

La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance ?

Jean-Louis Baudouin

Volume 59, Number 4, 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1104865ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1104865ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Baudouin, J.-L. (1992). La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance ? *Assurances*, 59(4), 523–532. <https://doi.org/10.7202/1104865ar>

Article abstract

The author, the general reporter of the 13th Congress of the International Academy of Comparative Law, held in Montréal from August 19 to August 24, 1990, presents a two-part study on the current law of medical responsibility as viewed by the participating countries. In the first part, Mr. Baudouin analyzes different systems of responsibility, looks at third party liability which is most often invoked in the case of medical assistants who also act under the order of doctors or hospitals and the responsibility for malpractice resulting from health care technology, a problem caused by the growing reliance on technology for diagnosis and treatment. We only publish the second part of Mr. Baudouin's text which presents a comparative study on two insurance models for legal compensation: Sweden and Finland.

La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance ? *

par

Jean-Louis Baudouin **

The author, the general reporter of the 13th Congress of the International Academy of Comparative Law, held in Montréal from August 19 to August 24, 1990, presents a two-part study on the current law of medical responsibility as viewed by the participating countries.

523

In the first part, Mr. Baudouin analyzes different systems of responsibility, looks at third party liability which is most often invoked in the case of medical assistants who also act under the order of doctors or hospitals and the responsibility for malpractice resulting from health care technology, a problem caused by the growing reliance on technology for diagnosis and treatment.

We only publish the second part of Mr. Baudouin's text which presents a comparative study on two insurance models for legal compensation: Sweden and Finland.



SECONDE PARTIE. — LE DROIT DE L'AVENIR : LES PERSPECTIVES

La seconde partie de ce rapport porte sur la réforme possible des différents systèmes nationaux de compensation pour les victimes d'accidents iatrogéniques. C'est probablement d'ailleurs sur cette question que la vocation du droit comparé est la plus intéressante, mais aussi la plus difficile.

* (1991) 22 R.G.D. 151 à 180. Nous remercions l'auteur et le directeur de la *Revue générale de droit* pour leur aimable autorisation de reproduire cet article.

** Juge à la Cour d'appel du Québec.

Il paraîtrait mal à propos de faire état des différents courants de pensée sur la question sans auparavant décrire deux systèmes en place à l'heure actuelle et qui servent inévitablement de point de référence et de comparaison à tous les autres pays, soit le système suédois et le système finlandais.

A. Les modèles existants : la Suède et la Finlande

Le modèle suédois est antérieur au modèle finlandais qui s'en est d'ailleurs largement inspiré, même s'il diffère de lui par certains aspects.

524

1. L'assurance contre les accidents médicaux

En Suède, le système d'assurance pour les accidents iatrogéniques est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1975 et celui touchant la compensation pour les dommages causés par les produits pharmaceutiques le 1^{er} juillet 1978. La mise sur pied des deux systèmes résulte d'une négociation, puis d'une entente conventionnelle entre les services publics de santé et l'industrie de l'assurance. Par la suite, des contrats sont intervenus avec les représentants du secteur privé pour couvrir ainsi l'ensemble du réseau. La victime peut désormais obtenir compensation dans les cas prévus par le texte selon les règles et modalités prévues, mais garde toutefois la possibilité de se pourvoir devant les tribunaux réguliers.

Le système ne compense pas tous les cas d'accidents iatrogéniques, mais uniquement ceux énumérés aux articles 2 et suivants de l'entente. Tombe dans la catégorie des cas admissibles en premier lieu le préjudice qui est une conséquence directe d'un diagnostic ou traitement médical, à la double condition qu'il ne constitue pas, d'une part, une complication médicale inévitable ou que, d'autre part, cette complication ait été acceptée comme un risque calculé dicté par la gravité de la maladie. Est également assuré le préjudice qui est la conséquence inévitable d'un diagnostic obtenu par l'utilisation de méthodes défectueuses ou qui est la conséquence d'une erreur médicale.

La seconde hypothèse couverte est celle du préjudice causé par une infection transmise au patient dans le cadre d'un diagnostic ou d'un traitement. Le texte fait exception cependant pour certains types d'opérations (par exemple, les opérations abdominales).

Enfin, est indemnisé en troisième lieu le dommage résultant d'un accident survenu à l'occasion d'un diagnostic ou d'un traitement (par exemple, le patient qui chute de son lit). Là encore, cependant, certaines exceptions particulières sont prévues. Sont de toute façon exclus les dommages psychologiques qui ne sont pas directement reliés à un problème physiologique. En outre, les incidents mineurs sont aussi écartés par la convention et pour pouvoir prétendre à ses bénéfices, le demandeur doit avoir été malade pour au moins 30 jours avec incapacité d'au moins 50 % ou avoir été hospitalisé pour au moins 10 jours ou avoir subi, à un degré quelconque, une incapacité permanente ou encore être décédé.

525

La compensation est évaluée en fonction des normes de la responsabilité civile classique et comprend donc la perte de revenu (dommages économiques) et les douleurs, souffrances et inconvénients (dommages non économiques). La victime n'a pas à faire la démonstration de l'existence d'une faute et le système fait preuve d'un assouplissement notable dans la recherche du lien de causalité.

Ce système d'assurance reste contractuel et volontaire, solution privilégiée par la Suède pour lui conserver une grande souplesse et une faculté accrue d'adaptation aux circonstances nouvelles. Son financement est assuré par les primes payées par les hôpitaux et les médecins. Le rapporteur suédois note qu'une analyse économique des coûts démontrent le grand avantage du système.

Les principaux problèmes résultant de l'administration du système semblent être ceux qui touchent les conditions générales d'admissibilité au régime. Le dommage doit, en effet, avoir été la conséquence directe d'un traitement médical, au sens large donné à ce terme par la convention. Une fois une réponse affirmative apportée à cette première question, il s'agit alors, en second lieu, de déterminer si le traitement qui a causé le dommage était médicalement fondé ou non. Si la réponse à cette seconde question est négative, la victime ne reçoit cependant compensation que dans la mesure où le dommage aurait quand même pu être évité, par un autre traitement médical adéquat.

Le rapporteur suédois indique que l'identification du lien de causalité (donc la réponse à la première question) ne soulève pas en pratique de difficultés sérieuses. Par contre, la seconde question

semble poser plus de problèmes. Si, en effet, la décision médicale de choisir tel traitement plutôt que tel autre est scientifiquement justifiée, la victime n'aura pas droit à une indemnité pour les complications, mêmes sérieuses, pouvant en résulter.

La victime qui n'est pas satisfaite du montant alloué par la Régie administrative (composée de six membres) peut demander l'arbitrage et se pourvoir devant les tribunaux réguliers. Le rapporteur suédois note à cet égard un très haut degré de satisfaction du fonctionnement du régime depuis sa création.

526

La Finlande, pour sa part, a suivi dans les grandes lignes le modèle suédois mais avec certaines différences importantes. La plus notable est que le système n'y est pas volontaire et contractuel mais bien imposé par le législateur, dans une loi spéciale.

Le système finlandais couvre le préjudice relié à un traitement ou à un diagnostic médical sans qu'il soit nécessaire de prouver faute. Il s'applique non seulement aux hôpitaux et aux cliniques, mais à toutes les autres institutions sociales (par exemple les hospices de vieillards et les centres de désintoxication). Comme en Suède, sont exclues cependant les conséquences négatives d'un traitement médical approprié dans les circonstances. Comme en Suède également les critères d'admissibilité des dommages sont ceux du droit commun et une exclusion est prévue pour le préjudice de peu d'importance.

Le système est administré par un regroupement des compagnies d'assurances privées. La réclamation de la victime doit être faite dans les trois ans, à une Commission de sept membres. La victime insatisfaite de la décision du tribunal peut aussi se pourvoir devant les tribunaux réguliers, en vertu des règles ordinaires de la responsabilité civile.

2. L'assurance contre les accidents pharmaceutiques

À ce premier ensemble est venu s'ajouter en Suède en 1978 un système visant à compenser les accidents pharmaceutiques, lui aussi sur base volontaire. Étant donné les difficultés majeures d'établir le lien de causalité, les règles de preuve classiques ont été considérablement assouplies. Il suffit, en effet, qu'il ne soit pas évident qu'une prédisposition individuelle ait pu, à elle seule, causer le dommage pour justifier l'application du système. La convention

suédoise garde cependant une importante soupape de sûreté en exigeant que l'octroi d'une compensation paraisse raisonnable eu égard à la nature et à la sévérité de la maladie pour laquelle le traitement pharmaceutique a été prescrit, aux conditions de santé générale de la victime, à la sévérité des dommages et à la possibilité scientifique de prévoir les effets négatifs du médicament.

La convention prévoit en outre des plafonds monétaires maximaux pour chaque cas, par année, et pour l'ensemble des préjudices reliés à un seul et même médicament.

La Finlande a adopté elle aussi, en 1985, un schéma d'indemnisation des victimes d'accidents pharmaceutiques en collaboration avec les fabricants de médicaments et les importateurs.

527

Comme on peut le constater à partir de cette très brève analyse, ni l'un ni l'autre de ces deux modèles n'est universel, comme l'est par exemple celui de Nouvelle-Zélande¹. L'un et l'autre continuent à susciter certaines difficultés d'application, notamment quant à l'identification du type de situation, lequel peut donner lieu à une indemnisation selon le régime prévu. Cependant, tant le rapporteur suédois que le rapporteur finlandais sont d'avis, chiffres à l'appui, que dans l'ensemble, la réforme a bien fonctionné, qu'elle paraît plus juste pour le patient et moins coûteuse, économiquement et socialement, que le régime traditionnel de responsabilité civile.

B. Les réformes souhaitées

La lecture des divers rapports nationaux révèle que l'insatisfaction éprouvée par certains pays à l'endroit du maintien du système traditionnel de responsabilité médicale dépend d'un certain nombre de facteurs généraux, mais aussi de certains éléments particuliers qui leur sont propres.

Au niveau général, tout d'abord, le système classique, dit-on, est injuste pour les victimes. Il les soumet, en effet, aux aléas d'un procès traditionnel avec des risques d'insuccès élevés, puisque la charge de prouver tant la faute que le lien de causalité repose entièrement sur les épaules de la demande. Bien souvent, le préjudice ne résulte pas d'un seul et unique fait, mais d'une

¹*Accident Compensation Act*, 1972, no. 43; *Accident Compensation Act*, 1982, no. 181 (Nouvelle-Zélande).

528

multiplicité de causes. La preuve en est d'autant plus difficile. En outre, il est souvent fort compliqué pour les tribunaux de choisir entre les différents scénarios ou hypothèses proposées comme cause du préjudice subi. Lorsque l'on ajoute à ceci les effets de la conspiration du silence des médecins et la difficulté, dans beaucoup de pays, d'obtenir des expertises véritablement neutres et impartiales de la part d'autres médecins, force est de constater, selon certains, que la victime qui s'adresse aux tribunaux pour faire valoir ses droits part nettement désavantagée et se trouve plongée dans un processus lent, long, coûteux et très aléatoire. De nombreuses victimes abdiquent ou abandonnent tout simplement leur réclamation et restent donc privées d'une compensation à laquelle elles auraient normalement droit. Le système classique est en outre inefficace puisqu'il a tendance à mal compenser les victimes de dommages sérieux et à surcompenser, au contraire, les victimes de dommages plus bénins.

Ces critiques sont reprises, sous une forme ou sous une autre, par la grande majorité des rapporteurs nationaux et indiquent donc un certain degré d'insatisfaction universelle par rapport au régime actuel de responsabilité classique fondée sur la faute.

Ce n'est pas cependant le cas de tous les pays. Ainsi les rapports suisse, turc, polonais, hollandais font état d'un indice de satisfaction élevé dans l'application du droit classique. Ils estiment tous qu'il existe des moyens d'améliorer le système, mais ne sont pas pour autant partisans d'une réforme globale et radicale. C'est là qu'on constate combien la performance de chaque système national est directement fonction des données économiques et sociologiques propres à chaque pays.

Trois remarques préliminaires générales peuvent être faites. La première est que dans certains pays (les États-Unis surtout et, selon le rapporteur national, le Québec, mais à un degré moindre), pour des raisons nationales particulières, il est effectivement possible de parler d'une « crise » de la responsabilité civile médicale traditionnelle. Aux États-Unis, cette crise a été provoquée par des facteurs qui n'existent pas nécessairement dans d'autres pays, notamment par l'existence des procès par jury, lequel a en général des préjugés favorables à la victime, par la possibilité qu'il a d'octroyer des dommages punitifs, par le rôle négatif des avocats, qui ont tendance à multiplier les poursuites en raison de la possibilité

de toucher des honoraires à pourcentage (*contingency fees*) et, enfin, par l'élargissement jurisprudentiel considérable des normes touchant la faute et le consentement éclairé. Le modèle américain ne saurait cependant servir de point de comparaison universelle ou même de référence, même si certains pays comme l'Allemagne semblent redouter un certain risque de contagion.

D'autres pays ensuite font face à des difficultés particulières à leur propre système juridique de droit positif. C'est clairement le cas de la France, qui, comme le signale son rapporteur, doit résoudre les redoutables complications de l'association de la faute pénale et de la faute civile, de la dualité des contentieux privé et administratif et aussi des contradictions relatives aux conséquences de l'application des régimes contractuel et délictuel, notamment sur la prescription.

La seconde remarque est que, sauf exception, comme le cas de l'Australie ², de certains États américains ³, de la Grande-Bretagne ⁴ et du Canada ⁵, le mouvement de réforme radical de la responsabilité médicale semble être exclusivement l'œuvre de la doctrine ⁶. En d'autres termes, les suggestions visant à remplacer le

²N.S.W. /ndemnity /nsurance Discussion Paper: New South Wales Department of Health, The Complaint Unit, *Professional Indemnity /nsurance for Medica/ Practioners, A Discussion Paper* (August 1988); Pearson Report: *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Persona/ /njury* (Cmnd 7054, 1978); *South Australian Taskforce Report on No Fault Compensation: Report of the Task Force on Patients' Rights, No Fault compensation for Medical Misadventure* (March 1989, South Australia): Sidney SAX (chairman), *Sax Report: Inquiry into Hospital Services in South Australia*, Adelaide 1983; WOODHOUSE, J. (chairman), *Woodhouse Report: Compensation and Rehabilitation in Australia*, Report of the National Comminee of Inqui_r_y (July 1974), A.G.P.S. Canberra, 1974.

³Par exemple, l'État de New York, N.Y. Judie. L. Sect. 148a (McKinney 1983 and Supp. 1989); N.Y. C.P.L.R. #3017, 4111 (McKinney Supp. 1989); N.Y. Ins. L.R., art. 56 (McKinney Supp. 1989); N.Y. C.P.L.R. #3101(d) (McKinney Supp. 1984).

⁴*Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Persona/ Injuries*, London, Queen's Printer 1978 (Pearson Report).

⁵*Au Canada* : le rapport «Pritchard», qui est le résultat d'un groupe de travail fédéral-provincial sur la question, a été rendu public en octobre 1990, soit trop tard pour que le présent rapport puisse en tenir compte: *La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé*, Rapport à la Conférence des sous-ministres de la Santé de l'Étude fédérale-provinciale-territoriale sur les problèmes de la responsabilité et de l'indemnisation dans le secteur des soins de la santé, 1990.

⁶Voir, à titre d'exemple, *pour l'Argentine* : "Jomadas sobre responsabilidad y seguros", Mar del Plata, 1989; "Jomadas de Derecho Civil", San Juan, 1989. *Pour l'Allemagne*: voir HIPPEL, ZRP 1976, 252 et Sq. Cf. v. MARSHALL, *Festschrift für Klingmüller*, (1974). p. 258; G.LÜCKMANN, ZRP 1977, 128; DEUTSCH, *Arzthaftung, Arztversicherung, ArZneimittelversicherung*, 1982. *Pour la France*: voir André TUNC, «Vers un système fondé sur

système actuel, soit par un système de responsabilité objective, soit par un système d'assurance, quel qu'en soit le modèle, paraissent pour l'instant restreintes à des études théoriques d'auteurs et d'universitaires.

530 La troisième remarque est que de nombreux pays traditionnellement attachés au schéma de responsabilité basée sur la faute ont cependant déjà adopté un système de compensation fondé sur le risque pour certains pays d'actes médicaux ou certains types de dommages. Il en est ainsi au Québec⁷ et dans la majorité des pays⁸ pour les dommages résultant des vaccinations : en France, pour les conséquences néfastes des transfusions sanguines⁹. La même solution a été proposée dans certains États américains¹⁰ pour les dommages neurologiques causés aux enfants lors de la naissance. On semble donc parfois fort bien entrevoir la coexistence d'un système général classique de responsabilité civile avec des exceptions ponctuelles prévoyant une indemnisation sur le fondement du risque ou de la garantie.

C. Les options de réforme

Quatre grandes avenues de réforme sont possibles. Un premier modèle est celui qui, conformément à ce qui existe en Nouvelle-Zélande, consiste à substituer purement et simplement au régime de responsabilité civile un système d'indemnisation universelle basée sur la sécurité sociale. Tout accident donc, qu'il soit médical ou autre, donnerait droit à compensation suivant un barème fixé d'avance et des tables d'indemnité rappelant en partie le schéma de certaines lois sur les accidents du travail. La réforme est alors

l'assurance du risque» (1987) *C. de D.* 125; Jean PENNEAU, *op. cit.*, *supra*, note 58, p. 33. *Pour les États-Unis* : voir MOORE et O'CONNELL, "Forclosing Medical Malpractice Claims by Prompt Tender of Economic Loss", (1984) 44 *La. L. Rev.* 1267; POLLACK, "Medical Mal Occurrence Insurance, A First Party No-Fault Insurance Proposal for Resolving the Medical Malpractice Controversy", (1988) 23 *Tort and Ins. L.J.* 552.

⁷Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q., c. P-35.

⁸Par exemple la France : Code de Santé publique, LL-10-1; pour les États-Unis : N.E. Gen. Stat. Sect. 130-A-422-434.

⁹Code de Santé publique, art. L-667.5.

¹⁰Virginia Birth Related Neurological Injury Compensation Act., VA, Code #38-2-8000-5021 (supp. 1987). Voir : "Innovative No-Fault Tort Reform for an Endangered Specialty", (1988) 74 *Virginia L.R.* 1487. Florida Birth Related Neurological Compensation Plan, Fla. Stat. Ann. #766-301 (1988).

radicale, elle abolit complètement l'ensemble du système de droit classique de la responsabilité civile. Il est malheureux que nous n'ayons pas eu de rapport néo-zélandais pour faire part d'une façon directe de l'évaluation du fonctionnement de ce système. Ce premier système est endossé par le rapporteur australien qui y voit, pour son pays, un idéal souhaitable.

Un second modèle est représenté par un système semblable à celui de la Suède ou de la Finlande. Ce système est à base d'assurance volontaire ou imposée et élimine, en grande partie, la recherche de la faute. Il paraît avoir d'incontestables avantages pour les victimes, notamment celui d'éviter des délais prolongés et des coûts élevés. Il ne semble pas toutefois à l'abri de certains reproches, en ce sens qu'il n'offre pas une protection universelle, oblige à séparer les cas «admissibles» de ceux qui ne le sont pas, et donc à maintenir, dans un certain sens, mais à un degré beaucoup moindre, un certain contentieux. C'est cette seconde option (sous réserve de certaines modifications de base) qui semble obtenir la faveur des rapporteurs allemand et français.

531

Un troisième système est celui qui, tout en conservant dans l'ensemble le système de responsabilité civile traditionnel, vise à assurer une plus grande solvabilité du ou des responsables en imposant au moins une assurance obligatoire. Ce système est en vigueur au Québec. Il a la faveur des rapporteurs italien, turc et argentin, entre autres.

Enfin, la dernière possibilité est, à l'intérieur du système traditionnel, de procéder à des réformes ponctuelles visant à améliorer le système en place, à en augmenter l'efficacité, à en éliminer les irritants, sans toutefois en changer la philosophie de base. C'est la solution préconisée par les rapporteurs tchécoslovaque, polonais, suisse et hollandais. Ces réformes sont extrêmement variées et vont de celle portant sur les règles fondamentales du droit substantif à celle de simple procédure comme, par exemple, la mise en place de comités d'arbitrage obligatoire ou même de règles de preuve.

Conclusion

Pour permettre de mieux orienter la discussion, il paraît utile, en guise de conclusion, de poser un certain nombre de grandes

questions générales autour desquelles le débat pourrait être conduit.

532 La première, qui a d'ailleurs été abordée par beaucoup de rapporteurs nationaux, est de savoir si la disparition de la faute comme condition de la responsabilité médicale aurait un effet négatif sur la pratique médicale, en déresponsabilisant le médecin, qui ne serait désormais plus comptable de ses erreurs de conduite ou de jugement. Certains estiment que non, eu égard au développement potentiel des sanctions disciplinaires; d'autres, au contraire, argumentent pour l'affirmative et signalent en plus que précisément, dans leur pays, le contrôle disciplinaire de la profession est un échec complet et que l'exemplarité de la faute civile, dans ce cas, demeure donc bien réelle.

La seconde est de savoir, sur un plan d'analyse économique, quel est le système qui paraît le moins coûteux dans une perspective sociale d'ensemble. Ici aussi, les avis sont partagés. D'aucuns pensent qu'une déviation du système traditionnel aurait un impact significatif et vaudrait une augmentation sensible des réclamations, et donc des sommes versées, et provoquerait une augmentation des coûts généraux de santé. D'autres, au contraire, croient que le coût important lié au contentieux une fois éliminé, un système d'assurance collective, de sécurité sociale ou même de responsabilité objective serait de loin plus économique.

La troisième est de savoir quel régime pour les victimes est au fond le plus juste et le plus avantageux. Est-ce un système qui garantit la possibilité d'obtenir une pleine et entière compensation, tout en lui laissant assumer le risque judiciaire de n'en avoir aucune à défaut de prouver la faute et le lien de causalité? Est-ce au contraire celui qui supprime ce risque mais qui, par contre, n'octroie qu'une indemnité forfaitaire et partielle? Les deux formules ont leurs adeptes.

La quatrième question, enfin, pour reprendre l'une des conclusions du rapporteur québécois, est de savoir si l'ensemble du problème posé, au lieu d'être seulement instrumentaliste (indemniser le plus de victimes possible à un coût social raisonnable et sans trop menacer le débiteur de l'obligation de soins) n'est pas plus, au fond, un problème de nature épistémologique.