article 44 de la LFSS¹⁵ pour 2010 limite les cas où l'ONIAM, lorsqu'il est substitué à un praticien condamné par une juridiction à indemniser une victime d'un accident lié à la naissance, peut exercer une action récursoire. L'article 44 précise en effet que l'ONIAM se substitue au médecin exerçant une spécialité chirurgicale, obstétricale ou d'anesthésie-réanimation en ce qui concerne les dommages subis par une victime à l'occasion d'un acte de naissance, pour la partie des indemnités non prise en charge par les assureurs, sans possibilité de recours à l'expiration de la garantie de 10 ans, et en cas d'insolvabilité du praticien dans le cas d'épuisement de la garantie.

La rédaction insuffisante et extrêmement complexe de l'article 44 n'a pas apporté de réponse suffisante au risque de ruine pesant sur les médecins libéraux. Son champ d'action est restreint par ailleurs aux seules trois spécialités expressément nommées, uniquement dans le cadre d'un accident lié à la naissance. Dans ce contexte, divers incidents, dont une grève des gynécologues obstétriciens, ont conduit le gouvernement en 2010 à confier à Gilles Johanet deux missions interministérielles, la première pour établir un état des lieux, la deuxième pour faire des préconisations.

2010 : la mission Johanet

Parmi les mesures proposées par le rapport Johanet déposé fin janvier 2011, citons les principales :

- une meilleure transparence par autonomie comptable de la branche ;
- une limitation de la garantie dans le temps à 10 ans pour tous les professionnels libéraux (et non seulement les trois catégories citées dans le cadre d'un accident lié à la naissance) ;
- une harmonisation des couvertures (seuil minimum 5 millions d'euros) et une plus grande équité dans le traitement des victimes par une reprise d'éléments de la loi Lefrand portant sur la nomenclature unique des postes préjudices, l'expertise, l'adoption d'un barème médical unique et d'un barème unique de capitalisation des rentes ;
- la diffusion d'un référentiel d'indemnisation indicatif (de type ONIAM) auprès des juridictions civiles dans le même souci d'harmonisation des indemnisations et de frein aux dérives jurisprudentielles ;
- enfin la suppression des trous de garantie en montant par l'instauration d'un pool de co(ré)assurance financé par la mutualisation la plus large possible entre assurés sociaux et praticiens de la santé, l'adhésion étant obligatoire pour les assureurs.

Ce rapport recensait ainsi un grand nombre des problèmes rencontrés par l'assurance du risque RCM et proposait des solutions concrètes.

14. Commissions régionales de concertation et d'indemnisation.

15. Loi de financement de la Sécurité Sociale.

La saga 2011

En 2011, par la voix de Xavier Bertrand, le gouvernement a exprimé son intention de trouver « une solution globale, consensuelle et durable aux problèmes subsistant en ce qui concerne la couverture de la responsabilité des professionnels de santé libéraux ». Parlementaires et gouvernement ont donc voulu donner au rapport Johanet une concrétisation législative.

Après de nombreuses discussions, beaucoup d'allers et retours entre les deux chambres et l'introduction d'amendements divers et variés, le Parlement a voté l'amendement à l'article 24 de la loi HPST¹⁶, devenu l'article 56 de la loi dite Fourcade. Celui-ci prévoyait tout d'abord la prise en charge par l'ONIAM, sans possibilité de recours, du « trou de garantie » dans le temps pour toutes les professions à risque. En ce qui concerne le risque d'épuisement de la garantie, le gouvernement a choisi, non la solution privée défendue par M. Johanet et les réassureurs, mais la prise en charge du « trou de garantie en montant » par un fonds public géré par la CCR, dans la limite des sommes disponibles dans le fonds. Le financement de ce fonds repose sur un dispositif de mutualisation et une contribution forfaitaire obligatoire de tous les professionnels de santé devant être fixée par décret. Dans le même temps le gouvernement préconisait, selon les souhaits des assureurs et réassureurs, un minimum légal d'assurance par sinistre à 8 millions d'euros à entériner par décret afin de ne pas empiéter sur le marché de l'assurance et de la réassurance existant.

Enfin, l'article reprenait les éléments de la loi Lefrand visant à une meilleure homogénéité du traitement des victimes par un encadrement des indemnités : barème médical unique, nomenclature unique des postes de préjudice (Dintilhac), utilisation d'un barème de capitalisation unique en ce qui concerne l'évaluation des prestations futures, et enfin étude de la mise en place d'un référentiel et d'une base de données des indem-

nisations. L'ensemble du dispositif prenait effet au 1^{er} janvier 2012.

Un grand pas vers la solution consensuelle recherchée semblait enfin franchi, même si un certain nombre de points restaient encore à éclaircir ou à améliorer.

Toutefois, le 4 août le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi relatives à la RCM pour utilisation d'un véhicule législatif inadéquat et remis en cause une nouvelle fois l'ensemble du dispositif. Dans la foulée de cette décision contraire qui a paralysé le processus engagé, le Gouvernement a exprimé sa ferme intention de faire adopter les dispositions de la loi HPST par la voie d'un autre véhicule avant la fin de cette législature.

En ce sens, l'article 146 de la Loi de Finances du 28 décembre 2011 prévoit en effet « la création d'un fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral ». L'ONIAM désormais exerce son recours contre ce fonds non seulement en cas d'épuisement de la garantie d'assurance du professionnel de santé, mais également de son expiration dans le temps. La contribution forfaitaire annuelle à la charge de tous les professionnels de santé, fixée par arrêté ministériel, est située entre 15 et 25 euros, et peut être modulée en fonction de la profession exercée. Il est enfin prévu qu'« avant le 31 décembre 2016, le Gouvernement présente au Parlement un bilan de l'application des dispositions de l'article L. 426-1 du Code des assurances analysant en particulier l'adéquation du montant de la contribution affectée au fonds pour couvrir les indemnités dont il est susceptible d'avoir la charge ». Le Sénat, de manière intéressante, a modifié cette dernière disposition par un amendement avançant le premier rapport d'étape au 31 décembre 2014, et ajoutant : « Avant le 31 décembre 2016, [le gouvernement] établit le bilan définitif du dispositif proposé pour en évaluer l'intérêt en le comparant à d'autres mécanismes possibles de prise en charge », sans spécifier à quels types de mécanismes il est fait référence.

En revanche, une partie essen-

tielle aux yeux des assureurs et des réassureurs pour rendre à la branche RCM son assurabilité n'a pu trouver de véhicule législatif porteur approprié : il s'agit de la reprise des éléments de la loi Lefrand donnant plus de sécurité juridique à l'assurance et la réassurance.

CONCLUSION

Beaucoup reste à faire dans un secteur dont l'évolution demeure préoccupante à plusieurs titres.

Certes, les craintes de risque de ruine nourries par les professionnels de santé libéraux, et plus particulièrement par ceux qui opèrent dans le domaine de la naissance ou de la petite enfance ou ceux qui pratiquent des spécialités considérées comme à risque, semblent devoir être désormais apaisées par le dispositif mis en place par l'article 60 du PLF pour 2012, pour autant que le financement du fonds ainsi créé s'avère adéquat et que le Conseil constitutionnel n'exerce pas à nouveau son droit de censure.

“ Le praticien est donc exposé au risque d'une condamnation à une indemnisation supérieure à la limite de la police d'assurance. ”

Le gouvernement, par Décret du 29 décembre 2011, a porté l'assurance légale minimale par sinistre à 8 millions d'euros, de façon à ne pas empiéter sur les marchés de l'assurance et de la réassurance existants. Cette mesure ne peut qu'entraîner une augmentation corrélative des primes, particulièrement pour les professions les plus exposées, mais là encore l'aide à la souscription devrait suivre. Néanmoins, des problèmes majeurs inhérents à la branche subsistent.

Pallier le manque de connaissance des données

Tout d'abord, le manque de transparence et le manque de connaissance de données pourtant essentiel-

16. Hôpital, Patients, Santé et Territoires

“ Des victimes atteintes des mêmes préjudices et dans des situations similaires peuvent se voir allouer des indemnités sans commune mesure entre elles selon le tribunal qui les juge. ”

les ne permettent pas de modéliser, de tarifier et de provisionner les risques et les sinistres sur des bases techniques. Les dérives dans les décisions judiciaires que nous avons décrites, leur hétérogénéité qui fait que des victimes atteintes des mêmes préjudices et dans des situations similaires peuvent se voir allouer des indemnités sans commune mesure entre elles selon le tribunal qui les juge, l'inflation des corporels et tout particulièrement du poste de l'aide humaine contribuent gravement à ce manque de visibilité de la branche, aux incertitudes qu'elle crée et, partant, à la faible appétence de nouveaux intervenants.

Ces inconvénients peuvent aisément être résolus, au moins en partie, par l'adoption des mesures préconisées par Gilles Johanet et la profession, à savoir la reprise des éléments du rapport Lefrand apportant la sécurité juridique qui figuraient dans la loi HPST avant la censure par le Conseil Constitutionnel, ainsi que l'autonomie comptable de la branche que soutient l'APREF.

Il manque toutefois à tous ces projets l'utilisation systématique d'un référentiel de l'ONIAM, demandé par l'APREF, qui assurerait une meilleure harmonisation des indemnités pour les victimes et une meilleure prévisibilité pour la branche, sachant que dans les faits des référentiels d'indemnisation existent déjà dans les cours d'appel, dont l'un commun à 12 cours d'appel, qui ne sont pas disponibles pour le public. Le Rapport Terré de juillet 2010 reprend ces éléments.

Enfin, la problématique spécifique de l'inflation incontrôlée du coût de la tierce-personne et des inéga-

lités flagrantes dans les indemnités accordées à ce titre doit être traitée. Une grille d'évaluation des aides humaines devrait être ajoutée au barème médical unique. En effet, il n'existe pas de norme pour déterminer un poste de préjudice qui représente aujourd'hui près de 60 % des indemnités des corporels graves. L'APREF a proposé d'intégrer la rédaction suivante aux dispositions relatives au barème médical unique : « Un barème médical unique d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique et des besoins en aide humaine applicable à tout régime d'indemnisation intégrale au titre de la responsabilité civile est fixé par décret. » Le référentiel d'indemnisation devrait lui aussi inclure l'aide humaine pour favoriser l'homogénéité et le traitement équitable des victimes, et une expertise post-aménagements des lieux de vie de la victime, devrait avoir lieu avant fixation du montant de l'indemnisation pour assistance par tierce-personne.

Donner des règles précises concernant le champ de responsabilités du professionnel

L'augmentation du nombre des sinistres, actuelle et à venir, est une deuxième préoccupation. De meilleures mesures de prévention au sein de la profession médicale permettant une réduction du nombre d'accidents médicaux, quelle que soit leur cause, un suivi amélioré de la pratique des médecins, la définition et l'exécution d'un corpus de bonnes pratiques s'accompagnant éventuellement de l'application de sanctions, une gestion des risques réellement ciblée sur la prévention de la sinistralité peuvent contribuer à réduire cette fréquence. La baisse du nombre de réclamations contre les anesthésistes, qui suivent des procédures extrêmement strictes, semble montrer que cette amélioration est possible. Il est à noter que la mise en cause croissante de la responsabilité des praticiens peut s'accompagner d'effets pervers, comme le développement de pratiques défensives, qui consistent à cacher un incident pouvant avoir

des conséquences graves, à refuser de pratiquer un acte jugé trop dangereux, ou à se détourner de professions jugées trop risquées.

Il ne semble pas possible d'agir sur l'évolution sociétale, de plus en plus procédurière, et exigeant une médecine de résultats, mais on peut agir sur ses conséquences en encadrant juridiquement par des règles précises le champ de responsabilités du professionnel de santé et le fondement de sa mise en cause (absence de présomption de faute).

Un meilleur équilibre de portefeuille

Le cadre réglementaire qu'introduit Solvabilité 2 va :

- créer de nouvelles contraintes pour la branche à déroulement long qu'est la RCM ;
- imposer de plus fortes exigences de fonds propres particulièrement pour les acteurs spécialisés et peu diversifiés, et ceci malgré leur expertise de la branche ;
- avoir probablement un effet inflationniste sur les tarifications.

D'un autre côté, Solvabilité 2 ne favorise pas la trop grande segmentation des risques souvent pratiquée aujourd'hui par les assureurs, et au contraire récompense la diversification et la mutualisation des risques. Le meilleur équilibre de portefeuille apporté par la mutualisation devrait permettre une pondération tarifaire des protections des professions à risque, que n'autorise pas la concentration d'un grand nombre de ces risques sans le bénéfice de la diversification au sein du portefeuille d'un acteur de petite taille.

La RCM reste une activité assurancière de faible envergure au sein de l'assurance non-vie, dont la pratique ne nécessite pas des capacités, non plus que des capitaux très importants, particulièrement de la part de sociétés diversifiées. Bien encadrée, et disposant enfin d'un cadre juridique sécurisé, ne pourrait-elle pas attirer tous les acteurs nécessaires à préserver sa pérennité, sans qu'il soit besoin de recourir une fois de plus à des mécanismes publics ? ■

Achévé de rédiger le 31 décembre 2011