

Garantir le risque thérapeutique

Henri Margeat

Volume 57, numéro 4, 1990

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1104713ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1104713ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (imprimé)

2817-3465 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Margeat, H. (1990). Garantir le risque thérapeutique. *Assurances*, 57(4), 515-520. <https://doi.org/10.7202/1104713ar>

Résumé de l'article

A therapeutic risk may occur at any time before, during or after surgery, and its seriousness varies from case to case. Insurers offer coverages which now make it easier for victims to obtain compensation, pitting the advocates of the old school of thought who uphold the personal accident theory (« *l'individuelle accidents* ») against the advocates of modern thought who uphold advance payment, on recovery (« *l'avance sur recours* »). In his article, Henri Margeat, a director of UPA, strongly defends the latter.

Garantir le risque thérapeutique⁽¹⁾

par

Henri Margeat⁽²⁾

A therapeutic risk may occur at any time before, during or after surgery, and its seriousness varies from case to case.

515

Insurers offer coverages which now make it easier for victims to obtain compensation, pitting the advocates of the old school of thought who uphold the personal accident theory (« l'individuelle accidents ») against the advocates of modern thought who uphold advance payment, on recovery (« l'avance sur recours »). In his article, Henri Margeat, a director of UPA, strongly defends the latter.



Le risque thérapeutique en chirurgie existe et sa fréquence se développe à la mesure de la confiance manifestée dans le savoir-faire des chirurgiens. D'où l'utilité d'en préciser les contours et d'examiner comment il est possible d'en réparer les conséquences, soit en nature, soit en argent. Les assureurs proposent des garanties pour ce risque dont les contours méritent d'être précisés.

Le risque thérapeutique en chirurgie, c'est l'incident de parcours survenant au cours d'un acte opératoire, pré-opératoire ou post-opératoire, quelle qu'en soit la gravité.

Certains ont nié son existence, voire sa fréquence, en insistant sur la difficulté de l'individualiser, de le distinguer des conséquences dites « normales » ou prévisibles de l'intervention.

Pourtant, de même que Galilée affirmait que la terre tournait, de même tout individu possédant l'usage de ses facultés mentales apprend, par la lecture de la presse ou l'information en provenance de ses proches, que l'incident opératoire se produit chaque jour, en

⁽¹⁾ Ce texte a paru originellement dans *L'Argus*, Journal international des assurances, Paris, n° 6125, 18 août 1989.

⁽²⁾ M. Henri Margeat est directeur à l'Union des Assurances de Paris.

n'importe quel lieu, dans les établissements les plus réputés et sous les doigts des praticiens les plus expérimentés. Tantôt il en résulte des conséquences bénignes, passant parfois inaperçues, tantôt une invalidité temporaire ou permanente, quelquefois le décès.

Selon la maladie dont souffrait le patient, l'incident est mis au compte de celle-ci, ou jugé prévisible avant l'intervention, ou nettement et indiscutablement distinct de l'évolution normale du processus thérapeutique.

516 Le patient qui s'estime lésé du fait d'un acte opératoire doit apporter la preuve de son dommage, de la faute lourde ou ordinaire du soignant, selon les cas, et du lien de causalité entre le dommage et la faute.

N'étant pas spécialiste en matière médico-légale, ce patient devra subir une ou plusieurs expertises portant sur chacun de ces points.

D'emblée, l'expert lui paraîtra suspect puisqu'il appartient à la gent médicale dont il recherche à priori la responsabilité.

Informé de ces premiers obstacles, le patient, ou ses proches, prendra le chemin d'un cabinet d'avocat qui, lui, aura tendance à conseiller le dépôt d'une plainte afin d'obtenir une expertise dans les meilleures conditions de délai et de coût.

Dans la moins mauvaise hypothèse, et notamment lorsque le soignant auquel le manquement est reproché fournit spontanément toutes les informations nécessaires, un rapprochement sera tenté avec l'assureur de sa responsabilité, lequel décidera, après avoir procédé aux investigations utiles, s'il y a opportunité à proposer une transaction ou à affronter un procès en cas de doute sur l'existence de la faute, du dommage ou du lien de causalité.

Des péripéties plus sérieuses guettent le demandeur sur ce parcours du combattant, à propos de la communication des pièces médicales ; la compétence de la juridiction qu'il convient de saisir (administrative ou judiciaire) ; l'attente, anormalement longue devant les juridictions administratives (cinq à dix ans) ; la disparité de la réparation allouée selon que la décision est prononcée par une juridiction administrative ou judiciaire.

D'où la propension des demandeurs à s'adresser à la juridiction pénale afin de faire pression sur le soignant et, indirectement, sur son assureur. Inutile de souligner que le soignant apprécie peu ce mécanisme qui retentit sur sa réputation.

Signalons, pour compléter le tableau, que la faute des soignants relevant des établissements donne lieu à des exigences quant à son intensité qui relèvent d'une fine casuistique :

Dans les établissements publics, on recherche la faute ordinaire pour le personnel soignant ou de service et la faute lourde s'il s'agit du chirurgien ou de l'anesthésiste par exemple.

517

Dans les établissements privés, on retiendra la faute simple du personnel ou du chirurgien, et la présomption de responsabilité du fait du matériel utilisé.

Précisons enfin que, sauf cas d'exception (chirurgie esthétique par exemple), le chirurgien n'est astreint qu'à une obligation de moyens.

Le dommage réparable, lorsque les conditions de la responsabilité sont remplies, s'entend, en cas de survie, des séquelles proprement dites, de l'aggravation de l'état antérieur du fait des séquelles, de l'aggravation des séquelles du fait de l'état antérieur.

Si l'on fait la synthèse des situations possibles, il existe trois éventualités : ou bien la faute, selon les qualifications requises, est admise ; ou bien il n'y a pas de faute ; ou bien il y a doute sur l'existence de la faute ou de la qualification requise.

C'est un expert qui se prononcera dans la plupart des cas, à moins que le médecin-conseil de l'assureur ne soit suffisamment éclairé. Le juge, qui n'est pas médecin, aura tendance à entériner l'avis de l'expert, bien qu'il ne soit pas tenu de le suivre en raison de son souverain pouvoir d'appréciation.

Le système de responsabilité que nous utilisons n'est plus adapté à notre époque. Il apparaît nécessaire de l'englober dans une autre chose qui soit fiable et rapide.

L'imagination peut se donner libre cours quant aux solutions :
– ou bien conseiller à nos concitoyens de s'assurer personnellement contre le décès et l'invalidité ;

- ou bien créer un fonds national d'aide aux handicapés ou à leurs proches en cas de décès ;
- ou bien créer une assurance spécifique.

L'assurance spécifique existe depuis mars 1988 et son coût est abordable. Il s'agit d'une garantie de paiement immédiat, comportant une avance sur le recours qui sera éventuellement exercé contre le fautif s'il est identifié.

Le rôle de l'assurance avance sur recours

518

L'idée de cette garantie est apparue en 1976. Mais il a fallu attendre la loi du 5 juillet 1985 (loi Badinter relative aux accidents de la circulation) pour lui donner son essor. La loi du 13 juillet 1930, codifiée depuis, retenait deux types d'assurances : de dommages permettant à l'assureur qui a payé de se retourner contre un fautif ; de personnes (individuelle, vie) interdisant à l'assureur de se faire rembourser par le tiers fautif.

La proposition faite en 1976 consistait à traiter la garantie d'indemnisation immédiate d'une victime d'accident comme une assurance de dommages ouvrant droit, pour l'assureur qui indemnise, à recours contre le responsable.

Ce régime juridique fait disparaître, pour l'assuré, le droit à cumul de la réparation reçue avec celle éventuellement due par le tiers responsable.

L'avantage réside dans l'abaissement du coût de la cotisation et dans l'indemnisation immédiate pour le compte du tiers.

La victime d'un accident thérapeutique n'a plus à rechercher le ou les responsables de son dommage : son assureur s'en chargera plus tard, s'il y a lieu, après l'avoir indemnisée selon le droit commun, c'est-à-dire comme s'il s'agissait d'un accident de la circulation.

L'UAP a mis au point trois projets : une garantie avance sur recours, souscrite par une famille, à l'année ; une garantie avance sur recours, souscrite avant l'acte opératoire ; une garantie individuelle, classique, à souscrire avant l'acte opératoire.

Ce dernier type de garantie présentait un risque d'antisélection élevé.

En effet, ne souscrivaient par principe que les patients confrontés à une intervention lourde. D'autre part, les établissements ne manifestaient aucun enthousiasme, ce qui se comprend, pour laisser entendre qu'une opération pouvait entraîner un incident de parcours.

Aussi l'UAP préféra-t-elle s'engager avec la première formule, en s'adressant à sa clientèle déjà titulaire d'une assurance maladie. Cet essai permettait, dans l'esprit de ses promoteurs, d'éluder tout le phénomène d'antisélection.

C'est dans le courant de l'année 1989 qu'une tentative sera faite avec la troisième formule, et ultérieurement avec la deuxième.

519

Le coût de la formule mise à l'essai a été fixé à 50 F par famille titulaire d'un contrat maladie, sur la base d'une étude faisant apparaître une composition de trois personnes par contrat, auquel la garantie sécurité thérapeutique est fournie en annexe. Il en résulte donc une cotisation moyenne de 17 F par personne et par an. À ce jour, 82% des assurés acceptent de payer ce complément de 50 F par contrat.

Il est certes prématuré de tirer un enseignement à partir de cet essai. Mais il est permis de penser qu'une fois l'antisélection désamorcée, le risque à courir n'apparaît pas catastrophique.

L'émergence laborieuse de la garantie du risque thérapeutique en France a suscité aussitôt une réaction révélatrice d'un état d'esprit bien connu chez nous : la peur du changement, qui repose sur trois fondements :

- la crainte chez certains praticiens de devoir répondre d'incidents ne donnant lieu jusqu'ici à aucune réaction de la part des patients ;
- la crainte, chez leurs assureurs de responsabilité, d'avoir à faire face aux recours des assureurs du risque thérapeutique subrogés dans les droits de la victime ;
- la crainte, enfin, chez les assureurs, d'explorer le territoire inconnu du risque thérapeutique.

D'où l'opposition à la subrogation de l'assureur qui paie la victime.

La subrogation est interdite en assurance de personnes, si bien que la victime cumule la prestation d'assurance individuelle avec la réparation espérée en droit commun (responsabilité civile).

Seule exception admise par le législateur (article 33 de la loi du 5 juillet 1985) : l'assureur avance sur recours qui indemnise peut se retourner contre le tiers dont la RC lui paraît engagée.

520 L'opposition à la subrogation constitue un faux problème et la frayeur des assureurs RC face à l'assureur avance sur recours n'est pas justifiée. En effet, ne croyons pas que le coût d'une recherche de RC est de l'ordre de 20 à 30 000F en matière médicale ; une convention de médiation est facile à élaborer entre assureurs de RC et d'avance sur recours et le soignant ne sera pas « traîné », en règle générale, devant un tribunal.

En conclusion, un train peut certes en cacher un autre, mais pourquoi se précipiter sous le premier au motif que l'on risque de passer sous le second ?

Il reste à souligner que cette offensive en faveur de l'individuelle classique, à la souscription de laquelle le Français est plutôt rebelle, et contre l'avance sur recours, paraît être le fait des assureurs spécialisés en RC médicale.

Ce qui tend à démontrer qu'il s'agit d'une initiative corporatiste à laquelle il serait peu convenable de céder.

D'où l'adoption d'une solution parfaitement respectueuse des prérogatives de la clientèle : la proposition de l'avance sur recours et de l'individuelle classique à l'appui d'une explication claire des avantages et inconvénients de chacune des garanties.

Le risque thérapeutique et sa garantie constituent de vrais problèmes et posent de vraies questions qui appellent de vraies solutions.

À peine celles-ci sont-elles esquissées et mises à l'épreuve que leur finalité – l'amélioration du statut des patients – est remise en cause par des discordances périphériques qui menacent d'apparaître au nom d'intérêts subalternes ou d'un malthusianisme incorrigible.

Est-ce sérieux ? Au public d'en juger, tandis que nous continuerons à démontrer l'existence du mouvement en marchant.