

L'assurance en responsabilité civile médicale

VERSION OCCULTEE

en conformité avec la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 modifiée
portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration
et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

Présenté par :

*Pierre-Louis BRAS, Christine d'AUTUME,
Bernadette ROUSSILLE et Valerie SAINTOYANT*

Membres de l'Inspection générale des affaires sociales

*Il est rappelé que les travaux de l'IGAS sont menés en toute indépendance.
Le présent rapport n'engage pas les ministres qui l'ont demandé.*

*Rapport RM 2007-027P
Février 2007*

Par lettre de mission du 4 octobre 2006, le ministre de la santé et des solidarités a chargé l'Inspection générale des affaires sociales d'expertiser le fonctionnement du marché de l'assurance en responsabilité civile médicale, en particulier celui des gynécologues obstétriciens.

La mission s'est inscrite dans le contexte de l'annonce par un des principaux intervenants de ce marché, la MACSF, de la résiliation fin 2006 de l'ensemble des contrats de gynécologues – obstétriciens et de l'augmentation importante de leurs primes en 2007. La lettre de mission demandait notamment une analyse approfondie de la proposition de réforme de l'indemnisation des dommages liés aux fautes médicales formulée par un groupe de travail inter-URML et communément désignée comme la proposition SYNGOF. A cet égard, il convient de rappeler qu'une précédente mission IGAS - IGF sur l'assurance de responsabilité civile médicale diligentée en 2003 avait alors écarté toute perspective de « réforme de structure »¹ (dispositif d'écrêtement ou proposition SYNGOF), jugeant qu'il convenait « d'attendre pour prendre une décision éclairée, que les deux lois de 2002 aient produit leurs effets ». Force est de constater que l'annonce de la MACSF est venue relancer les interrogations sur la capacité du marché de la responsabilité civile médicale à fonctionner normalement.

La mission s'est donc attachée à analyser les difficultés actuelles du marché en ce qui concerne les gynécologues – obstétriciens, et à expertiser les diverses pistes de réforme aujourd'hui évoquées en réponse à ces difficultés. Conformément à sa lettre de mission, elle a accordé une attention particulière à l'analyse de la proposition du groupe de travail inter-URML. Le résumé qui suit présente ses principaux constats et conclusions.

L'indemnisation des dommages liés aux fautes médicales et l'assurance de la responsabilité civile des médecins, plus particulièrement des gynécologues - obstétriciens, posent des problèmes dans la plupart des pays occidentaux. D'une part, le risque est difficile à assurer : forte volatilité, base de mutualisation réduite, risque à développement long. D'autre part, la mise en cause de la responsabilité des médecins et le traitement judiciaire des sinistres engendrent des effets pervers (développement de la médecine défensive, incitation à la dissimulation des sinistres, sous estimations du caractère systémique des accidents) qu'il faut mettre en balance avec un éventuel effet responsabilisant.

En France, suite à une première crise en 2002/2003 caractérisée par le retrait de plusieurs intervenants et une forte augmentation des primes, les pouvoirs publics ont pris diverses dispositions qui ont permis au marché de retrouver un fonctionnement normal (indemnisation de l'aléa thérapeutique, transfert à la solidarité nationale de l'indemnisation du handicap de l'enfant non décelé avant sa naissance, passage à la base réclamation, introduction d'un plafond de garantie). Les primes des gynécologues - obstétriciens ont certes poursuivi leur augmentation mais à un rythme plus modéré.

Par ailleurs, la négociation menée à l'été 2006 avec les chirurgiens et gynécologues – obstétriciens, notamment sur la question de la stabilisation de leurs charges d'assurance, a conduit à l'adoption du décret du 7 décembre 2006 qui permet la prise en charge

¹ IGAS / IGF, *Rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale* (N°2003-162), janvier 2004.

d'une part importante (55 à 66%) de leurs primes d'assurance par l'assurance – maladie. Conjuguées aux augmentations des tarifs des actes d'accouchement, ces mesures ont en moyenne compensé, voire sur-compensé les charges liées à l'augmentation des primes. Toutefois, ces efforts financiers ont été consentis de manière dispersée et peu cohérente. Il aurait été sans doute préférable de privilégier la voie d'un ajustement, *via* le coût de la pratique, des tarifs des actes techniques de la classification commune des actes médicaux (CCAM). Cette approche, même si elle présente des difficultés techniques, semble être la seule cohérente avec la mise en œuvre progressive de cet outil tarifaire et avec le rôle attribué à l'assurance maladie dans la négociation des tarifs des médecins.

Les déclarations de la MACSF en 2006 ont fait peser le risque d'une nouvelle crise. Le montant des primes annoncé correspond d'ailleurs au niveau d'équilibre, tel qu'il est évalué par la FFSA pour les gynécologues - obstétriciens (27000 euros), alors que les primes se situent aux environs de 14 000 euros en moyenne en 2006. Toutefois, il apparaît que les données fournies à l'appui de cette augmentation des primes ne sont pas pleinement convaincantes. De plus, deux des principaux assureurs, représentant près de 45% du marché, considèrent que le niveau actuel des primes est correct et n'appelle pas d'augmentation dans l'immédiat, à contexte inchangé.

Une jurisprudence récente de la Cour de cassation, maintenant le droit à indemnisation pour les enfants dont le handicap n'aurait pas été décelé avant leur naissance, dès lors qu'une instance était en cours avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, est fréquemment invoquée à l'appui des augmentations de tarifs. La mission observe toutefois que si cette jurisprudence renchérit effectivement le coût de quelques sinistres passés (estimés à une douzaine) et conduit à l'augmentation des provisions afférentes à ces dossiers, elle n'a en revanche aucun effet sur le coût des sinistres futurs et ne devrait pas, en théorie, se traduire par de fortes augmentations de primes.

Au total, la mission n'est pas en mesure, compte tenu du manque persistant de données sur l'évolution de la sinistralité en gynécologie – obstétrique, de porter une appréciation sur le niveau pertinent d'équilibre des primes de cette spécialité. Elle ne peut que constater que pour certains assureurs, les primes actuelles sont aujourd'hui à l'équilibre.

Dans ce contexte, il ne paraît pas justifié d'envisager de nouvelles mesures visant à accroître le financement par la solidarité nationale (écrêtement notamment), alors même qu'il est possible que le marché se stabilise sans cela. Aussi semble-t-il préférable à la mission, en l'état actuel, de laisser jouer la concurrence voire de l'encourager.

Dans l'hypothèse d'un retrait de la MACSF, le marché se réorganiserait principalement autour d'un oligopole composé de deux / trois intervenants. La crainte d'un oligopole à venir ne doit pas pour autant conduire les pouvoirs publics à caler leur attitude à partir du niveau de prime jugé souhaitable par l'un des acteurs dominant sur le marché actuel, le plus alarmiste.

Dans l'hypothèse où une hausse généralisée des primes des gynécologues – obstétriciens s'avèrerait inéluctable à l'avenir, la mission estime qu'il serait plus clair et cohérent de la prendre en compte dans les tarifs des actes médicaux techniques (coût de

la pratique) plutôt que d'instaurer une mesure d'écrêtement qui viendrait renforcer la complexité du dispositif d'aide sur fonds publics et sa bonne maîtrise. Dans tous les cas, une vigilance accrue des tutelles à l'égard de l'observatoire des risques médicaux sera nécessaire en vue d'assurer la disponibilité effective de données fiables et exploitables sur l'évolution globale des coûts de sinistralité et des primes des spécialités à risque.

Les remarques précédentes sur la situation de la responsabilité civile médicale ne plaident pas pour entreprendre aujourd'hui une réforme aussi profonde que celle proposée par le groupe de travail inter-URML. Toutefois, indépendamment du contexte, la démarche proposée présente des avantages :

- garantir contre la répétition de périodes de crise sur ce marché. Ces crises sont liées aux difficultés propres à l'assurance des spécialités à risques et au caractère nécessairement limité de la concurrence sur un marché aussi étroit. Avec aussi peu d'intervenants, le retrait de l'un d'entre eux ou l'augmentation significative de ses tarifs se traduit par de fortes perturbations et surtout crée une insécurité chez les gynécologues - obstétriciens dont on peut penser qu'ils ont mieux à faire que de devoir s'interroger régulièrement sur la manière dont ils seront assurés ;
- favoriser un traitement plus apaisé et moins judiciairisé des accidents médicaux, propice à une politique de prévention des risques et à un traitement plus adéquat, le cas échéant, des cas de praticiens présentant des risques aggravés ;
- permettre globalement des économies par réduction des frais de gestion des entreprises d'assurance (20 à 30% des primes actuelles) et du traitement judiciaire des réclamations.

Ainsi, même si le contexte actuel ne justifie pas que l'on mette en œuvre la proposition du groupe de travail inter-URML, pas plus d'ailleurs que les autres mesures envisagées, celle-ci mérite d'être examinée de manière approfondie. La constitutionnalité et la compatibilité avec le droit communautaire de cette proposition posent question mais il n'est pas avéré que sa mise en œuvre soit de ce fait impossible. Plus fondamentalement, la proposition se heurte, aujourd'hui, au sentiment qu'elle vise à exonérer les médecins de leur faute ; elle ne satisferait pas le désir de certaines victimes soucieuses, au-delà de la réparation financière, de stigmatiser les médecins responsables. A l'inverse, pour certaines organisations syndicales, elle risque à travers la faute inexcusable de conduire à une stigmatisation accrue des médecins. On peut estimer qu'il s'agit d'une approche de compromis qui, sans aller jusqu'à un système « *no blame* », essaie d'aménager les conditions de prise en compte des fautes pour les rendre à la fois respectueuses des victimes et propices à un traitement pertinent des accidents médicaux. Il est clair toutefois que ce sentiment est loin d'être partagé, alors même qu'en ce domaine, il est important que les solutions et les procédures retenues satisfassent un « sentiment de justice ». Il est donc important que le débat puisse se poursuivre, au-delà de la question du niveau des primes, entre les pouvoirs publics, le corps médical et les associations de malades sur la meilleure manière de considérer les accidents médicaux, la question de la faute et de la sanction et, bien sûr, la prévention des risques.

Sommaire

1. DIAGNOSTIC.....	5
1.1 LE RISQUE RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE DES GYNÉCOLOGUES – OBSTÉTRICIENS.....	5
1.1.1 Un risque difficile à assurer	5
1.1.2 Les mesures prises par les pouvoirs publics pour rétablir l’assurabilité du risque	6
1.1.3 La sinistralité	8
1.1.4 Le montant des indemnisations	9
1.2 LA SITUATION DE L’OFFRE SUR LE MARCHÉ DE L’ASSURANCE EN RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE	10
1.3 LES PERSPECTIVES D’ÉVOLUTION DES PRIMES	11
1.4 L’ÉVOLUTION DES REVENUS DES GYNÉCOLOGUES – OBSTÉTRICIENS	13
2. APPRÉCIATION DES MODALITÉS D’INTERVENTION COMPLÉMENTAIRES SUR LE MARCHÉ DE LA RCM.....	14
2.1 LE TRANSFERT À LA SOLIDARITÉ NATIONALE DE L’INDEMNISATION DES SINISTRES LES PLUS LOURDS	14
2.1.1 L’indemnisation du préjudice au nouveau-né par la solidarité nationale.....	14
2.1.2 La mise en place d’un dispositif d’écêtement	15
2.2 LA MUTUALISATION DU RISQUE.....	17
2.2.1 La mutualisation du risque entre médecins et assurés sociaux	17
2.2.2 La mutualisation du risque entre médecins	17
2.2.3 La mutualisation forcée entre assureurs	18
2.3 LA PRISE EN COMPTE DES CHARGES D’ASSURANCE DANS LES TARIFS	18
3. ANALYSE DE LA PROPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL INTER-URML	21
3.1 LES ÉVENTUELS OBSTACLES JURIDIQUES.....	21
3.1.1 La conformité aux principes constitutionnels de l’instauration d’un régime spécifique de responsabilité civile.....	21
3.1.2 Le passage préalable obligatoire devant les CRCI.....	22
3.1.3 La compatibilité de la proposition du groupe de travail inter-URML avec le droit communautaire de la concurrence.....	23
3.2 LA PROPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL INTER-URML ET LA “RESPONSABILISATION COLLECTIVE”	24
3.3 LA PROPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL INTER-URML ET LA "RESPONSABILISATION INDIVIDUELLE".	25
3.3.1 Les effets pervers de la mise en cause de la responsabilité des praticiens	26
3.3.2 Le système actuel et la responsabilisation individuelle.....	28
3.3.3 Le dispositif proposé par le groupe de travail inter-URML et la responsabilisation individuelle par la « faute inexcusable »	30
3.3.4 L’indemnisation des fautes et la réduction des risques.....	32
3.4 LE COÛT DE LA PROPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL INTER-URML	33
3.4.1 Le coût brut (les charges à couvrir).....	33
3.4.2 Le coût net.....	33
3.4.3 La compensation du coût par des cotisations des médecins	34
3.4.4 D’un financement par capitalisation à un financement par répartition.....	34
3.4.5 La transition	35
3.5 LES EFFETS SUR LES VICTIMES, LES GYNÉCOLOGUES – OBSTÉTRICIENS ET LES ASSUREURS.....	35
3.5.1 Les effets sur les victimes	35
3.5.2 Les effets sur les gynécologues obstétriciens.....	36
3.5.3 Les effets sur les assureurs	38
3.6 LA CAPACITÉ DES CRCI ET DE L’ONIAM À ABSORBER LE FLUX SUPPLÉMENTAIRE DES RÉCLAMATIONS ET INDEMNISATIONS.....	38
3.6.1 La procédure devant les CRCI	38
3.6.2 L’offre d’indemnisation par l’ONIAM.....	39
3.7 L’EXTENSION AUX AUTRES SPÉCIALITÉS MÉDICALES ET AUX ÉTABLISSEMENTS	40

ANNEXES

Annexe n°1 : Lettre de mission

Annexe n°2 : Liste des personnes rencontrées

Annexe n°3 : Présentation schématique du rapport de l'OCDE

Annexe n°4 : Les trous de garantie

Annexe n°5 : L'interprétation de la loi About

Annexe n°6 : L'évolution des primes

Annexe n°7 : La sinistralité

Annexe n°8 : Les parts de marché

Annexe n°9 : L'évolution des revenus

Annexe n°10 : Les modalités actuelles de socialisation

Annexe n°11 : L'exemple de la Suède

Annexe n°12 : La prévention des accidents médicaux

Annexe n°13 : Textes et jurisprudence

Annexe n°14 : L'ONIAM

Annexe n°15 : Liste des sigles

Introduction

Par lettre de mission du 4 octobre 2006, le ministre de la santé et des solidarités a confié à l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) une mission relative à la responsabilité civile médicale. Cette décision du ministre s'est inscrite dans le contexte d'un mouvement revendicatif d'une partie des organisations syndicales de chirurgiens, gynécologues - obstétriciens et anesthésistes libéraux concernant l'application de l'accord du 24 août 2004. L'un des points de cet accord prévoyait en effet la stabilisation des primes d'assurance des chirurgiens et gynécologues - obstétriciens. Or, au printemps 2006, l'un des principaux assureurs en responsabilité civile médicale, la Mutuelle d'assurances du corps de santé français (MACSF) avait rendu publique son intention de résilier à la fin de l'année les contrats de l'ensemble des gynécologues - obstétriciens assurés auprès d'elle et/ou d'augmenter considérablement les tarifs pour cette spécialité en 2007.

Face à cette annonce de la MACSF qui faisait craindre des difficultés au moment du renouvellement des contrats d'assurance fin 2006, le gouvernement décidait à l'été 2006, d'améliorer le dispositif d'aide à la couverture des primes d'assurances prévu par le décret n°2006-909 du 21 juillet 2006 en faveur des chirurgiens et gynécologues - obstétriciens. Une augmentation sensible de l'aide à la souscription d'assurance a ainsi été accordée aux praticiens s'engageant dans une procédure d'accréditation (décret n°2006-1559 du 7 décembre 2006).

Si cette mesure a été jugée positive, elle n'a pas réglé, selon les praticiens concernés, notamment les gynécologues - obstétriciens, le problème de la stabilisation de leurs primes sur le marché de l'assurance, ni l'incertitude juridique pesant sur leurs conditions d'exercice. Ils soutiennent en conséquence une proposition de réforme en profondeur de leur assurance de responsabilité civile médicale, formulée par un groupe de travail inter- unions régionales des médecins libéraux (URML) et communément désignée comme la proposition SYNGOF (Syndicat national des gynécologues obstétriciens de France), visant à transférer à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) l'indemnisation des accidents fautifs¹.

Il convient de préciser qu'une précédente mission IGAS - IGF sur l'assurance de responsabilité civile médicale diligentée en 2003 avait alors écarté toute perspective de « réforme de structure »² (dispositif d'écèlement ou proposition SYNGOF), jugeant qu'il convenait « d'attendre pour prendre une décision éclairée, que les deux lois de 2002 aient produit leurs effets ». Force est de constater que l'annonce de la MACSF est venue relancer les interrogations sur la capacité du marché de la responsabilité civile médicale à fonctionner normalement.

Dans ce contexte, la mission IGAS a pour objet d'éclairer les problèmes actuels du marché de l'assurance de responsabilité civile des gynécologues - obstétriciens et d'expertiser les solutions envisageables. Il paraît nécessaire en tout état de cause que les pouvoirs publics disposent d'éléments plus complets d'analyse sur l'évolution de la sinistralité et les éléments

¹ Sauf en cas de faute inexcusable du praticien

² IGAS / IGF, *Rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale* (N°2003-162), janvier 2004.

constitutifs des primes d'assurance, compte tenu de l'accroissement de l'effort financier demandé à l'assurance - maladie.

Bien évidemment, la manière la plus efficace pour pallier les difficultés de l'assurance en responsabilité civile médicale serait de parvenir à une meilleure maîtrise des accidents fautifs, en réduisant la sinistralité par une politique active de prévention des risques. Toutefois, l'analyse du champ des fautes de gynécologie – obstétrique évitables et des moyens à mettre en œuvre pour en réduire le nombre dépasse le champ de cette mission et mériterait d'être conduite en dehors même des préoccupations liées à l'assurance de responsabilité civile médicale. Il en va de même d'autres pistes secondaires visant à mieux discerner la sinistralité attribuable à la faute, grâce à l'amélioration des connaissances scientifiques sur les causes des dommages constatés à la naissance, ou encore la réforme des procédures d'expertise.

Conformément à la lettre de mission, une attention particulière a été donnée à la proposition du groupe de travail inter-URML. L'analyse est conduite pour les gynécologues - obstétriciens. L'opportunité d'étendre le dispositif à d'autres spécialités, voire à tous les praticiens et aux établissements de santé, est évoquée à la fin du rapport.

1. Diagnostic

1.1 Le risque responsabilité civile médicale des gynécologues – obstétriciens

1.1.1 Un risque difficile à assurer

Les difficultés en matière d'assurance de la responsabilité civile professionnelle des médecins ne sont pas propres à la France. Un rapport de l'OCDE, *Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux*, publié en décembre 2006, montre que de nombreux pays de l'OCDE expérimentent depuis plusieurs années, à l'instar de la France, une palette de solutions, aucune d'entre elles ne s'étant révélée pour l'instant tout à fait probante (voir annexe n°3) : « 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 qu'à un coût excessif »³.

Le problème est particulièrement aigu pour les gynécologues – obstétriciens, en raison des caractéristiques du risque lié à leur responsabilité civile professionnelle :

- risque à développement long : dans le domaine de la gynécologie – obstétrique, les dommages (handicap de l'enfant par exemple) peuvent n'être mis en évidence que plusieurs années après le sinistre ; les délais de prescription sont fixés à dix ans après la consolidation du dommage, celle-ci pouvant n'intervenir qu'au moment de la majorité de l'enfant ;
- forte volatilité : la fréquence des sinistres apparaît stable mais le montant des indemnisations varie dans une fourchette très large, avec quelques sinistres pouvant dépasser trois millions d'euros (voir *infra*) ;
- base de mutualisation réduite : en France, seuls 1500 gynécologues – obstétriciens pratiquent des actes d'obstétrique en libéral. La mutualisation entre médecins, pratiquée en particulier par les mutuelles présentes sur ce secteur (MACSF, Sou médical), s'est considérablement réduite en raison de la divergence croissante entre les coûts des sinistres selon les spécialités. La concurrence sur le marché de la responsabilité civile des médecins généralistes a logiquement conduit à une segmentation du marché selon le niveau des risques par spécialité.

³ OCDE, *Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux*, décembre 2006. Le niveau de prime est jugé excessif pour les assurés, il peut être réaliste du point de vue de l'assureur.

1.1.2 Les mesures prises par les pouvoirs publics pour rétablir l'assurabilité du risque

Les pouvoirs publics ont pris au courant de l'année 2002, à la faveur des lois n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (« loi Kouchner ») et n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale (« loi About »), une série de mesures dont l'un des objectifs était de rétablir l'assurabilité du risque de responsabilité civile médicale :

- la prise en charge par la solidarité nationale de l'aléa thérapeutique, au-delà de seuils de gravité fixés par décret. Cette disposition avait non seulement pour objet de garantir l'indemnisation de la victime, même en l'absence de faute prouvée, mais aussi d'éviter que la préoccupation de faire bénéficier la victime d'une indemnisation conduise le juge à imputer la responsabilité à un médecin ou à un établissement par interprétation extensive de la notion de faute.
- l'adoption de la disposition dite « anti-Perruche » selon laquelle un enfant ne saurait prétendre à une indemnisation au motif qu'une erreur de diagnostic prénatal a empêché ses parents d'avoir, éventuellement, recours à une interruption médicale de grossesse (voir annexe n°13). Cette disposition a pour effet de limiter le nombre d'indemnisations de montants très élevés (liés au coût de l'aide d'une tierce personne pendant toute la vie d'un enfant handicapé).
- l'institution d'une obligation pour les professionnels de santé de s'assurer, dont l'objectif principal est de garantir l'indemnisation des victimes mais qui a aussi pour effet d'éviter le phénomène d'anti-sélection⁴. Cependant, la loi a posé un corollaire : l'obligation pour les assureurs d'assurer, *via* le passage devant le bureau central de tarification (BCT), désormais doté d'une section médicale.
- la faculté pour les assureurs d'introduire des plafonds de garantie, dont le niveau a été fixé par décret à 3 millions d'euros au minimum par sinistre et 10 millions d'euros au minimum par an. L'ONIAM intervient au-delà du plafond de garantie, avec une possibilité d'action récursoire contre le médecin concerné par l'insuffisance de couverture assurantielle.
- la prise en charge par la solidarité nationale des infections nosocomiales graves (au-delà de 25% d'incapacité permanente partielle). La loi du 4 mars 2002 avait établi une présomption de faute de l'établissement ou du praticien en la matière ; la charge de la réparation est depuis la loi About partiellement transférée vers la collectivité.
- le passage des contrats en base réclamation⁵, en réponse à une revendication récurrente des assureurs et dans le contexte de crise qui a caractérisé l'année 2002. La loi About a en fait donné une base juridique à une pratique des assureurs largement répandue, mais qui avait été déclarée non valide par la Cour de cassation

⁴ Selon le phénomène d'anti-sélection ou « sélection adverse », si un assureur fixe un prix non adapté, la prime peut apparaître trop chère à ceux dont les risques sont les moins élevés (et qui, de fait, ne s'assurent pas) et intéressante pour ceux qui présentent le risque. L'assureur est ainsi sélectionné par les agents qui présentent le plus de risques.

⁵ En base réclamation, ce n'est pas l'assureur du contrat en vigueur lors de la survenance du fait dommageable qui indemnise la victime, mais celui du contrat en vigueur lors de la réclamation.

de façon constante depuis 1990⁶. L'introduction de la base réclamation s'est accompagnée de la fixation de délais minima de garanties subséquentes, inférieurs aux délais de prescription (voir annexe n°4)⁷. Par ailleurs, certains assureurs, en fonction de l'interprétation qu'ils ont faite des dispositions de la loi About, ont pu réintégrer des provisions constituées antérieurement sous les contrats fait générateur (voir annexe n°5).

Les assureurs, interrogés par la mission sur les effets de ces dispositions sur leur activité, ont fait part des éléments suivants :

- ils considèrent que la prise en charge de l'aléa thérapeutique devrait avoir un effet de modération sur la mise en cause de la responsabilité pour faute mais soulignent que cet effet est pour l'instant peu perceptible. Toutefois, à titre d'exemple, l'ONIAM a relevé que la jurisprudence tend désormais à considérer une mauvaise manipulation du plexus brachial comme un aléa thérapeutique, sauf faute caractérisée du médecin ;
- ils reconnaissent que les clauses en base réclamation offrent une meilleure visibilité sur les paramètres du risque à garantir. Il n'y a quasiment plus de provisions à constituer pour les sinistres à venir. Pourtant la diminution escomptée des provisions statistiques, qui intègrent l'incertitude liée à la déclaration tardive de sinistres ou à l'aggravation imprévue de sinistres déclarés, semble ne pas s'être produite, selon les assureurs interrogés par la mission.

Au total, les primes n'ont pas diminué depuis 2002 ; mais les hausses sont plus limitées depuis 2004 (voir annexe n°6).

Dans ce contexte, plusieurs hypothèses peuvent être formulées :

- soit les dispositions des lois de 2002 n'ont effectivement eu aucun impact sur les charges et les provisions des sociétés d'assurance ; elles n'auraient alors que contribué à rétablir l'assurabilité du risque et à éviter un retrait massif des assureurs du marché ;
- soit la sous-tarification au début des années 2000 était telle que les effets favorables ont permis une modération de la progression des primes ;
- soit les sociétés d'assurance ont choisi de ne pas répercuter les effets favorables sur les primes et ont préféré reconstituer leurs résultats, mis à mal par la crise du début des années 2000⁸ (engendrée par la sous-tarification, l'effondrement des produits financiers et le durcissement des conditions de réassurance) ;
- soit les évolutions favorables ont été dissimulées par des facteurs tendant à l'accroissement des charges. La mission s'est donc efforcée d'apprécier l'évolution de la sinistralité et du montant des indemnités accordées dans le domaine de la gynécologie – obstétrique.

⁶ Dans sept arrêts du 19 décembre 1990, la Cour de cassation a jugé que la clause base réclamation aboutissait « à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui aurait alors reçu les primes sans contrepartie ».

⁷ A noter que les clauses base réclamation ont été autorisées (sans être obligatoires) pour l'ensemble des contrats en responsabilité civile professionnelle, par la loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière.

⁸ Voir à ce sujet IGAS / IGF, *Rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale*, janvier 2004.

1.1.3 La sinistralité

La mission n'a pu obtenir des séries longues de données sur la sinistralité que de la part de quelques assureurs (voir annexe n°7). L'observatoire des risques médicaux (ORM), créé par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie et chargé de recueillir auprès des assureurs, des CRCI, de l'ONIAM et de l'AP-HP les données relatives aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, n'a pas encore fourni de données exploitables. Ainsi, en 2006, l'ORM a recensé les sinistres supérieurs à 15000 euros mais ces données sont trop parcellaires pour apprécier la gravité et la fréquence de la sinistralité en gynécologie – obstétrique (10 sinistres recensés en obstétrique sur les dix premiers mois de 2006).

Les données fournies à la mission font apparaître les éléments suivants :

- La fréquence des sinistres semble stable depuis dix ans, en moyenne légèrement inférieure à 20%. Autrement dit, en moyenne, un gynécologue – obstétricien fait face à une réclamation tous les cinq ans.
- Le coût moyen des sinistres est très variable d'un exercice à l'autre et d'une source statistique à l'autre (voir *infra*, partie 1.1.4.).
- Les sinistres très graves (supérieurs à 3 M€) sont rares, donc *a fortiori* ceux de 5 à 6 M€ La FFSA en recense, dans son échantillon, 12 au cours des dix dernières années dont six en 2004 et 2005. La MACSF fournit des estimations supérieures, la différence pouvant tenir à des pratiques de provisionnement différentes.

Ces résultats infirment certaines des impressions recueillies par la mission auprès de ses interlocuteurs :

- il est fréquemment évoqué le développement d'une « société de litiges » et la « judiciarisation ». Il est vrai que la stabilité de la fréquence des sinistres donnant lieu à réclamation peut dissimuler une double tendance : une diminution du nombre de sinistres du fait de l'amélioration des pratiques, conjuguée à une augmentation de la propension des victimes à faire une réclamation en cas d'accident. Cela étant, ni l'instauration d'une obligation d'information du patient, ni la création des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) par la loi du 4 mars 2002 n'ont engendré d'augmentation visible du nombre de réclamations, contrairement à ce qui était redouté ;
- de même, en ce qui concerne les sinistres donnant lieu à des indemnisations très élevées, la mission n'a pu mettre en concordance les données statistiques recueillies et les perceptions de ses interlocuteurs qui évoquent régulièrement une dizaine de sinistres de 5 millions d'euros par an.

Au total, la mission ne peut que rappeler les préconisations faites dans le précédent rapport IGAS / IGF sur l'importance de mettre en place un dispositif de recueil des données statistiques qui soit fiable et exhaustif.

Quant aux perspectives d'évolution de la sinistralité, elles sont difficiles à discerner tant les facteurs entrant en jeu sont nombreux. On peut *a priori* escompter du développement des systèmes de prévention et de gestion des risques une diminution de la sinistralité mais celle-ci

peut être contrebalancée par une augmentation du volume annuel des actes à risques⁹, et une propension plus grande des victimes à tenter un recours en cas d'accident.

1.1.4 Le montant des indemnisations

Les données statistiques fournies par les assureurs ont permis de relever la forte volatilité du montant unitaire des indemnisations. Le montant des indemnisations les plus élevées aurait augmenté, selon les interlocuteurs de la mission, du fait des sommes attribuées au titre de l'aide d'une tierce personne.

A cet égard, plusieurs remarques peuvent être formulées :

- le problème du montant des indemnisations accordées en matière de responsabilité civile médicale se fonde dans la problématique plus large de l'indemnisation des accidents corporels ;
- parmi les pistes explorées par d'autres pays de l'OCDE pour renforcer l'assurabilité de la responsabilité civile médicale, figure l'encadrement des indemnisations (voir annexe n°3) ;
- l'instauration de forfaits d'indemnisation ou la fixation de plafonds, décidées dans certains pays, ne sont pas envisageables en France, dans la mesure où elles remettraient en cause le principe de réparation intégrale ;
- en revanche, on peut souligner l'intérêt des démarches visant à établir une nomenclature partagée des préjudices¹⁰ ainsi que la diffusion d'un barème indicatif d'indemnisation¹¹. A cet égard, le barème établi par l'ONIAM est d'ores et déjà utilisé par certaines juridictions administratives. Sans porter atteinte à la liberté du juge et à la nécessaire individualisation des indemnisations, ces outils favorisent l'égalité de traitement des victimes, en réduisant les fortes disparités entre tribunaux ; en outre, ils améliorent la visibilité des assureurs sur le risque de la responsabilité civile médicale ;
- une meilleure articulation serait à prévoir entre les indemnisations accordées par les tribunaux / l'ONIAM et les dispositifs de droit commun de prise en charge du handicap, en particulier la prestation de compensation du handicap créée par la loi n°2005-102 du 11 février 2005, afin notamment d'éviter le cumul d'aides accordées au titre de l'aide d'une tierce personne.

⁹ Soit en raison par exemple d'une augmentation des naissances induisant une augmentation des interventions à risque, soit sous l'effet du progrès médical (par exemple augmentation des grossesses multiples liée au recours accru à l'assistance médicale à la procréation).

¹⁰ Les rapports Lambert – Faivre (*Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, octobre 2003) et Dintilhac (*Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juillet 2005) plaident pour une nomenclature basée sur la distinction entre les préjudices de la victime directe et des victimes par ricochet, les préjudices patrimoniaux et extra patrimoniaux, et les préjudices temporaires et permanents.

¹¹ L'ONIAM a mis en place un " référentiel indicatif d'indemnisation " qui inclut l'incapacité permanente partielle, les préjudices économiques (dont l'assistance tierce personne), le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel et d'établissement, la perte d'année scolaire. Des fourchettes ou des montants sont fournis à titre indicatif pour permettre d'évaluer les réparations des préjudices extrapatrimoniaux, les préjudices économiques étant quant à eux calculés sur la base des pertes ou des dépenses réelles qu'ils occasionnent.

En ce qui concerne les indemnisations très élevées, une mention particulière doit être faite pour les dossiers type Perruche. La Cour de cassation a jugé, dans trois arrêts du 26 janvier 2006, que l'article 1^{er} de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, dite disposition « anti-Perruche », ne pouvait pas s'appliquer aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi, sous peine de priver les plaignants d'une « valeur patrimoniale » préexistante. Par des arrêts du 6 octobre 2005, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) avait condamné la France au même motif (affaires *Draon c. France*, requête n° 1513/03, et *Maurice c. France*, requête n° 11810/03).

Cette jurisprudence renchérit effectivement le coût de quelques sinistres passés (estimés à une douzaine) et conduit à l'augmentation des provisions afférentes à ces dossiers. En revanche, elle n'a aucun effet sur le coût des sinistres futurs. Elle ne devrait donc pas en principe en avoir sur les primes à venir, sauf si, faute de concurrence suffisante, les assureurs peuvent rattraper par les primes actuelles ces insuffisances de provisionnement. C'est une telle mutualisation dans le temps que semble vouloir opérer la MACSF quand elle lie l'augmentation de ses tarifs en 2007 à la jurisprudence sur les dossiers type Perruche.

Quant à l'interprétation de la cour d'appel de Reims du 30 octobre 2006, selon laquelle la victime est titulaire d'une créance en réparation à la date de réalisation du dommage et non pas à la date d'introduction de l'instance (la jurisprudence Perruche peut donc être invoquée pour toutes les naissances intervenues avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, même en l'absence d'instance en cours à cette date), elle est limitée pour l'instant au cas d'espèce.

1.2 La situation de l'offre sur le marché de l'assurance en responsabilité civile médicale

En 2002, le marché de la responsabilité civile médicale était secoué par une première crise caractérisée par une contraction de l'offre du fait du retrait des assureurs américains Saint-Paul et ACE en 2001 et 2002 et du désengagement des assureurs généralistes français (AGF, AXA). Cette crise a pu être surmontée en 2003 et 2004 au prix de la mise en place d'un mécanisme transitoire de mutualisation du risque, le groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM), puis du passage de nombreux médecins par le bureau central de tarification (BCT) et leur réassurance par le groupement temporaire de réassurance médicale (GTREM).

Le retour à un fonctionnement « normal » du marché est corroboré par les données d'activité du BCT. Les saisines sont passées, entre 2003 et 2006, de 1096 à 49 pour l'ensemble des médecins et de 321 à 17 pour les gynécologues – obstétriciens.

Ainsi, au début de l'année 2007, le marché de l'assurance en responsabilité civile médicale fonctionne à nouveau, tout en restant étroit, notamment sur le segment des gynécologues – obstétriciens (voir annexe n°8) :

- la MACSF / Sou médical est encore très présente (tiers du marché), malgré sa volonté manifeste de se désengager, par le biais de hausses massives des primes à partir d'avril 2007 ;

- la *Medical Insurance Company* (MIC), fondée par le courtier français Branchet et basée en Irlande, détient désormais un peu moins du tiers des contrats de gynécologues-obstétriciens ;
- Hannover Re opère en France en libre prestations de services, *via* le courtier Marsh, et représente entre 15 et 20% du marché ;
- AXA ne s'est finalement pas retiré du marché mais son portefeuille (moins de 10% du marché) est essentiellement composé d'anciens clients, apportés par les agents généraux ;
- les AGF, en dépit de leur décision de retrait, gardent environ 10% de parts du marché, du fait des attributions faites par le BCT à la suite de leur refus d'assurer, ainsi que marginalement quelques contrats signés par les agents généraux de leur réseau ;
- la SHAM est arrivée sur le marché des praticiens libéraux à l'automne 2006. Toutefois, la volonté de cette société de lier l'assurance des praticiens à l'assurance des établissements peut limiter son développement commercial.

L'étroitesse du marché explique qu'il n'est pas à l'abri de turbulences dès lors qu'un acteur change de stratégie, ainsi qu'en témoigne l'impact de l'annonce de la MACSF. En outre, la reconstitution de l'offre ne s'est pas accompagnée d'un renforcement de la concurrence sur les prix, dans le sens où les assureurs traditionnellement présents sur le marché ont continué à augmenter les primes, en dépit des tarifs inférieurs pratiqués par Marsh et MIC (voir *infra*).

Même si les deux assureurs étrangers détiennent déjà 45% des contrats en gynécologie – obstétrique, la mission s'est interrogée sur les raisons pour lesquelles ne s'était pas produit un départ plus massif des gynécologues - obstétriciens vers ces assureurs : fidélité et réticence à changer d'assureur (auprès duquel les médecins ont souvent souscrit d'autres contrats d'assurance) et / ou rumeurs sur la situation prudentielle de la société MIC, accusée de pratiques de dumping et d'une interprétation abusive des dispositions de la loi About (voir annexe n°5) ? Or ces rumeurs semblent d'autant moins justifiées aujourd'hui que les Mutuelles du Mans Assurances (MMA) sont devenues un actionnaire important de MIC depuis le 1^{er} janvier 2005, lui garantissant ainsi des perspectives prudentielles favorables.

1.3 Les perspectives d'évolution des primes¹²

Les primes d'assurance en responsabilité civile professionnelle des gynécologues obstétriciens s'établissent en 2006 à environ 14 000 euros et devraient avoisiner en moyenne 15000 euros en 2007. Après la crise de la responsabilité civile médicale des années 2002/2003, le mouvement de hausse des primes s'est poursuivi mais à un rythme plus modéré. L'augmentation peut être estimée à 2000 euros de 2003 à 2006.

Une nouvelle tension sur le niveau des primes est apparue à la suite de l'annonce par la MACSF, au printemps 2006, de sa volonté de se retirer du marché des gynécologues-obstétriciens, sauf à obtenir une augmentation substantielle des primes d'environ 15 000 euros par rapport à ses tarifs précédents pour un plafond de garantie maintenu à 6 millions d'euros. Pour un plafond de garantie à 3 million d'euros, les tarifs seraient portés à 22 000 euros pour les obstétriciens et à 30 000 euros pour les chirurgiens gynécologiques.

¹² Les données évoquées dans cette partie sont détaillées en annexe 6, nous invitons le lecteur à s'y reporter.

Les attitudes des assureurs, interrogés par la mission sur l'évolution nécessaire des primes, sont divergentes. Au-delà de l'invocation de la jurisprudence de la cour de cassation sur le dispositif anti-Perruche (voir *supra*), la MACSF estime que ce niveau de prime est nécessaire pour couvrir les charges des sinistres à venir. Les AGF confirment que l'attitude de la MACSF est cohérente avec les fondamentaux du marché. Les assureurs étrangers, Marsh/Hannover et MIC considèrent, pour leur part, que le niveau actuel des primes est proche d'un niveau d'équilibre.

Le niveau des primes dépend notamment du coût moyen des sinistres. A cet égard, les données recueillies par la mission sont divergentes et difficiles à interpréter. Une étude de la FFSA, réalisée à partir d'un échantillon de 30 à 40% des gynécologues - obstétriciens, fait apparaître sur les dix dernières années (1995-2005) un coût moyen des sinistres de 100 000 euros. Il en ressort que la prime pure devrait s'établir à environ 20 000 euros et que la prime chargée devrait s'établir à 27 000 euros (voir annexe n°7).

Les données fournies par l'ACAM pour les sinistres clos au cours des années 2004 et 2005 font apparaître un coût moyen de, respectivement, 42 000 et 45 000 euros. Ce niveau est confirmé par des données issues de la FFSA pour 2004. Les sinistres clos peuvent être des sinistres anciens, toutefois ils intègrent, s'ils ont été réglés récemment, l'influence des évolutions de la jurisprudence sur le montant des réparations.

L'appréciation du coût des sinistres varie donc du simple au double selon que l'on se réfère au coût des sinistres clos ou aux provisions constitués par certains assureurs. Même s'il est impossible, à la mission, au vue de ces divergences, de porter une appréciation sur le coût moyen des sinistres et donc sur le niveau de la prime d'équilibre, elle constate qu'il est possible qu'une tarification fondée sur un coût moyen de 50 000 euros (soit une prime moyenne de 14 300 euros¹³, soit un niveau équivalent à celui des primes actuelles) soit pertinente. On peut d'autant plus le penser que deux assureurs représentant 45% du marché, en cohérence avec l'analyse précédente, estiment que le niveau de prime actuel est correct.

Dans ce contexte, la mission estime que le marché, en son état actuel, offre aux gynécologues – obstétriciens la possibilité de bénéficier de primes en moyenne moins élevées que celles des assureurs spécialisés et généralistes traditionnellement sur le marché. Aussi le rôle des pouvoirs publics ne nous semble-t-il pas être d'entériner les revendications d'un des intervenants du marché mais de laisser jouer la concurrence, voire de l'encourager. Dès lors que les primes sont prises en charge par des fonds publics, ne serait-ce qu'en partie, la bonne gestion des deniers publics exige que l'on recherche les primes les moins chères.

Au total, il semble qu'une augmentation généralisée des primes n'est pas inéluctable. L'analyse des données et plus encore la politique tarifaire de deux intervenants sur le marché laissent penser qu'une stabilisation est possible. Cette stabilisation exige toutefois que les médecins concernés fassent jouer la concurrence et changent massivement d'assureur.

Il est vrai que dans cette hypothèse, on peut s'inquiéter de la dynamique à terme d'un marché qui, sauf nouveaux entrants, ne sera animé que par deux à trois intervenants dont deux sociétés étrangères. Le caractère étroit du marché, la limitation du nombre des intervenants, l'ampleur des incertitudes font craindre de nouvelles turbulences. Ce questionnement sur la capacité du marché à réguler la prise en charge de ce risque sans sur- ou sous-réaction à

¹³ Un coût moyen de 50 000 euros et une fréquence de 20% aboutissent à un prime pure de 10 000 euros et une prime chargée (avec les coûts de gestion et les taxes) d'environ 14 300 euros.

l'incertitude peut constituer un argument en faveur d'une prise en charge directe du coût des indemnisations par un établissement public. Quel que soit le dispositif retenu, il apparaît que les primes ont vocation à être "socialisées". Dans un dispositif public géré en répartition, la collectivité publique (les contribuables futurs) devra assumer, si elle se produit, une augmentation du coût du risque, mais elle évite un éventuel provisionnement excessif, lié à une surestimation de cette augmentation par les assureurs.

1.4 L'évolution des revenus des gynécologues – obstétriciens¹⁴

Il convient d'apprécier si la hausse des primes d'assurance des spécialités à risques s'est traduite par une érosion des revenus des spécialités concernées.

Les données dont dispose la mission sur le revenu des spécialités à risques sur 2000-2004, soit la période de forte hausse des primes, montrent que ces spécialités ont connu une croissance du pouvoir d'achat similaire à celle des autres médecins et supérieure à celle du salarié moyen.

Toutefois ces données ne couvrent pas la période récente, ne distinguent pas les médecins selon qu'ils sont en secteur 1 ou 2, amalgament dans la catégorie gynécologue - obstétricien ceux qui pratiquent et ceux qui ne pratiquent pas d'actes d'obstétrique et ne permettent pas de distinguer les effets volumes et prix/tarifs. La CNAMTS n'a pas été en mesure de fournir, dans les délais de nos travaux, les données sur les honoraires, demandées par la mission, nécessaires pour approfondir l'analyse.

La CNAMTS a cependant transmis l'évolution des tarifs d'accouchements qui, pour la période 2000-2003, ont évolué d'environ 40%, suggérant un mécanisme de compensation par les tarifs des augmentations de primes.

En tout état de cause, la question de l'évolution des revenus se pose en des termes fondamentalement différents depuis qu'une prise en charge des primes d'assurance à hauteur de 66% pour les médecins secteur 1 et de 55% pour les médecins secteur 2, dans la limite de 18 000 euros, a été décidée fin 2006. Par exemple, un gynécologue secteur 1 qui acquitte une prime moyenne de 15 000 euros ne supportera qu'une charge résiduelle de 5 000 euros, soit une charge sensiblement équivalente à celle qu'il devait supporter avant la première crise sur le marché de l'assurance en 2002-2003. Aussi n'y a-t-il pas de doute que les hausses de prime d'assurance sont dorénavant compensées si ces niveaux de tarifs restent stables ; on peut se poser la question, au vu des données dont dispose la mission, de savoir si elles n'ont pas été surcompensées (prise en compte des hausses de primes dans les tarifs avant les décisions de prise en charge des primes).

Au total, les hausses de primes ont d'ores et déjà été prises en charge sous des formes diverses par la collectivité. Aussi, sauf nouvelle hausse significative des primes, l'évolution des revenus des spécialités à risque ne justifie-t-elle pas, à elle seule, de prendre de nouvelles mesures en matière de responsabilité civile médicale.

¹⁴ Les données relatives aux revenus et charges des spécialités à risques, évoquées dans ce paragraphe, sont détaillées dans l'annexe 9, nous invitons le lecteur à s'y reporter.

2. Appréciation des modalités d'intervention complémentaires sur le marché de la RCM

Nous concluons dans la partie précédente que le marché peut se stabiliser au niveau actuel et que l'augmentation des charges des médecins a été d'ores et déjà compensée, voire surcompensée. Toutefois, cette deuxième partie est consacrée à l'analyse de divers modes d'interventions complémentaires qu'il ne serait légitime de mobiliser que si les primes augmentaient à nouveau de manière significative. Dans cette hypothèse, sont étudiés :

- le transfert à la solidarité nationale d'une partie des charges d'indemnisation des sinistres fautifs les plus lourds ;
- des modalités de mutualisation accrue ;
- la répercussion dans les tarifs des hausses éventuelles de primes.

2.1 Le transfert à la solidarité nationale de l'indemnisation des sinistres les plus lourds

Deux types de dispositifs de transfert à la solidarité nationale des charges d'indemnisation des sinistres les plus lourds sont actuellement proposés, fondés :

- soit sur leur nature, la solidarité nationale intervenant en faveur de certaines victimes, en l'occurrence les nouveaux-nés ;
- soit sur le coût des sinistres, la solidarité nationale intervenant au-delà d'un certain seuil (dispositif d'écrêtement).

Dans les deux cas, en schématisant, il s'agit en fait de transférer à la solidarité nationale les charges d'indemnisation, particulièrement élevées, liées à la nécessité de recourir à l'assistance d'une tierce personne tout au long de la vie.

2.1.1 L'indemnisation du préjudice au nouveau-né par la solidarité nationale

Parmi les propositions présentées par le SYNGOF figure le transfert à la solidarité nationale des dommages exceptionnels subis par les enfants à l'occasion d'actes d'accouchement, l'indemnisation des patientes continuant de relever des assurances professionnelles privées.

Cette dissociation se justifierait par le poids que représentent, dans les sinistres obstétricaux, l'indemnisation des préjudices de l'enfant et singulièrement les montants attribués pour son entretien lorsqu'il a besoin d'une tierce personne en permanence. Une autre raison tient à la longueur du sinistre et à l'incertitude sur l'état de l'enfant avant consolidation. Le SYNGOF met aussi en avant l'extension des délais de prescription à 28 ans, du fait que la consolidation peut n'être constatée qu'à la majorité de l'enfant.

On ne voit pas toutefois de raison de réserver au nouveau-né cette indemnisation par la solidarité nationale, des sinistres graves pouvant toucher de la même façon des enfants très jeunes hors accouchement. D'ailleurs, les sinistres lourds sont loin d'être concentrés sur les obstétriciens.

L'évaluation précise de l'impact de cette mesure est obérée par le manque de données sur les accidents de naissance. Selon les sociétés d'assurances rencontrées par la mission, le nombre de sinistres supérieurs à 3 millions d'euros en gynécologie -obstétrique a été de 3 en 2005 au GTREM et, selon la FFSA, est de 2 à 3 sinistres par an (voir annexe n°7).

Cette proposition revient à écrêter les indemnités. Mais le fondement en est moins clair que celui de l'écrêtement, décrit ci-dessous.

2.1.2 La mise en place d'un dispositif d'écrêtement

La mise en place d'un dispositif d'écrêtement a été évoquée à plusieurs reprises au cours de l'année 2006. En cas d'échec des négociations entre les assureurs et l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) engagées actuellement, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 prévoit que le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, avant le 30 avril 2007, des dispositions d'écrêtement (voir annexe n°13).

La mission observe tout d'abord que la situation présente du marché ne semble pas justifier la mise en place d'un tel dispositif (cf. partie 1.3).

La mise en place éventuelle d'un dispositif d'écrêtement appelle par ailleurs les remarques suivantes :

- Pour obtenir un impact significatif sur les primes de l'ensemble des assureurs, le seuil d'écrêtement devrait être fixé suffisamment bas, d'où un coût brut de la mesure potentiellement élevé. Un seuil à trois millions d'euros, correspondant au plafond de garantie utilisé par la majorité des assureurs, n'aurait en effet qu'un impact très limité (voir annexe n°4). Ainsi, la FFSA estime que pour stabiliser les primes à leur niveau actuel (12 000 euros de prime non chargée) et éviter leur hausse vers un "niveau d'équilibre" estimé par elle à 27 000 euros, prime chargée (voir annexe n°6), le seuil d'écrêtement devrait être fixé à hauteur de 1 million d'euros. Le coût brut de la mesure pourrait s'avérer élevé (de l'ordre de 25 millions d'euros selon les estimations du ministère de la santé et des solidarités¹⁵). Le coût net serait toutefois nettement plus faible, dans la mesure où l'aide à la souscription d'assurance diminuerait en proportion de la baisse ou stabilisation des primes. La mission écarte en tout état de cause l'hypothèse évoquée du financement du dispositif par une taxe assise sur les contrats multi-risques habitation, ou sur l'ensemble des contrats de responsabilité civile médicale (cf. ci-après 2.2.1 et 2.2.2).
- Si l'écrêtement peut contribuer à stabiliser les primes, il accentuera la complexité et la difficulté de maîtrise de l'effort financier public. Le mécanisme d'écrêtement ne pourra pas se substituer purement et simplement aux mécanismes d'aide actuels à la couverture des primes. En effet, puisque les simulations de la FFSA montrent qu'avec un seuil d'écrêtement fixé à 1 million d'euros, les primes des gynécologues-obstétriciens resteraient approximativement à leur niveau actuel, il serait nécessaire

¹⁵ Direction de la sécurité sociale. Il est toutefois impossible de déterminer précisément le coût brut de ce dispositif, à la charge de l'assurance maladie puisqu'on ne dispose pas de données statistiques fiables sur la distribution des sinistres (part des sinistres supérieure aux différents seuils d'écrêtement envisagés).

de maintenir un mécanisme d'aide au financement des primes, sauf à augmenter l'effort financier des praticiens. Par ailleurs, il convient d'observer que les tarifs de la classification commune des actes médicaux (CCAM) ont vocation à couvrir les coûts de la pratique, notamment les charges d'assurance de responsabilité civile médicale des praticiens. Au total, on voit mal comment ces différents dispositifs de financement pourront être combinés. L'écrêtement ne facilitera pas l'appréhension de l'effort financier global de l'assurance-maladie, dans le domaine de la responsabilité civile médicale, et rendra sa maîtrise plus complexe.

- Ses effets sur le marché de la responsabilité civile apparaissent par ailleurs potentiellement déstabilisateurs. Outre les autres spécialités, l'écrêtement pourrait être étendu aux établissements de santé susceptibles d'en revendiquer le bénéfice, compte tenu de la justification avancée (prise en charge par la solidarité nationale de l'indemnisation des sinistres les plus lourds). Son impact sur le marché de la réassurance, dès lors élargi, renforcerait le risque d'atteinte à la libre prestation de service. En outre, beaucoup d'établissements de santé pourraient alors avoir financièrement intérêt à s'auto-assurer, ce qui placerait une société comme la SHAM en sérieuse difficulté.

Le risque d'extension du dispositif d'écrêtement à d'autres contextes d'assurance, également souvent évoqué, paraît en revanche plus théorique : si les charges d'assurance des autres professions libérales (architectes notamment) peuvent être très élevées, ces dernières ont la possibilité de répercuter ces charges dans leur tarifs contrairement aux praticiens (notamment ceux en secteur 1). Par ailleurs, dans les autres situations de dommages corporels (automobile par exemple), la situation est également très différente du fait des possibilités beaucoup plus importantes de mutualisation des risques entre assurés.

En conclusion, la mission souligne que si la mise en place d'un dispositif d'écrêtement peut constituer une solution en cas de hausse généralisée des primes, l'état actuel du marché ne semble pas justifier son intervention à court terme. Si une hausse importante et générale des primes de gynécologie -obstétrique s'avérait inéluctable à l'avenir, elle note que l'efficacité d'une mesure d'écrêtement en vue de la contenir aurait pour pendant une complexité accrue du dispositif, sans possibilité de maîtrise réelle de l'effort financier public. Le caractère durable de la modération des primes¹⁶ ne pouvant par ailleurs faire l'objet d'aucune garantie de la part des assureurs et le risque de contradiction d'une mesure d'écrêtement avec la réglementation européenne¹⁷ ne pouvant être totalement exclu, la mission estime dès lors préférable que l'assurance-maladie prenne en compte ces hausses des primes au travers de la tarification des actes médicaux, sous réserve de disposer des données de contrôle afférentes sur la sinistralité et les coûts associés¹⁸.

¹⁶ En particulier, le caractère imparfait de la concurrence sur ce marché pourrait favoriser, à plus ou moins brève échéance, des pratiques de couverture des sous-provisionnements passés par les gains issus de l'écrêtement. Une évolution défavorable de la sinistralité reste par ailleurs toujours possible.

¹⁷ Une mesure d'écrêtement porterait atteinte à la libre prestation de services sur le marché de la réassurance, atteinte dont la nécessité devrait être justifiée par un motif d'intérêt général avéré, et qui devrait être proportionnée à l'objectif poursuivi. En l'occurrence, l'existence d'un motif d'intérêt général avéré sera sans doute plus difficile à établir pour une mesure d'écrêtement de portée générale, bénéficiant à l'ensemble des spécialités médicales concernées, que pour une mesure ciblée sur la seule spécialité des gynécologues -obstétriciens.

¹⁸ Données qui devraient lui être transmises par l'Observatoire des risques médicaux.

Enfin, s'il est vrai que la jurisprudence récente de la Cour de cassation place certains assureurs, notamment la MACSF, en situation de constituer des provisions substantielles pour faire face, le cas échéant, à l'indemnisation de nouveaux cas¹⁹ de préjudices d'enfant dont le handicap n'aurait pas été décelé avant la naissance (affaire type "Perruche"), et que ces charges nouvelles peuvent les conduire à modifier leur politique de tarification, la réponse à ce problème ne passe pas nécessairement par l'écêtement. Il peut certes sembler logique que les pouvoirs publics reprennent à leur compte les conséquences de décisions jurisprudentielles revenant sur les principes que la représentation nationale a entendu affirmer (prise en charge du handicap non décelé de l'enfant par la solidarité nationale, article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002). Toutefois, une mesure générale d'écêtement aurait un champ d'application beaucoup plus large : elle concernerait tous les sinistres lourds de gynécologie -obstétrique et, au-delà, tous les sinistres médicaux lourds, quelle que soit la spécialité du praticien. Des mesures d'aide financière ciblées sur le reliquat de sinistres "Perruche" et accordées au cas pas cas, après confirmation des condamnations, sembleraient plus pertinentes. Ces aides ne seraient toutefois envisageables que dans l'hypothèse d'une stabilisation des primes, sauf à payer deux fois les conséquences des jurisprudences récentes²⁰.

2.2 La mutualisation du risque

Pour pallier l'étroitesse de la base de mutualisation qui caractérise le risque responsabilité civile médicale des gynécologues- obstétriciens (voir *supra*), est régulièrement évoquée, parmi les pistes de réforme, la mutualisation « forcée » du risque, sous différentes formes.

2.2.1 La mutualisation du risque entre médecins et assurés sociaux

Cette modalité de mutualisation a été présentée comme solution, d'une part, dans une proposition de loi déposée au Sénat en 2004 et, d'autre part, par certains assureurs désireux de généraliser les contrats de garantie des accidents de la vie (GAV). Les patients seraient obligés de souscrire un tel contrat ou de payer une prime forfaitaire en cas d'hospitalisation et/ ou de recours au plateau technique, destinée à contribuer au financement des accidents médicaux. Cette proposition soulève une objection de principe : pourquoi les patients devraient-ils supporter même partiellement la charge financière des risques d'accident, *a fortiori* liés à une faute du praticien ?

2.2.2 La mutualisation du risque entre médecins

Certains assureurs, notamment la MACSF, évoquent l'hypothèse d'une contribution obligatoire de l'ensemble des médecins aux charges d'assurance des gynécologues-obstétriciens ou plus largement des spécialistes du plateau chirurgical. Cette contribution obligatoire prendrait par exemple la forme d'une taxe sur les contrats en responsabilité civile médicale de tous les praticiens, ou d'une cotisation additionnelle à l'Ordre des médecins qui souscrirait en contrepartie un contrat de réassurance au bénéfice des spécialistes concernés.

¹⁹ Affaires en instance avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002

²⁰ *Via* ces aides ponctuelles et *via* les aides à la couverture des primes si celles-ci augmentaient fortement pour permettre de constituer des provisions pour les affaires « Perruche » en instance.

Les partisans de cette mesure font valoir qu'elle serait probablement facilement acceptée par les médecins libéraux, enclins à la solidarité professionnelle face à ce type de charges (gravité des conséquences des accidents dans certaines spécialités), et compte tenu de la relative modestie de la contribution susceptible d'être mise à leur charge.

Toutefois, la mission observe tout d'abord que la charge additionnelle pour chaque médecin ne serait pas tout à fait négligeable : dans l'hypothèse d'une prime moyenne en gynécologie - obstétrique portée à 27 000 euros, la mutualisation sur l'ensemble des médecins libéraux mettrait à la charge de chacun d'eux une charge supplémentaire d'environ 400 euros. Par ailleurs, une telle contribution aboutirait à créer un prélèvement supplémentaire avec toutes les complexités inhérentes à la gestion d'un prélèvement affecté²¹.

Sur le fond, de surcroît, on discerne mal la justification d'un tel dispositif. Le statut de médecin libéral n'implique pas de solidarité financière entre les médecins qui le choisissent. Les conditions de rémunération des médecins généralistes et des spécialistes libéraux sont fixées par des conventions différentes. En outre, le système de tarification des actes techniques pratiqués par les spécialistes du plateau technique vise à couvrir au moins partiellement leurs charges d'assurance. On ne voit donc pas de raison de faire partager à l'ensemble des médecins libéraux, notamment aux généralistes, les charges d'assurance de certaines spécialités. Il semble plus logique d'adapter le système de tarification à la couverture de ces charges (voir 2.3.).

Au total, il ne paraît pas opportun d'imposer une mutualisation du risque d'accident en gynécologie -obstétrique à l'ensemble des médecins.

2.2.3 La mutualisation forcée entre assureurs

Une forme de mutualisation a déjà été mise en œuvre. Le GTAM, mis en place en 2002, constituait un pool d'assureurs ayant vocation à assurer les praticiens confrontés à au moins deux refus d'assurance. Il a été remplacé par le GTREM en 2004 afin de réassurer tous les contrats de praticiens affectés d'office à des compagnies d'assurance par le BCT. Généraliser le GTREM à tous les contrats de gynécologie – obstétrique ne résoudrait d'abord que très partiellement le problème du caractère étroit de la base de mutualisation dans cette spécialité. Imposer cette généralisation changerait par ailleurs totalement le rôle de régulation ponctuelle du GTREM. Une telle orientation serait difficilement compatible avec le maintien de mécanismes de marché.

2.3 La prise en compte des charges d'assurance dans les tarifs

Les primes d'assurance ont d'ores et déjà été socialisées par une prise en charge directe de leurs coûts (cf. décret du 7 décembre 2006). La mission estime qu'il aurait été préférable que cette socialisation emprunte la voie d'une répercussion des hausses de primes dans les tarifs et que cette voie devrait être privilégiée à l'avenir. Les primes d'assurance constituent une

²¹ Il faudrait aussi déterminer les modalités de répartition entre assureurs du produit de cette taxe : fonds de mutualisation et répartition *au prorata* des gynécologues assurés ? Perception et gestion directe par les assureurs avec des mécanismes de péréquation pour tenir compte des variations de clientèle ? etc.. ;

charge comme les autres et leur augmentation a donc vocation à être compensées par les tarifs.

Cette solution présente plusieurs avantages :

- elle est relativement simple par rapport à celles évoquées ou déjà mises en place. Elle évite de mettre en œuvre des circuits administratifs pour rembourser une partie de la prime, ou pour renvoyer vers l'ONIAM une partie de l'indemnisation dans le cas de l'écrêtement ou, enfin, pour gérer une contribution complémentaire comme dans l'hypothèse de la mutualisation.
- elle est la seule cohérente avec la CCAM qui vise à valoriser les actes en prenant en compte toutes les charges qui leur sont attachées. Elle suppose toutefois une actualisation régulière du coût de la pratique dans la tarification des actes médicaux. S'il est clair que la CCAM ne peut être adaptée au fil de l'eau, il est tout à fait possible d'envisager des négociations intermédiaires pour tenir compte des augmentations importantes pour tel ou tel poste de charge.
- elle continue à responsabiliser le médecin sur la négociation de la prime. En effet, c'est la prime moyenne qui est intégrée dans les tarifs et chaque praticien a toujours intérêt à rechercher la prime la plus faible. Elle le responsabilise aussi par rapport à ses sinistres, un éventuel bonus/malus par rapport à la prime moyenne avantage ou sanctionne le praticien concerné. Cette responsabilisation est écornée dans le système actuel où c'est un pourcentage de la prime qui est pris en charge.
- elle garantit *a priori* que les pouvoirs publics ne payent pas deux fois l'augmentation des primes : une fois dans les négociations tarifaires où les médecins font valoir, à l'appui de leurs revendications, la hausse des primes, une seconde fois par des dispositions spécifiques de prise en charge des primes. Ce risque de payer deux fois n'est pas négligeable aujourd'hui dans la mesure où il y a deux centres de décisions : l'UNCAM pour les tarifs et l'Etat pour les dispositifs particuliers de prise en charge des primes. Dans l'hypothèse d'une adaptation des tarifs, il n'y a plus qu'un lieu de négociation et de discussion : l'UNCAM.
- elle devrait avoir la préférence des assureurs car elle ne modifie en rien les conditions de leur activité. On peut craindre, dans ce cas, une inflation des primes mais ce serait négliger que chaque médecin individuellement a toujours intérêt à rechercher la prime la plus basse en faisant jouer la concurrence. Pour autant, il serait sûrement nécessaire, dans ce cas, que l'UNCAM, payeur en dernier ressort des primes moyennes, puisse s'assurer que le marché est bien actif et concurrentiel. L'UNCAM pourrait jouer un rôle de conseil des praticiens dans la mesure où elle aurait intérêt à la modération des primes moyennes.

Cette hypothèse suppose que l'UNCAM dispose de données fiables sur les tarifs d'assurance pratiqués et soit en mesure d'en analyser l'impact sur le coût des actes. La complexité de l'exercice ne doit pas être sous-estimée mais elle doit pouvoir être prise en charge par l'UNCAM car le principe même de la CCAM consiste à pouvoir associer à chaque acte les charges qui lui sont liées. Elle suppose également un rendez-vous annuel pour les spécialités concernées, afin de faire le point sur les évolutions des primes et en tirer les conséquences éventuelles sur les tarifs.

Une des difficultés de cette solution est que les primes semblent actuellement peu modulées en fonction de l'activité des praticiens (voir *infra*), la répercussion d'un coût moyen des primes dans les actes favoriserait donc les praticiens à forte activité.

3. Analyse de la proposition du groupe de travail inter-URML

Alertées par les spécialités concernées par les hausses des primes, les unions régionales des médecins libéraux (URML), sous l'impulsion de quatre d'entre elles (Midi-Pyrénées, Basse-Normandie, Rhône-Alpes et Languedoc-Roussillon) ont constitué un groupe de travail, intitulé « Réconcilier droit et soins ».

Ce groupe de travail inter-URML a présenté en 2003 aux pouvoirs publics trois propositions, communément appelées « propositions SYNGOF » :

- 1) créer un fonds d'assurance des spécialités les plus à risque, sans mise en cause judiciaire des praticiens, sauf faute inexcusable ou intentionnelle ;
- 2) pour le cas de l'obstétrique, dissocier l'indemnisation de la mère et celle de l'enfant ; l'indemnisation des nouveau-nés relèverait de la solidarité nationale (voir *supra*) ;
- 3) mettre en place une politique active de gestion du risque.

La première proposition, à l'expertise de laquelle est consacrée cette partie, conformément à la lettre de mission du ministre de la santé et des solidarités, équivaut à une socialisation intégrale de l'indemnisation des accidents fautifs, à l'exception des fautes qualifiées d'inexcusables ou intentionnelles (en référence au régime des accidents du travail ainsi qu'à la faute détachable du service).

Dans le schéma inter-URML, le fonds d'assurance, chargé de cette indemnisation, serait confié à l'ONIAM. Il serait abondé à la fois par les médecins (par le biais de cotisations qui intégreraient à la fois une part de tarification individuelle en fonction de la sinistralité et une part de mutualisation entre spécialités médicales) et l'assurance maladie.

Le projet présenté par le groupe de travail inter-URML a suscité à la fois intérêt et rejet. La mission s'est attachée à examiner aussi bien la pertinence des arguments avancés à l'encontre de cette proposition que les modalités de son éventuelle mise en œuvre.

3.1 Les éventuels obstacles juridiques

3.1.1 La conformité aux principes constitutionnels de l'instauration d'un régime spécifique de responsabilité civile.

Le Conseil constitutionnel a jugé non-conforme à la Constitution un texte exonérant de manière absolue une personne de toute responsabilité civile, en application du principe, inspiré de l'article 1382 du code civil, selon lequel "tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui l'oblige à le réparer" (DC 88-248 du 17 janvier 1989). Le juge constitutionnel laisse cependant au législateur la possibilité d'aménager des régimes d'immunité "moins rigoureux que le droit commun" (DC 83-162 du 20 juillet 1983).

L'analyse des décisions du conseil constitutionnel en matière de responsabilité civile²² fait apparaître que l'institution d'un régime spécifique de responsabilité civile est possible à condition :

- que l'immunité ne soit pas absolue. Or, en l'espèce, l'immunité ne concernerait que les fautes excusables, puisque les gynécologues –obstétriciens seraient tenus de s'assurer pour garantir leur responsabilité pour faute inexcusable. L'ONIAM disposerait d'une action subrogatoire contre les professionnels dont la responsabilité serait engagée à ce titre.
- que soit garanti aux victimes le respect effectif de leur droit à réparation auprès d'un autre débiteur. En l'occurrence, ce serait l'ONIAM qui indemniserait les victimes pour tous les dommages liés à une faute, en dehors de tout seuil de gravité.

En outre, l'atteinte, ainsi délimitée, au principe de responsabilité civile doit être justifiée par "un motif d'intérêt général ", constitué par les avantages présentés par la proposition du groupe de travail inter-URML (voir *infra*) et par une " différence de situation" (particularités du risque gynécologie – obstétrique)²³.

3.1.2 Le passage préalable obligatoire devant les CRCI

Dans le schéma qu'il présente, le groupe de travail inter-URML ne propose pas explicitement de rendre, au préalable, le passage par les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) obligatoire. La mission a néanmoins choisi d'intégrer cette hypothèse, car elle la juge indispensable à la cohérence du système proposé.

Il apparaît²⁴ que la loi peut disposer que le recours à un mode alternatif de règlement des litiges soit un préalable obligatoire avant d'engager une procédure judiciaire. Il en est ainsi, par exemple, de la conciliation préalable obligatoire pour les litiges portant sur la détermination du montant du loyer, introduite par la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs²⁵.

Deux exigences fondamentales doivent être respectées :

- le recours à la procédure de conciliation ou de règlement amiable devant les CRCI ne doit pas avoir pour conséquence de priver la victime de l'accès au tribunal, afin que soit respecté le principe de son droit au recours juridictionnel (qui a valeur constitutionnelle puisqu'il découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen). En cas d'échec de la procédure (contestation de l'avis de la CRCI et / ou de l'offre de l'ONIAM), la victime doit pouvoir saisir une juridiction qui se prononcera sur l'indemnisation des préjudices subis ;

²² C.Radé, « Liberté, égalité, responsabilité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°16.

²³ Note du ministère de la justice sur *La valeur constitutionnelle de la responsabilité civile* du 27/2/2006

²⁴ Note du ministère de la justice sur *La création d'une phase préalable obligatoire de conciliation* du 27/2/2006

²⁵ Extrait de l'article 17 : « (...) En cas de désaccord ou à défaut de réponse du locataire quatre mois avant le terme du contrat, l'une ou l'autre des parties saisit la commission de conciliation. A défaut d'accord constaté par la commission, le juge est saisi avant le terme du contrat (...) ».

- en vertu du principe de libre consentement, la victime ayant recours à la procédure de conciliation ou de règlement amiable devant les CRCI doit pouvoir interrompre le processus à tout moment (dès la première réunion comme à tout moment ultérieur). L'accès au juge ne peut être subordonné à l'aboutissement, même partiel, de la procédure devant les CRCI.

3.1.3 La compatibilité de la proposition du groupe de travail inter-URML avec le droit communautaire de la concurrence.

La question est de savoir si le passage d'un régime assurantiel à un régime de solidarité nationale, qui fait sortir l'assurance en responsabilité civile des gynécologues - obstétriciens du marché, créant ainsi une restriction de concurrence et une entrave à la libre prestation de services, est compatible avec le droit communautaire.

Sur ce point, deux pistes d'analyse semblent pouvoir être explorées²⁶ :

- on pourrait arguer que la mission confiée à l'ONIAM, dans le schéma proposé par le groupe de travail inter-URML, ne constitue pas une « activité économique », au sens communautaire du terme, et ne serait donc pas soumise au droit communautaire de la concurrence. A l'appui de cette argumentation, le nouveau dispositif d'indemnisation des accidents médicaux pourrait être comparé à celui existant pour les accidents du travail et les maladies professionnelles. Or ce dernier, à l'instar des autres branches et régimes légaux de sécurité sociale, ne constitue pas une « activité économique »²⁷. La difficulté de cette argumentation tient au fait que l'assurance en responsabilité civile médicale est actuellement confiée au marché.
- si l'on considère qu'il s'agit d'une « activité économique », une entrave à la libre prestation de services (ce que constituerait la mise en œuvre de la proposition du groupe de travail inter-URML) est possible à condition qu'elle réponde à des motifs d'intérêt général, qu'elle soit objectivement nécessaire et proportionnée au problème (ces critères ont été rappelés dans la communication interprétative de la commission *Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances*, publié au JOCE du 16/2/2000) :

Dans cette dernière hypothèse, il faudrait établir que :

- le fonctionnement du marché d'assurance en responsabilité civile médicale des gynécologues – obstétriciens n'est pas satisfaisant, dans la mesure où les primes d'assurance augmentent alors que les gynécologues - obstétriciens ne peuvent pas répercuter ces augmentations dans leurs tarifs (voir aussi à ce sujet la décision du conseil de la concurrence du 9 novembre 2006) ;
- une intervention des pouvoirs publics est objectivement nécessaire dans la mesure où on ne peut accepter ni une désaffectation de la profession (et donc une insuffisance d'offre sur

²⁶ Voir aussi l'analyse juridique relative à la compatibilité avec le droit communautaire que le groupe de travail inter-URML a fait réaliser, www.urmlmp.org

²⁷ Notamment arrêts Pouce et Pistre du 17 février 1993, Garcia du 26 mars 1996. La CJCE a jugé que " les organismes chargés de la gestion des régimes de sécurité sociale imposés par l'État, tels que l'assurance-maladie obligatoire, qui reposent sur le principe de solidarité, sont à but non lucratif et dont les prestations ne sont pas proportionnelles au montant des cotisations obligatoires, remplissent exclusivement une fonction sociale et n'exercent pas une activité économique".

le territoire), ni une libération des tarifs ; cette intervention poursuit des motifs d'intérêt général en particulier liés à la santé publique et à l'équilibre financier de l'assurance maladie ;

- cette intervention des pouvoirs publics n'est pas disproportionnée : la proposition du groupe de travail inter-URML est la seule solution susceptible de répondre au problème. Les solutions plus respectueuses de la libre prestation de services telles que les corrections au fonctionnement du marché (comme l'écrêtement, la mutualisation par le GTREM) ou le subventionnement des primes d'assurance ne suffisent plus.

Au total, la mission estime qu'il serait possible de plaider la compatibilité de la proposition du groupe de travail inter-URML avec le droit communautaire de la concurrence. Elle souligne en revanche la difficulté de prévoir le raisonnement juridique de la CJCE en cette matière. Ainsi que le rappelle la Commission dans sa communication sus-citée, la jurisprudence de la CJCE a "*un caractère évolutif et non fermé*" et c'est au cas par cas que la Cour se prononce "*sur la possibilité de considérer une mesure nationale donnée comme poursuivant un objectif impérieux d'intérêt général*".

3.2 La proposition du groupe de travail inter-URML et la “responsabilisation collective”.

La proposition du groupe de travail inter-URML soulève une objection de principe qui, avec une forte connotation morale, est généralement formulée sous la forme suivante : il appartient à toute profession de supporter, à travers les primes d'assurance responsabilité civile, la charge des dommages imputables à ses fautes. Il convient d'apprécier la portée de cet argument.

Tout d'abord, la mise à contribution des professionnels ne peut être considérée comme l'application d'un principe de justice. La responsabilité civile a pour vocation principale la réparation de la faute, elle ne peut être conçue comme un mode de sanction proportionné à la faute. Pour la même faute, selon la nature de l'activité pratiquée, les caractéristiques des victimes, et donc les dommages et les montants de réparation, seront fondamentalement différentes. Pour prendre un exemple dans le domaine médical, les mêmes fautes d'un gériatre et d'un gynécologue aboutiront à des montants de réparation et donc de primes sans commune mesure, du fait des différences d'espérance de vie de leurs patients respectifs.

De plus, il n'est pas exact de postuler qu'un groupe de professionnels, parce qu'il acquitte les primes d'assurance, en supporte effectivement la charge. Pour un groupe professionnel produisant un service sur un marché parfaitement concurrentiel, une hausse des primes d'assurance qui initialement pèse sur les producteurs se traduira normalement par une réduction de l'offre, du fait de la diminution de la rémunération du travail offerte aux membres du groupe, cette réduction de l'offre entraînera une hausse des prix qui elle-même entraînera une diminution de la demande... A la suite de ces ajustements, le marché trouvera un nouvel équilibre déterminé pour l'essentiel par l'élasticité de l'offre de travail à la rémunération et par l'élasticité de la demande aux prix. D'autres configurations sont possibles si le marché n'est pas "parfait". Par exemple, si les producteurs parviennent à une entente sur les prix et si la demande est totalement inélastique aux prix, le consommateur supportera intégralement la charge de l'accroissement des primes. En toutes hypothèses, rien ne permet

d'affirmer que celui qui acquitte la prime, la "paye" vraiment ; elle se répartit entre le producteur et le consommateur, le professionnel et son client.

La légitimité des dispositifs de responsabilité civile professionnelle est en fait strictement fonctionnelle. Elle mutualise - dans une proportion indéterminée- entre les producteurs et les consommateurs d'un même service le risque de fautes attaché à l'activité considérée. Par exemple, les consommateurs du service architecture et les architectes assument collectivement, à travers la responsabilité civile professionnelle, le risque de faute lié à cette activité. Il est pertinent que ce soit sur ce seul marché que s'opère cette mutualisation. Si la responsabilité civile des architectes était socialisée, les agents économiques qui n'y ont pas recours contribueraient à financer les services des architectes.

Ce raisonnement ne vaut pas dans le cas de la médecine. En effet, à la différence des autres activités de service, les prestations de soins sont très largement socialisées. Il n'y a pas de justification particulière à exclure de cette socialisation générale, le coût de la responsabilité civile médicale. Par ailleurs, les tarifs des médecins secteur 1 étant administrés, les ajustements économiques décrits plus haut ne peuvent s'opérer librement²⁸.

On constate d'ailleurs que si la socialisation ne s'opère pas selon les modalités proposées par le groupe de travail inter-URML, elle s'opère et s'opérera par d'autres biais (augmentation des tarifs, écrêtement, prise en charge des primes...). Au total, la proposition inter-URML rend explicite et visible la socialisation inéluctable de la réparation des fautes des médecins.

Les assureurs préfèrent bien évidemment des modes de socialisation qui préservent leurs possibilités d'intervention. Ils redoutent par ailleurs que l'on affaiblisse l'ensemble de la responsabilité civile professionnelle si l'on souscrit à la proposition du groupe de travail inter-URML. Les analyses précédentes montrent toutefois combien les activités médicales sont spécifiques.

3.3 La proposition du groupe de travail inter-URML et la "responsabilisation individuelle".

Après l'examen de la proposition inter-URML sous l'angle de la responsabilité collective, il convient d'en apprécier la portée en termes de responsabilisation individuelle ; il est en effet souvent avancé que la socialisation de la faute entraînerait une déresponsabilisation individuelle.

Le seul fait que la faute soit assurable et que la charge de la réparation soit ainsi mutualisée entre tous les professionnels réduit la portée financière d'une éventuelle responsabilisation individuelle²⁹. Toutefois, si les primes sont correctement ajustées pour tenir compte du

²⁸ Pour les médecins secteur 2, l'hypothèse la plus probable est le report de la charge sur les "consommateurs". En effet, le "marché" de la gynécologie obstétrique est loin d'être un marché parfait : l'offre est rationnée (*numerus clausus*, planification hospitalière) et les offreurs sont souvent en position de monopole ou d'oligopole ; la demande, du fait de la nature particulière du service rendu, est peu élastique aux prix (on peut espérer que le désir d'enfant est peu sensible aux prix de la grossesse et de l'accouchement).

²⁹ Ce n'est qu'en 1845, que la Cour de Cassation a admis l'assurance en responsabilité civile pour faute, elle était auparavant prohibée car l'assurance était considérée comme "déresponsabilisante".

comportement de chaque médecin, elles peuvent avoir un effet responsabilisant. De plus, au-delà des seuls aspects financiers, la mise en exergue de la faute est stigmatisante pour le médecin, occasionne des tracasseries multiples de procédure et peut nuire à sa réputation.

Bien évidemment, on pourrait soutenir que les enjeux attachés à l'activité médicale en général et à la gynécologie - obstétrique en particulier, conjugués au sens éthique et à la déontologie des médecins, constituent des éléments de responsabilisation *a priori* suffisamment puissants pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y adjoindre des incitations financières ou des menaces de stigmatisation. Si la mission n'est pas loin de partager cette opinion, il lui a paru raisonnable de considérer l'apport que les divers dispositifs de réparation des dommages peuvent apporter à la politique de réduction des risques en promouvant la "responsabilisation individuelle".

Elle examinera les effets pervers liés à la mise en cause de la responsabilité des praticiens (3.3.1) puis elle essaiera d'apprécier si le système actuel est « responsabilisant » (3.3.2) et si la proposition du groupe de travail inter-URML est « déresponsabilisante » (3.3.3) avant de formuler des propositions (3.3.4).

3.3.1 Les effets pervers de la mise en cause de la responsabilité des praticiens

Si, en règle générale, il est pertinent de promouvoir la responsabilisation individuelle pour discipliner les comportements, dans le cas de la médecine, la mise en cause de la responsabilité individuelle des praticiens peut aboutir à des effets pervers particuliers. En effet, si elle peut encourager la vigilance, elle peut également se traduire par le développement de comportements de précaution non fautifs mais qui peuvent s'avérer préjudiciables pour le patient³⁰ et coûteux pour la collectivité^{31,32}.

Le dispositif de mise en cause de la responsabilité des praticiens peut par ailleurs entraîner des réactions de protection par dissimulation des incidents. Ces réactions de dissimulation empêchent une analyse critique de ces incidents alors que de telles analyses sont essentielles pour améliorer les pratiques et réduire les risques.

La mise en cause de la responsabilité des praticiens n'est vraiment responsabilisante que si elle est opérée à bon escient. Or :

- rien n'indique que toutes les fautes soient repérées. Les événements indésirables graves liés aux soins et par ailleurs évitables se situeraient, par an, entre 245 000 et 395 000³³ ; ils ne donnent pas tous lieu à poursuite pour faute ;

³⁰ L'exemple classique est l'abstention de pratiquer un acte dont le rapport bénéfice/risque est *a priori* favorable pour le patient mais qui risque en cas d'échec d'engager la responsabilité du praticien.

³¹ L'exemple type est la multiplication des examens de précaution réalisés dans le but de se prémunir en cas de mise de la responsabilité.

³² Ces comportements sont dénommés « *defensive medicine* » aux Etats-Unis. Ils semblent y être très développés. Voir à cet égard, Studdert D, Mello M, Sage W, et al. "Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment", *JAMA*, 2005. L'ampleur de tels comportements en France n'est pas, à notre connaissance, documentée. Pour une analyse sociologique dans le contexte français, voir J. Barbot, E. Fillion, *Les professionnels de santé face aux procès*, Rapport pour la MIRE, mai 2005.

³³ P.Michel, J.L.Quenon, A.Djihoud et al. « Les événements indésirables graves liés aux soins dans les établissements de santé : premiers résultats d'une étude nationale », *Etudes et Résultats*, mai 2005, n° 298. Dans cette étude, un événement indésirable grave a été considéré comme évitable si "l'on pouvait estimer qu'il ne

- à l'inverse, de nombreuses réclamations n'aboutissent pas à une reconnaissance de faute ;
- les conditions dans lesquelles les fautes sont reconnues posent question, notamment la qualité de l'expertise médicale mobilisée au cours des procédures. Il semble admis qu'il est difficile de fixer la frontière entre la faute et l'aléa. A titre d'illustration des difficultés à caractériser la faute : la mesure de la PH-métrie au cours de l'accouchement permet de faire la part entre la souffrance fœtale lors de l'accouchement et les malformations acquises avant la naissance, elle est ainsi susceptible de réduire les fautes reconnues ;
- la faute est souvent le produit d'un système alors que le raisonnement judiciaire conduit à en attribuer la responsabilité, même si c'est en la partageant, à des acteurs identifiés. Un récent rapport de l'Académie nationale de médecine insiste sur le caractère systémique des accidents médicaux : « *l'effet indésirable demande dans ce cas une analyse très différente de l'analyse juridictionnelle qui est centrée sur la recherche de la faute individuelle en vue d'une sanction éventuelle et surtout d'une réparation du préjudice. Au contraire l'analyse à visée préventive n'a qu'un souci, la compréhension de l'accident, de ses conditions de survenue et de son mécanisme dans le but d'éviter son renouvellement*³⁴ ». L'Académie de médecine préconise donc un dispositif de réduction des risques qui, plus que sur la responsabilisation individuelle, repose sur le signalement systématique de toutes les défaillances, l'analyse de chaque cas, un retour d'information et la définition de recommandations pour éviter la réitération du problème. Les conditions de succès d'un tel dispositif sont la confidentialité et l'absence de blâme³⁵.

L'ensemble de ces effets pervers (médecine défensive, dissimulation des incidents, insuffisance de l'analyse systémique...) ont conduit certains pays à mettre en place des systèmes de réparation sans faute. Tel est le cas notamment de la Suède (voir annexe n°11). Même aux Etats-Unis, pays peu suspect de négliger la notion de responsabilité individuelle, le système de réparation fondé sur la mise en cause des praticiens est soumis à de fortes critiques³⁶.

Il convient de garder à l'esprit l'ensemble de ces difficultés et effets pervers lorsque l'on examine les effets "responsabilisants" des divers dispositifs de réparation des fautes. Il convient que les conditions de mise en cause de la responsabilité individuelle des praticiens soient parfaitement calibrées pour que les effets positifs de la responsabilisation l'emportent sur les effets négatifs.

serait pas survenu si les soins avaient été conformes à la prise en charge considérée comme satisfaisante au moment de la survenue de cet événement".

³⁴ G. David, C. Sureau, *De la sanction à la prévention. Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins*. Rapport de l'Académie Nationale de Médecine.

³⁵ Les articles L.1413-14 et L.1414-3 du code de la santé publique prévoient la mise en place d'un dispositif de ce type (voir annexe n°12).

³⁶ Le *Department of Health and Human Service américain* (HHS) trace ainsi un bilan très critique du système de mise en cause de la responsabilité médicale aux Etats-Unis : il encourage la médecine défensive, ne prend pas en compte de manière pertinente les fautes et, enfin, entraîne une attitude de dissimulation des incidents et empêche de ce fait leur analyse. Voir HHS, *Addressing the new health care crisis : reforming the medical litigation system to improve the quality of care*, mai 2003. Voir également LL. Leape "Preventing medical errors" in D. Mechanic et al. (editors), *Policy challenges in modern health care*, Rutgers University Press, 2005.

3.3.2 *Le système actuel et la responsabilisation individuelle.*

Il convient d'apprécier si le système actuel sanctionne par des hausses de primes les comportements à risque ou déviants et constitue de ce fait un élément de responsabilisation individuelle³⁷³⁸.

Lorsque les risques assurés se matérialisent par des sinistres à forte fréquence, les différentiels de fréquence entre les assurés renseignent sur le caractère plus ou moins sûr de leur pratique ou comportement. Il est alors possible d'ajuster la prime au risque en la modulant à partir de ces différentiels de fréquence. L'assurance a alors une vertu responsabilisante, elle sanctionne les pratiques risquées et encourage les pratiques sûres.

Toutefois, cette logique générale est difficilement transposable dans le domaine de la responsabilité civile des gynécologues – obstétriciens comme le souligne l'OCDE³⁹:

- le risque en gynécologie- obstétrique est, heureusement, un risque de relative faible fréquence (la fréquence moyenne est un sinistre déclaré tous les cinq ans par praticien). Il est délicat dans ces conditions d'ajuster la prime au risque car la survenance d'un sinistre renseigne peu sur le comportement du praticien et sur les risques à venir ;
- le sinistre se matérialise tout d'abord par une réclamation, sans qu'il soit souvent possible, de prévoir si cette réclamation aboutira ou non, après des procédures souvent longues, à une reconnaissance de faute ;
- la reconnaissance de la faute est elle-même le résultat d'un processus juridictionnel qui n'apporte en règle générale qu'une information limitée sur les causes de l'accident. Il est donc difficile d'utiliser l'information fournie par les sinistres passés pour déterminer une tarification pertinente.

Les médecins rencontrés ont fait part à la mission de leur sentiment que toute réclamation entraînait une hausse des primes pour l'année à venir. Certains assureurs confirment que leur pratique est conforme à cette perception, d'autres ont indiqué que leur comportement obéissait à des règles plus complexes (examen des sinistres par un médecin expert de l'entreprise d'assurance avant décision...). Certains ont dit être incapables d'ajuster la prime au risque, du fait de la faible fréquence des sinistres et de la complexité des causes des accidents, et ont fait part à la mission de leur scepticisme sur l'effet responsabilisant des primes.

On peut d'ailleurs douter que les assureurs puissent ajuster les primes au risque, dans la mesure où les primes ne sont même pas ajustées à l'activité des praticiens (les primes ne varient pas en fonction du nombre d'accouchements)⁴⁰. En revanche, la prime peut être

³⁷ Notons que si les différentiels de prime entre praticiens sanctionnaient des comportements à risque, il aurait fallu, dans le dispositif d'aide à la souscription d'assurance, écarter la prise en charge exprimée en pourcentage de la prime pour retenir un forfait. Or c'est bien le dispositif qui a été retenu (prise en charge à 55 ou 66% selon le secteur d'exercice), sans susciter le moindre commentaire sur un éventuel effet déresponsabilisant.

³⁸ Par ailleurs le fait que la responsabilité individuelle des praticiens soit très rarement mise en cause à l'hôpital ne conduit personne à envisager que la vigilance des praticiens hospitaliers est moindre que celle des libéraux.

³⁹ "De fait, les polices d'assurance en responsabilité médicale ne peuvent guère être tarifées sur la base des sinistres passés, 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" OCDE, *Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux*, décembre 2006

⁴⁰ Si le risque n'augmente peut-être pas proportionnellement à l'activité (éventuel effet d'expérience), il est certainement croissant avec l'activité.

modulée en fonction de caractéristiques objectives : intervention dans plusieurs établissements (SHAM, Marsh, MIC), pratique de la chirurgie associée à la pratique de l'obstétrique (MACSF, BCT), pratique de l'amniocentèse (Marsh)...

Les assureurs demandent, en règle générale, aux médecins de déclarer, dans les questionnaires préalables à l'assurance, les incidents, les réclamations et les sinistres clos sur les dix dernières années. Nos interlocuteurs des compagnies d'assurance nous ont indiqué que l'information ainsi collectée est difficile à interpréter pour les raisons évoquées précédemment et qu'ils l'exploitent peu pour fixer le tarif des médecins⁴¹. S'ils l'exploitent, c'est moins pour moduler les primes que sur un mode binaire : accepter ou refuser d'assurer⁴².

Le refus d'assurance renvoie à la question sensible des éventuels risques aggravés. En cas de refus d'assurance ou lorsque les primes sont fixées à un niveau tel qu'il équivaut à un refus d'assurance, le dossier du médecin est transmis au BCT, qui fixe un tarif à l'assureur ayant exprimé le refus⁴³. Le BCT doit prévenir le représentant de l'Etat dans le département où exerce le professionnel concerné lorsque celui-ci « *présente un risque d'assurance anormalement élevé* »⁴⁴. Le BCT a, par trois fois, saisi le représentant de l'Etat pour ce motif, sans connaître les suites données à cette saisine.

Cette procédure pose en elle-même une question de principe. De deux choses l'une :

- soit les praticiens qui ont recours au BCT sont effectivement des risques aggravés pour l'assurance et donc pour les patients et il est, alors, éminemment contestable que les autorités sanitaires ne soient pas saisies systématiquement pour apprécier les conditions de l'exercice et faire éventuellement cesser le danger ;
- soit les praticiens qui ont recours au BCT ne présentent pas un risque aggravé et le recours à cette procédure traduit des comportements de précaution de la part des assureurs, sans une bonne appréciation du risque, ce qui interroge sur la pertinence des pratiques de tarification.

Il est difficile de trancher entre les deux branches de l'alternative. Selon le président du GTREM, les premiers résultats du GTREM feraient apparaître une sinistralité "normale"⁴⁵.

Au total, il ressort de cette discussion que le dispositif assurantiel actuel fait effectivement peser sur les praticiens une menace de hausse des primes en cas de sinistre. Cette menace peut, à la rigueur, être considérée comme un élément de "responsabilisation". Toutefois, le dispositif reste très frustré ; il est probable que le dispositif sanctionne les praticiens sans discernement et soit donc propice aux effets pervers (médecine défensive, dissimulation...). L'on peut comprendre également qu'il soit perçu comme "injuste" par les praticiens. Enfin, en ce qui concerne les risques éventuellement aggravés, le dispositif paraît insuffisant en ce qu'il ne donne pas de garanties que les dispositions adéquates seront prises.

⁴¹ Elle sert à répertorier les sinistres connus.

⁴² Le fait que certains dommages puisse atteindre des montants très élevés peut expliquer cette attitude. Si l'assureur considère qu'un médecin a une plus grande probabilité de commettre une faute, il peut craindre que la faute ne débouche sur un dommage important.

⁴³ Les primes et le risque seront alors partagés par la collectivité des assureurs à travers un groupement, le GTREM.

⁴⁴ Art. L 252-1 du code des assurances

⁴⁵ Le déficit financier du GTREM serait lié à une sous-tarification par rapport au risque de la part du BCT. Par ailleurs, il est vrai que le portefeuille du GTREM comprend actuellement un grand nombre de praticiens accueillis dans la période de retrait des assureurs que l'on ne peut pas considérer comme des risques aggravés.

3.3.3 *Le dispositif proposé par le groupe de travail inter-URML et la responsabilisation individuelle par la « faute inexcusable ».*

Dans le dispositif proposé par le groupe de travail inter-URML, même si les modalités de réparation du dommage sont similaires entre faute et aléa, la faute reste distinguée de l'aléa. Cet élément semble essentiel dans l'appréciation du dispositif car il permet non seulement de conserver l'information sur les fautes réalisées, mais aussi *a priori* d'acquérir cette information avec plus de célérité étant donné les délais contraints qui s'imposent à l'ONIAM pour statuer.

Le groupe de travail inter-URML, sûrement dans le souci de maintenir un élément de « responsabilisation » et de « stigmatisation » des fautes les plus graves, propose, en outre, de distinguer des fautes communes, la faute inexcusable qui resterait, elle, à la charge du praticien. Cette faute inexcusable serait toutefois assurable, la réparation des dommages serait donc à la charge des assureurs en contrepartie d'une prime. La faute inexcusable se caractériserait par son caractère non intentionnel, par sa gravité exceptionnelle, par la conscience que le praticien aurait dû avoir du danger et par le fait qu'elle résulte d'un acte ou d'une omission volontaire⁴⁶.

Cette proposition appelle les remarques suivantes :

- Elle sécurise le dispositif au plan juridique. En effet, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (voir *supra*) suggère que la mise en place d'un régime d'immunité n'est possible qu'à condition de le réserver aux fautes "excusables": "*si l'on voulait résumer en une phrase la ligne directrice suivie par le Conseil, on pourrait affirmer que celui qui cause à autrui un dommage par sa faute doit réparation, mais que cette obligation peut s'effacer si les fautes commises sont excusables et si les droits de la victime sont par ailleurs préservés*"⁴⁷.
- Dès lors que la faute inexcusable sera assurable⁴⁸, elle n'est pas directement responsabilisante. Elle ne le sera pas non plus indirectement car l'ajustement des primes au risque sera encore plus délicat qu'il ne l'est actuellement : la fréquence des fautes inexcusables sera encore plus faible que celle des fautes communes. Du fait du caractère par définition exceptionnel de la faute inexcusable, il n'est pas certain que les primes soient majorées en fonction des sinistres : par construction, un événement exceptionnel n'est pas directement prédictif d'un risque aggravé pour le futur. La faute inexcusable peut toutefois avoir une vertu responsabilisante si elle

⁴⁶ La définition de la faute inexcusable est empruntée au droit des accidents du travail. La définition proposée est en effet celle forgée dans ce cadre par la Cour de Cassation, avant qu'en 2002 elle n'exige plus que la faute soit d'une gravité exceptionnelle pour la qualifier, si les autres critères sont réunis, de faute inexcusable. En droit des accidents du travail, l'employeur bénéficiant d'une immunité en matière de responsabilité civile, la faute inexcusable a été créée pour éviter qu'une absence totale de responsabilité en matière civile ne « déresponsabilise » les employeurs à l'égard de la sécurité de leurs salariés. La proposition du groupe de travail inter-URML vise à transposer l'économie de ce dispositif en matière de responsabilité médicale.

⁴⁷ C. Radé, "Liberté, égalité, responsabilité, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°16

⁴⁸ Il faut bien sûr qu'elle soit assurable sauf à risquer de priver la victime d'une réparation légitime. A noter, toutefois, qu'en droit des accidents du travail, les conséquences de la faute inexcusable étaient à l'origine non assurables afin qu'elle soit effectivement "responsabilisante". Elle n'est devenue assurable pour tous les employeurs qu'en 1987. La vertu responsabilisante de la faute inexcusable est désormais douteuse.

n'est pas totalement assurable. Il faudrait que l'assurance ne puisse intervenir qu'au delà d'une franchise.

- Les critères de la faute inexcusable ne sont pas les plus pertinents si l'on entend construire une politique de réduction des risques. La faute qui mérite réaction n'est pas seulement celle qui est d'une exceptionnelle gravité mais celle qui révèle un dysfonctionnement susceptible de se reproduire.
- En accident du travail, la victime a intérêt à rechercher la faute inexcusable, car une amélioration de sa réparation est attachée à cette qualification. Cette motivation n'existerait pas dans le cas des fautes médicales puisque la réparation serait intégrale dans toutes les hypothèses. Il est d'ailleurs prévu que ce soit l'ONIAM qui se retourne vers le médecin si elle estime que la faute est inexcusable. C'est donc l'ONIAM qui dessinera principalement les contours de la faute inexcusable et de la notion de "gravité exceptionnelle". C'est une responsabilité nouvelle et importante pour l'institution qui aura à construire une doctrine sans que l'on puisse préjuger de l'ampleur qu'elle souhaitera donner au champ de la faute inexcusable tant la notion de "gravité exceptionnelle" prête à interprétation⁴⁹. On peut toutefois penser que les fautes de "gravité exceptionnelle" resteront, par construction, exceptionnelles.
- La distinction entre la faute inexcusable et la faute commune renverra *in fine* à une appréciation des juridictions⁵⁰ et il est peu probable que l'on puisse en une matière aussi technique et sur une base aussi floue (gravité exceptionnelle) construire des jurisprudences homogènes entre les tribunaux. Cela pose question, dans la mesure où une atteinte forte à la réputation du praticien sera associée à la qualification de faute inexcusable.
- Le maintien d'un faute inexcusable complique les dispositif pour les praticiens, il les oblige à une double relation: avec l'ONIAM pour la faute simple et avec leur assureur pour la faute inexcusable.
- Elle peut apporter une satisfaction à la victime du fait du caractère stigmatisant de la procédure et de la qualification "faute inexcusable". La victime peut en effet souhaiter, sans recourir au droit pénal, "sanctionner" et "stigmatiser" le praticien. Dans cette perspective, il conviendrait de prévoir que le patient, même indemnisé intégralement au titre de la faute, puisse se retourner contre le médecin pour faire reconnaître la faute inexcusable. Cette possibilité est de nature à rassurer, sans les satisfaire complètement, ceux, notamment parmi les associations de victime, qui estiment que le patient est légitime à exiger, au-delà de la simple réparation, une "sanction morale" du praticien. Elle inquiétera les praticiens qui, au contraire, souhaitent que leur réputation ne soit pas mise en cause pour une simple erreur ou une simple négligence et craindront dans cette hypothèse une banalisation de la faute inexcusable. Peut-être s'agit-il d'un compromis acceptable ?

⁴⁹ A cet égard, en l'absence de jurisprudence, il sera, dans un premier temps, délicat pour les assureurs d'ajuster leur prime à un risque dont l'ampleur sera inconnue, on peut donc craindre de leur part des comportements de prudence.

⁵⁰ En effet, si c'est l'ONIAM qui engage la procédure, il est probable, étant donné les enjeux financiers pour l'assureur et de réputation pour le médecin, que la qualification de faute inexcusable sera systématiquement contestée.

Au total, la proposition du groupe de travail inter-URML, à travers la faute inexcusable, permet de maintenir un élément de responsabilisation, tout en réduisant la stigmatisation des médecins en cas de fautes "banales"⁵¹. Toutefois, dans cette perspective, il serait cohérent de prévoir que la faute inexcusable ne sera assurable qu'au-delà d'une franchise et que le patient lui-même puisse engager une procédure pour faire reconnaître la faute inexcusable.

3.3.4 *L'indemnisation des fautes et la réduction des risques.*

La proposition du groupe de travail inter-URML nous paraît devoir être articulée avec un dispositif d'analyse médicale des accidents fautifs.

En effet, pour contribuer à la réduction des risques, il convient de considérer les fautes, non seulement en fonction de leur gravité, mais en ce qu'elles révèlent sur le praticien et sur l'établissement dans lequel il exerce. La distinction fondamentale dans la perspective de la réduction des risques est, en effet, entre la faute qui relève de l'erreur ou de la négligence ponctuelle (non prédictive de risques futurs même si elle peut être d'une exceptionnelle gravité) et celle qui est le signe d'un dysfonctionnement structurel (par exemple, inadaptation de la pratique à l'état de la science, obsolescence des connaissances ou des apprentissages, inadaptation de l'environnement de travail...). Bien évidemment, une appréciation de ce type ne peut relever des juridictions mais doit ressortir de l'expertise médicale.

Aussi le système suivant nous paraît-il devoir être envisagé :

- Comme dans la proposition du groupe de travail inter-URML, l'indemnisation de la faute quelle que soit sa nature est assurée à travers le dispositif CRCI/ONIAM.
- Dans le cas où une faute est reconnue, le dossier est systématiquement adressé à une autorité sanitaire (déterminée par la Direction générale de la santé), apte à prendre éventuellement des mesures individuelles à l'égard des praticiens⁵². Cette autorité, au vu des dossiers, peut considérer qu'il s'agit d'une faute ponctuelle et classer le dossier sans suite. Elle peut également, après d'éventuelles expertises complémentaires, considérer qu'il s'agit d'une faute prédictive de risques futurs et, dans ce cas, prescrire les mesures adaptées (interdiction de pratique, exigence de formation pour poursuivre la pratique, conditionner la poursuite de la pratique à des modifications des conditions de travail...). Même si les accidents sont d'origine systémique et si leur prévention suppose des initiatives qui vont bien au-delà de la police sanitaire centrée sur la pratique individuelle, on ne peut exclure que cette démarche soit appropriée dans certains cas mêmes s'ils devraient être rares.
- Les données sont par ailleurs transmises, sous forme anonymisée, à la Haute Autorité de Santé (HAS). En effet, l'examen systématique des fautes paraît être de nature à lui fournir une base d'observation pour élaborer les recommandations pertinentes en terme d'amélioration des pratiques. Bien évidemment, il s'agit d'une base d'information complémentaire à celles qui sont en voie de constitution (voir

⁵¹ Toute la difficulté de la question vient du fait que la faute peut être banale alors que ses conséquences sont dramatiques pour les victimes.

⁵² L'article L.1142-8 du code de la santé publique prévoit déjà que la CRCI « saisit l'autorité compétente si elle constate des manquements susceptibles de donner lieu à des poursuites disciplinaires ».

annexe n°12). Toutefois cette base complémentaire sera riche, dans la mesure où les mesures d'instruction du dossier auront permis de collecter des informations plus complètes sur les circonstances de l'accident que celles collectées en routine.

Un tel dispositif peut sembler lourd. Ce sont toutefois environ 300 dossiers de faute qui devront être examinés par an, dont la grande majorité pourra être classée sans suite⁵³. C'est également la garantie que les fautes seront suivies de mesures adéquates. Il est inquiétant, dans le système actuel, que l'identification d'un risque aggravé puisse se traduire par une simple hausse des primes, sans assurance que des dispositions ont été prises pour faire cesser le risque.

3.4 Le coût de la proposition du groupe de travail inter-URML

3.4.1 *Le coût brut (les charges à couvrir)*

Dans le système proposé par le groupe de travail inter-URML, la solidarité nationale aurait à couvrir l'intégralité de l'indemnisation des dommages liés à la faute. Cette somme peut faire l'objet d'une estimation à partir du nombre de sinistres par an recensés en gynécologie – obstétrique (environ 300) et le coût moyen de ces sinistres (selon les données transmises en 2005 à l'ACAM sur les sinistres clos : 50 000 euros ; selon les données de la FFSA sur les sinistres en cours : 100 000 euros)⁵⁴, soit :

- selon les données transmises à l'ACAM : 15 millions d'euros
- selon les données de la FFSA : 30 millions d'euros

Il faut ajouter à ces montants les frais de gestion du dispositif par l'ONIAM (voir annexe n°15). Ils sont estimés, en 2006, à environ 1140 euros pour un passage en CRCI et 620 euros pour une offre d'indemnisation par l'ONIAM, soit pour 300 dossiers un coût total de l'ordre de 530 000 euros⁵⁵. Soit une fourchette de coût brut entre 15,5 et 30,5 millions d'euros.

3.4.2 *Le coût net*

Il existe déjà actuellement des mécanismes de socialisation. Les différents dispositifs d'aide au paiement des primes (aide à la souscription d'assurance et déduction fiscale) permettent la prise en charge par la solidarité nationale de près de 75 à 80% du montant des primes (voir annexe n°10).

⁵³ Les assureurs répertorient actuellement 300 sinistres par an mais certains sont de simples réclamations qui ne seront pas considérés comme liées à une faute après le filtre CRCI/ONIAM.

⁵⁴ On raisonne donc à coût moyen des sinistres stable (extrapolation des observations sur les dix dernières années pour la FFSA et données sur 2 ans sur les sinistres clos pour l'ACAM) mais en prenant en compte la divergence d'appréciation de ce coût moyen (voir annexe n°6).

⁵⁵ Près de 100 dossiers de gynécologie-obstétrique sont déjà instruits par les CRCI et certains font déjà l'objet d'offres d'indemnisation de l'ONIAM. Le coût net du traitement de tous les dossiers de gynécologie-obstétrique par le circuit CRCI / ONIAM est donc inférieur à l'estimation de 530000 euros.

Le coût que représente cette aide, et par conséquent l'évaluation du coût net de la socialisation, dépend directement du niveau des primes⁵⁶ :

- le niveau moyen des primes versées actuellement, en moyenne 14 000 euros pour les 1500 gynécologues – obstétriciens en 2006, conduit à un coût des aides au paiement des primes d'environ 16 millions d'euros. Le coût net de la proposition du groupe de travail inter-URML se situe alors dans une fourchette de -0,5 à 14,5 millions d'euros en fonction du coût moyen des sinistres ;
- or la FFSA est partie de son estimation du coût moyen des sinistres à 100 000 euros pour évaluer la prime d'équilibre chargée à 27 000 euros (voir annexe n°6). Autrement dit, pour couvrir le coût de 300 sinistres à 100 000 euros (30 M€), les assureurs seront contraints de se rapprocher du niveau d'équilibre (à moins d'accepter les pertes sur ce segment de marché) et, dans ce cas, les dispositifs d'aide au paiement des primes augmenteraient à due concurrence, pour atteindre environ 30 millions d'euros. Dans cette hypothèse, la fourchette serait entre un coût net de 0,5 millions d'euros et un gain net de 14,5 millions d'euros.

3.4.3 La compensation du coût par des cotisations des médecins

En tout état de cause, même si on retient la fourchette haute d'estimation du coût de la proposition du groupe de travail inter - URML, on peut envisager d'instaurer une cotisation versée par les médecins, à peu près équivalente à leur charge résiduelle actuelle (environ 5000 euros, soit pour 1500 gynécologues – obstétriciens, une contribution de 7,5 millions d'euros), qui réduirait d'autant le coût pour la solidarité nationale.

3.4.4 D'un financement par capitalisation à un financement par répartition

Le financement des indemnités des dommages liés à la faute se ferait par répartition, à l'instar du fonctionnement actuel de l'ONIAM. Le passage à un système par répartition comporte le risque d'un report de la charge financière sur les générations futures, dans l'hypothèse où la sinistralité et / ou les montants des indemnités augmentent. La mission ne dispose pas de données qui lui permettraient de faire des projections à cet égard. En revanche, elle note que le système actuel de financement par capitalisation comporte, pour sa part, un risque significatif d'erreur de provisionnement et engendre par conséquent également des phénomènes de mutualisation des risques dans le temps. Ainsi, en raison de la sous-estimation de la sinistralité à la fin des années 1990 / début des années 2000, les primes, perçues à l'époque au titre des sinistres futurs, n'ont pas suffi à les couvrir effectivement et ont dû être abondées par les primes ultérieures.

- ⇒ Au total, le bilan économique de la proposition du groupe de travail inter-URML, par rapport aux autres modes de socialisation, dépend de deux facteurs principaux : le coût des sinistres et le montant de la prise en charge des primes par l'assurance maladie.
- (a) Le bilan est très positif (gain pour la collectivité nationale) si les assureurs surestiment le coût des risques et parviennent à aligner leurs primes sur ce coût surestimé.

⁵⁶ L'aide à la souscription d'assurance est plafonnée à un « seuil maximal d'appel à cotisation », fixé par décret. Actuellement fixé à 18000 euros pour les gynécologues –obstétriciens, ce plafond sera ajusté tous les ans par spécialité en fonction de l'évolution du montant moyen des primes d'assurance.

- (b) Le bilan est neutre, voire légèrement positif⁵⁷, après contribution des médecins, si le niveau des primes correspond au coût effectif des sinistres.
- (c) Le bilan n'est négatif que si les assureurs sous-estiment le coût des sinistres et que les primes sont ajustées à ce coût sous-estimé.

Par ailleurs, le bilan peut être marginalement amélioré par plusieurs facteurs :

- l'absence de rattrapage des pertes passées;
- les évolutions que la réforme pourrait permettre par ailleurs, en particulier la réduction du contentieux, le recours aux CRCI devenant un préalable obligatoire.

3.4.5 La transition

En ce qui concerne la période de transition, trois choix peuvent être faits :

- (a) Prendre en charge tous les sinistres. Ce choix nécessite de récupérer les provisions des assureurs, ce qui a été fait par le passé pour l'assurance construction. Toutefois, si les provisions par dossier sont facilement identifiables, il est beaucoup plus malaisé de discerner la quote-part des provisions statistiques, calculées globalement.
- (b) Prendre en charge seulement les sinistres survenus à partir d'une certaine date. Ce choix laisserait à charge des assureurs pendant la subséquente la charge des sinistres tardifs. Or certains assureurs pourraient avoir des provisions insuffisantes (les provisions pour subséquente ne sont pas établis en responsabilité médicale sur un scénario brutal de disparition du risque).
- (c) Prendre en charge seulement ceux qui se manifesteront à partir d'une certaine date. Cette proposition est plus simple à mettre en œuvre mais elle conduit à un bénéfice indu pour les assureurs (anciens contrats en base réclamation, reprise de subséquente). Il faudrait éventuellement fixer des règles particulières pour les sinistres connus et prévoir une contribution des assureurs (à laquelle les assureurs étrangers n'échapperaient pas si on les mettait dans l'alternative de couvrir le risque subséquent).

3.5 Les effets sur les victimes, les gynécologues – obstétriciens et les assureurs.

3.5.1 Les effets sur les victimes

Les victimes sont concernées par la proposition du groupe de travail inter-URML à deux titres principaux :

- la substitution de l'ONIAM, et donc de la solidarité nationale, au médecin et à son assureur, en tant que débiteur de l'indemnisation du dommage ;
- le recours préalable obligatoire devant les CRCI.

Les conséquences de ces deux dispositions sont les suivantes :

⁵⁷ Les frais de gestion sont estimés inférieurs à l'ONIAM, en particulier du fait de la disparition des frais d'acquisition (calculés de façon proportionnels au niveau de la prime).

- La victime conserve son droit effectif à la réparation intégrale des préjudices subis, conformément aux exigences du juge constitutionnel. Le recours au tribunal est possible à tous les stades de la procédure : l'expertise (contestation des résultats, demande d'expertises complémentaires⁵⁸), l'avis de la CRCI (déclarations d'irrecevabilité, qualification ou non de faute ou de faute inexcusable⁵⁹), l'offre d'indemnisation de l'ONIAM.
- La victime ne pourra plus faire de recours au civil contre le responsable du dommage, sauf faute inexcusable (voir *supra*) ; cette possibilité de recours en cas de faute inexcusable devrait réduire le risque d'augmentation des plaintes au pénal, souvent invoqué par les associations de victimes ; en tout état de cause, la faute du médecin sera établie et caractérisée lors de la procédure devant la CRCI.
- Le recours préalable aux CRCI étant obligatoire, la victime est conduite à privilégier ce mode de règlement des litiges qui présente les avantages de rapidité (délais encadrés par les textes), de transparence (information à tous les stades des parties prenantes), de gratuité (en particulier, expertise gratuite) et en principe de qualité (les membres des CRCI sont spécialisés en matière d'accidents médicaux à la différence des juges des tribunaux). La "déjudiciarisation" comporte des avantages non seulement pour la victime mais aussi pour la collectivité nationale (économies, désencombrement des tribunaux). La victime ne perd pas pour autant le droit, dès lors qu'une procédure devant la CRCI est engagée, d'intenter un recours devant le juge, si elle estime cette voie préférable.
- Le parcours ultérieur à la phase de règlement à l'amiable sera simplifié et sécurisé. En effet, il n'y aura plus de contestation des avis de la CRCI de la part des assureurs (cela se produit actuellement dans 30% des cas, d'après la MACSF), les contestations de la part de l'ONIAM étant très rares (1%). En outre, l'offre d'indemnisation sera présentée directement par l'ONIAM alors qu'actuellement, ce n'est le cas que dans la procédure de substitution, en cas de refus ou d'absence d'offre de l'assureur.
- L'égalité de traitement entre les victimes sera favorisée par le fait que toutes les offres soient présentées par une autorité unique, l'ONIAM (et non plus par une multiplicité d'assureurs), en fonction d'un barème indicatif ; néanmoins, les disparités de montants entre tribunaux subsisteront.

3.5.2 Les effets sur les gynécologues obstétriciens

Les gynécologues - obstétriciens sont concernés par plusieurs composantes de la proposition du groupe de travail inter-URML :

- l'octroi d'un régime dérogatoire de responsabilité civile mais le maintien de leur responsabilité civile pour les fautes inexcusables (assurables) ;

⁵⁸ Ainsi, le TGI de Bobigny a admis la légitimité d'une demande d'expertise complémentaire (15 mars 2006).

⁵⁹ Voir TA Bastia, 12 septembre 2005. La déclaration d'incompétence est jugée comme un acte administratif faisant grief.

- le développement de l'articulation entre la procédure d'indemnisation des victimes et la politique de prévention des risques (analyse des accidents médicaux et des responsabilités en jeu ; décision éventuelle de sanctions par l'autorité sanitaire).

Les conséquences de ces dispositions sont les suivantes :

- D'un point de vue financier, la proposition du groupe de travail inter-URML est, en principe, neutre en moyenne pour les gynécologues - obstétriciens. En effet, la somme restant à leur charge actuellement pourrait être intégralement transformée en cotisation versée à l'ONIAM, pour réduire le coût pour la solidarité nationale (voir 3.4.). Quant aux primes d'assurance, leur montant serait considérablement réduit puisque seules les fautes inexcusables devraient être assurées.
- En ce qui concerne l'insécurité dénoncée par les gynécologues - obstétriciens, elle serait levée tant pour la négociation annuelle avec les assureurs (risques de résiliation brutale ou de surprimes, nécessité de s'adresser au BCT) que pour le problème des trous de garantie (voir annexe n°4). Les praticiens âgés, en particulier, ne seront plus confrontés à la difficulté de trouver un assureur (difficulté liée actuellement à la durée de garantie subséquente de dix ans du dernier contrat d'assurance). Les gynécologues - obstétriciens devront néanmoins continuer à s'assurer pour la faute inexcusable.
- En revanche, l'insécurité liée à la possibilité d'une mise en évidence d'une faute, y compris de nombreuses années après l'incident, subsiste. Mais cette mise en évidence de la faute n'emporte plus les mêmes conséquences, puisque n'est plus attachée à cette faute la mise en cause de la responsabilité civile. En outre, la procédure CRCI, désormais préalable obligatoire au recours contentieux, est jugée moins stigmatisante et moins aléatoire que la procédure contentieuse ou la transaction avec l'assureur. Elle a, selon le SYNGOF, le mérite d'être beaucoup plus transparente pour le médecin mis en cause car, à tous les moments de l'affaire, les parties sont informées par les CRCI. Elle est aussi plus rapide et plus claire en ce qui concerne l'expertise. A l'inverse, le SYNGOF critique la composition et les pratiques des CRCI qui ne garantiraient pas une confidentialité suffisante des débats, défaut qui avait été relevé aussi dans le rapport de l'IGAS sur l'indemnisation des accidents médicaux⁶⁰, mais qui est contesté par les responsables des CRCI.
- Quant à la participation des gynécologues - obstétriciens à la prévention des risques, elle est appelée à se développer indépendamment de la réforme du régime de responsabilité civile (évaluation des pratiques professionnelles obligatoire, mise en œuvre de l'accréditation...). On peut néanmoins escompter de la proposition du groupe de travail inter-URML une meilleure articulation entre l'analyse des accidents médicaux ouvrant droit à réparation et l'amélioration des pratiques professionnelles (cf. partie 3.3.). L'incitation financière à la participation à l'accréditation disparaissant (du fait de la suppression du mécanisme d'aide à la souscription d'assurance), celle-ci devrait être rendue obligatoire⁶¹.

⁶⁰ IGAS, *L'indemnisation des accidents médicaux*, rapport n°2005-058, septembre 2005.

⁶¹ Le décret n° 2006-1559 du 7 décembre 2006 réserve le bénéfice de l'aide à la couverture des primes d'assurance aux praticiens qui sollicitent leur accréditation : début février 2007, 17 000 médecins libéraux avaient déjà signalé à la HAS leur intention d'engagement.

D'une façon générale -et cela est cohérent avec le fait que la proposition émane de leurs instances - les gynécologues obstétriciens estiment que la mise en œuvre de la proposition du groupe de travail inter-URML permettrait de résoudre la crise actuelle de la responsabilité civile.

3.5.3 *Les effets sur les assureurs*

Le transfert à l'ONIAM de la gestion de l'assurance de responsabilité civile médicale n'aurait *a priori* qu'un impact économique relativement marginal sur le secteur des assurances mais pourrait mettre en difficulté les quelques sociétés spécialisées sur ce segment de la responsabilité civile.

Avec environ 400 millions d'euros, la responsabilité civile médicale ne représente en effet que moins de 1% du chiffre d'affaires de l'ensemble des assurances de biens et de responsabilité et, dans ce total, la part des gynécologues obstétriciens libéraux ne dépasse pas 5% (voir annexe n°8). Le transfert à l'ONIAM de l'assurance en responsabilité civile professionnelle des gynécologues - obstétriciens libéraux pourrait certes affecter les sociétés qui se sont plus particulièrement positionnées sur ce créneau comme MIC, sachant que deux des assureurs français les plus concernés (MACSF, AGF) semblent vouloir se désengager.

Ce risque économique se double d'un risque juridique, dans la mesure où des recours des assureurs devant la CJCE pour entrave à la libre prestation de service sont possibles (voir *supra*).

3.6 **La capacité des CRCI et de l'ONIAM à absorber le flux supplémentaire des réclamations et indemnisations.**

Dans l'hypothèse étudiée, l'ensemble composé des CRCI et de l'ONIAM, créé par la loi du 4 mars 2002, tiendrait une place centrale. Il constituerait un guichet unique pour les sinistres de gynécologie – obstétrique, la saisine préalable des CRCI devenant obligatoire.

On rappelle que les CRCI procèdent à l'instruction des dossiers et donnent un avis d'indemnisation (« *circonstances, cause, nature, étendue des dommages, régime d'indemnisation* », article L.1142-8 du code de la santé publique)⁶². Sur cette base, l'ONIAM fait une offre d'indemnisation.

3.6.1 *La procédure devant les CRCI*

L'effet volume du nouveau système, qui verrait tous les litiges concernant la gynécologie - obstétrique obligatoirement soumis aux CRCI, serait d'environ 200 dossiers supplémentaires par an, alors que le flux annuel de dossiers pour cette spécialité, présentés aux CRCI, est

⁶² Le statut juridique ambigu des avis des CRCI a été souligné par le rapport de l'IGAS sur l'indemnisation des accidents médicaux de mai 2005 : caractère obligatoire ou non pour l'ONIAM de l'avis des CRCI, caractère de décisions ou d'actes préparatoires des avis positifs des CRCI et de leur autorité vis-à-vis du juge, qualification juridique des avis négatifs des CRCI (voir TGI de Bobigny, 15 mars 2006 TA Bastia, 12 septembre 2005). Dans son rapport sur l'indemnisation des accidents médicaux (n°2005-058), l'IGAS a estimé nécessaire une clarification législative et a souhaité que les avis des CRCI soient exécutoires.

actuellement d'environ 100⁶³. Cela représenterait une augmentation de 7 % environ des 3000 dossiers soumis actuellement aux CRCI chaque année. Ce surcroît d'activité est absorbable dans le cadre actuel, sous réserve de quelques recrutements dans les CRCI les plus sollicitées, comme la CRCI Ile-de-France, qui peinent à respecter les délais de traitement légaux

Le circuit de traitement des dossiers en CRCI s'organise actuellement en trois temps :

- l'examen de la recevabilité qui fait intervenir principalement la date du litige, la qualification d'accident médical et l'atteinte des seuils, au-dessous desquel l'ONIAM n'est pas compétent⁶⁴ ;
- l'organisation et la réalisation de l'expertise ;
- la délibération de la commission qui aboutit à une indemnisation, à un rejet ou à une demande d'expertise complémentaire.

Or, les dossiers de gynécologie - obstétrique requerront une instruction de recevabilité allégée puisque la CRCI les examinera sans critère de seuil⁶⁵. En revanche, les juristes de la CRCI et la commission devront distinguer l'aléa de la faute pour tous les dossiers, y compris pour ceux qui se situent en-dessous des seuils de gravité. En cas de qualification fautive, ils devront examiner le caractère inexcusable de la faute, pour lequel des critères seront à élaborer. Quant à la procédure autour de l'expertise, elle restera inchangée : quête d'experts, déroulement de l'expertise, rapport d'expertise.

Au cours de ces phases, les CRCI économiseront du temps (et des lettres recommandées) en n'ayant plus à informer les assureurs à tous les stades de la procédure. Mais si le sinistre renvoie à une faute inexcusable (fréquence extrêmement faible à prévoir), la CRCI se mettra en contact avec l'assureur.

Ainsi, le transfert de tous les litiges de gynécologie - obstétrique aux CRCI signifie un circuit d'instruction particulier à établir, engendrant de la complexité ; l'allègement de la charge de travail au stade de l'examen de la recevabilité et de la communication avec les parties se conjuguera à un alourdissement de l'analyse juridique aboutissant à l'avis de la Commission.

3.6.2 L'offre d'indemnisation par l'ONIAM.

Alors que pour les autres dommages liés à la faute, l'ONIAM se substitue à l'assureur seulement quand celui-ci refuse ou ne propose pas d'offre d'indemnisation, en gynécologie – obstétrique, il présentera désormais systématiquement une offre d'indemnisation. Cela signifie que, pour la gynécologie – obstétrique, il n'y aura plus de contentieux opposant l'ONIAM aux assureurs⁶⁶, sauf pour les sinistres – en très faible nombre – qui comporteraient une faute inexcusable. Au total, l'ONIAM aura à procéder à davantage d'offres d'indemnisation mais dans le cadre d'une baisse de la charge de travail contentieuse.

⁶³ 7% des dossiers soumis aux CRCI sur 2003-2004, d'après le rapport n°2005-058 de l'IGAS.

⁶⁴ 24% de taux d'incapacité permanente, durée d'incapacité temporaire de travail au moins égale à 6 mois consécutifs ou 6 mois non consécutifs sur une période de 12 mois, inaptitude de la victime à exercer son activité professionnelle ou troubles particulièrement graves

⁶⁵ Il en résultera un taux de rejet plus faible que le taux de rejet actuel (19 % au 1^{er} semestre 2006), largement motivé par la question du seuil du préjudice.

⁶⁶ Au 30 juin 2006, plus de 90 contentieux étaient engagés, décidés ou envisagés au titre des actions récursoires.

Si le transfert se limite aux sinistres de gynécologie - obstétrique, cet élargissement des compétences de l'ONIAM semble absorbable à structure inchangée. En revanche, en cas d'extension à toutes les spécialités à risque et *a fortiori* à tous les médecins, la question de la nécessité d'une réorganisation de l'ONIAM - et des CRCI- se poserait.

Par ailleurs, le fait que, pour la gynécologie - obstétrique, le dispositif CRCI / ONIAM puisse intervenir sur tous les sinistres liés à une faute, risque de renforcer la pression déjà actuellement exercée par des associations de victimes, visant à faire sauter les seuils actuels. Aussi, certains interlocuteurs de la mission à l'ONIAM et dans les CRCI craignent-ils que la proposition du groupe de travail inter-URML n'aboutisse, à partir d'un problème somme toute limité, à déstabiliser un dispositif qui en est à ses débuts.

3.7 L'extension aux autres spécialités médicales et aux établissements

L'analyse conduite ci-dessus concerne l'assurance en responsabilité civile professionnelle des gynécologues - obstétriciens. Or, si la proposition du groupe de travail inter-URML devait être mise en œuvre pour cette spécialité, il se posera inéluctablement la question de son extension, d'une part, aux autres spécialités à risque (chirurgiens et anesthésistes – réanimateurs), d'autre part, à l'ensemble des praticiens exerçant en libéral et, enfin, aux établissements de santé, soumis, eux aussi, à l'obligation d'assurance.

- En ce qui concerne l'extension aux autres praticiens, deux contraintes juridiques jouent en sens inverse : d'un côté, la jurisprudence du juge constitutionnel exige qu'en matière de responsabilité civile, les ruptures d'égalité au sein du corps médical soient justifiées par une différence appréciable de situation ; de l'autre côté, au regard des exigences posées par la CJCE, il faut établir que l'entrave à la libre prestation de services est justifiée par des raisons d'intérêt général, qu'elle est nécessaire au plan économique et qu'elle est proportionnée aux objectifs poursuivis ;
- Or, la situation des gynécologues – obstétriciens est de fait spécifique, en raison des caractéristiques du risque (risque long, forte volatilité, base de mutualisation réduite) et du niveau et de l'évolution de leurs primes ; si les situations des autres spécialités à risque s'en rapprochent fortement, en particulier celle des chirurgiens, il n'en est pas de même pour les autres spécialistes et les médecins généralistes ; l'extension du dispositif, si elle peut se justifier pour des raisons politiques, semble donc devoir être limitée, au regard des contraintes juridiques ;
- Quant aux établissements, ils sont concernés par l'éventuelle mise en œuvre de la proposition du groupe de travail inter-URML, puisque les spécialités à risque exercent sur les plateaux techniques et avec du personnel que les établissements mettent à leur disposition ; mais, dans la mesure où le principe de la réparation intégrale de la victime est maintenu dans le nouveau système, il n'existe pas de risque *a priori* de déport de la faute du praticien vers la faute de l'établissement.

Conclusion

Après les mesures récentes de juillet et décembre 2006 visant à une prise en charge d'une part importante (55 à 66%) des primes d'assurance des spécialités à risque, la situation de l'assurance en responsabilité civile médicale n'appelle pas d'initiatives nouvelles.

En effet, les nombreuses dispositions déjà prises pour socialiser le coût des primes d'assurance (augmentations des tarifs, aide à la souscription d'assurance, écrêtement de fait en raison de l'existence d'un plafond de garantie) ont compensé, voire sur-compensé, les charges supplémentaires liées à l'augmentation des primes.

Tout au plus peut-on regretter que la prise en charge par la collectivité de cette augmentation se soit faite de manière dispersée et peu cohérente et n'ait pas emprunté la voie d'un ajustement, *via* le coût de la pratique, des tarifs. Cette approche, même si elle présente des difficultés techniques, aurait dû être privilégiée : elle est la seule cohérente avec la mise en œuvre progressive de la classification commune des actes médicaux et avec le rôle attribué à l'assurance maladie dans la négociation des tarifs des médecins.

L'annonce par la MACSF de la résiliation de l'ensemble des contrats de gynécologues – obstétriciens à la fin 2006 et de l'augmentation importante des primes en 2007 fait peser le risque d'une nouvelle crise. Le montant de primes annoncé correspond d'ailleurs au niveau d'équilibre, tel qu'il est évalué par la FFSA pour les gynécologues- obstétriciens (27000 euros), alors que les primes se situent aux environs de 14 000 euros actuellement.

Toutefois, il apparaît que les données fournies à l'appui de cette augmentation des primes ne sont pas pleinement convaincantes. De plus, deux des principaux assureurs, représentant près de 45% du marché, considèrent que le niveau actuel des primes est correct et n'appelle pas d'augmentation dans l'immédiat, à contexte inchangé.

Dans le contexte actuel, il serait donc peu raisonnable d'envisager de nouvelles mesures visant à accroître le financement par la solidarité nationale (écrêtement, augmentation de la prise en charge...), alors même qu'il est possible que le marché se stabilise sans cela. Un soutien supplémentaire des pouvoirs publics au marché risque de constituer une simple aubaine pour les assureurs déjà à l'équilibre. Aussi semble-t-il nécessaire à la mission, en l'état actuel, de laisser jouer la concurrence voire de l'encourager.

Dans l'hypothèse d'un retrait de la MACSF, le marché se réorganiserait principalement autour d'un oligopole composé de deux / trois intervenants. La crainte d'un oligopole à venir ne doit pas pour autant conduire les pouvoirs publics à caler leur attitude à partir du niveau de prime jugé souhaitable par l'un des acteurs dominant sur le marché actuel, le plus alarmiste.

C'est dans ce contexte que la mission a examiné la proposition du groupe de travail inter-URML. Les remarques précédentes sur la situation de la responsabilité civile médicale ne plaident pas pour entreprendre une réforme aussi profonde que celle proposée par le groupe de travail inter-URML. Toutefois, indépendamment du contexte, la démarche proposée présente des avantages :

- garantir contre la répétition de périodes de crise sur ce marché. Ces crises sont liées aux difficultés propres à l'assurance des spécialités à risques et au caractère nécessairement

limité de la concurrence sur un marché aussi étroit. Avec aussi peu d'intervenants, le retrait de l'un d'entre eux ou l'augmentation significative de ses tarifs se traduit par de fortes perturbations et surtout crée une insécurité chez les gynécologues -obstétriciens dont on peut penser qu'ils ont mieux à faire que de devoir s'interroger régulièrement sur la manière dont ils seront assurés ;

- favoriser un traitement plus apaisé et moins judiciairisé des accidents médicaux, propice à une politique de prévention des risques et à un traitement adéquat d'éventuels risques aggravés ;
- permettre globalement des économies par réduction des frais de gestion des entreprises d'assurance (20 à 30% des primes actuelles) et du traitement judiciaire des contentieux.

Ainsi, même si le contexte actuel ne justifie pas que l'on mette en œuvre la proposition du groupe de travail inter-URML, pas plus d'ailleurs que les autres mesures envisagées, celle-ci mérite d'être examinée de manière approfondie.

La constitutionnalité et la compatibilité avec le droit communautaire de cette proposition posent question mais il n'est pas avéré que sa mise en œuvre soit de ce fait impossible.

Plus fondamentalement, la proposition se heurte, aujourd'hui, au sentiment qu'elle vise à exonérer les médecins de leur faute ; elle ne satisferait pas le désir de certaines victimes soucieuses, au-delà de la réparation financière, de stigmatiser les médecins responsables. Pour d'autres, elle risque au contraire, à travers la faute inexcusable de conduire à une stigmatisation accrue des médecins. Il s'agit en effet d'une approche de compromis qui, sans aller jusqu'à un système « *no blame* », essaie d'aménager les conditions de prise en charge des fautes pour les rendre à la fois respectueuses des victimes et propices à un traitement pertinent des accidents médicaux. Il est clair toutefois que ce sentiment est loin d'être partagé, alors même qu'en ce domaine, il est important que les solutions et les procédures retenues satisfassent un « sentiment de justice ». Il est donc important que le débat puisse se poursuivre, au-delà de la question du niveau des primes, entre les pouvoirs publics, le corps médical et les associations de malades sur la meilleure manière de considérer les accidents médicaux, la question de la faute et de la sanction et, bien sûr, la prévention des risques.

Pierre-Louis BRAS

Christine D'AUTUME

Bernadette ROUSSILLE

Valerie SAINTOYANT

ANNEXES

Liste des annexes

Annexe n°1 : Lettre de mission

Annexe n°2 : Liste des personnes rencontrées

Annexe n°3 : Présentation schématique du rapport de l'OCDE

Annexe n°4 : Les trous de garantie

Annexe n°5 : L'interprétation de la loi About

Annexe n°6 : L'évolution des primes

Annexe n°7 : La sinistralité

Annexe n°8 : Les parts de marché

Annexe n°9 : L'évolution des revenus

Annexe n°10 : Les modalités actuelles de socialisation

Annexe n°11 : L'exemple de la Suède

Annexe n°12 : La prévention des accidents médicaux

Annexe n°13 : Textes et jurisprudence

Annexe n°14 : L'ONIAM

Annexe n°15 : Liste des sigles

Annexe n°1 : Lettre de mission



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de la Santé et des Solidarités

Att. -> T. N. 10

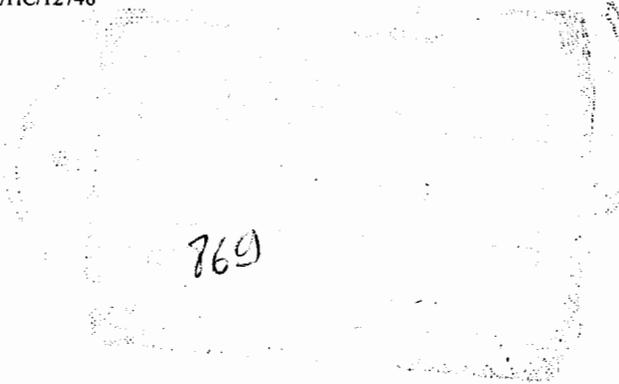
... + adjoint

Le Ministre

3.10

Paris, le 04 OCT. 2006

Cab XB/ER/HC/12746



à

Monsieur André NUTTE
Chef de l'Inspection Générale
des Affaires Sociales

Objet : Assurance des professionnels de santé en responsabilité civile médicale.

Face à la croissance des actions judiciaires engagées par des patients ou parents de patients à l'encontre de professionnels de santé, et à l'augmentation des montants des indemnités décidées par les tribunaux, les professionnels de santé manifestent un sentiment croissant d'insécurité juridique.

Ce sentiment est d'autant plus fortement répandu parmi les gynéco-obstétriciens notamment du fait de l'importance du délai qui peut s'écouler entre la naissance d'un enfant et la révélation d'une malformation fondant l'engagement d'une action en indemnisation d'une part, et, d'autre part, de l'importance du montant des indemnités décidées pour ce type d'accidents médicaux (la présence d'une tierce personne pouvant alors être nécessaire pendant toute une vie).

Le montant des primes d'assurance étant calculé en fonction de l'importance des sinistres à couvrir, ces primes se révèlent de plus en plus difficiles à financer pour les professionnels concernés.

Le Gouvernement a apporté une réponse à ce dernier problème en décidant, en août 2006, d'une prise en charge des deux tiers des primes d'assurance par l'assurance maladie et d'une indexation des plafonds des aides ainsi consenties sur l'évolution moyenne des primes d'assurance de la branche concernée.

Si cette décision permet de stabiliser durablement le poids financier des primes pour ces professionnels, elle ne modifie pas structurellement l'exposition de ceux-ci à des procès qui peuvent s'avérer pénalisant pour leur réputation et les placer durablement dans une situation d'incertitude sur l'issue de ces procédures tant que celles-ci ne sont pas devenues définitives.

Pour pallier ces difficultés, le syndicat des gynéco-obstétriciens (SYNGOF) a formulé des propositions de modifications en profondeur de l'organisation de leur assurance en responsabilité civile.

Cette proposition vise à confier l'intégralité de la protection juridique et assurance civile des gynéco-obstétriciens à un opérateur public (qui pourrait être l'office national d'indemnisation des accidents médicaux « ONIAM ») qui assumerait l'ensemble des procédures engagées à l'encontre de ces professionnels à l'exception de celles liées à des fautes inexcusables et intentionnelles. Par ailleurs, les plaignants seraient amenés, dans ce nouveau dispositif, à saisir les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) en vue de règlements amiables avant de saisir les juridictions.

Je souhaite que vous expertisiez ces propositions en lien avec les auteurs de celle-ci sous tous ses aspects et notamment sous l'angle juridique, organisationnel et financier.

Votre rapport devra exposer de façon objective les avantages et inconvénients d'une telle proposition, les conditions dans lesquelles elle pourrait être mise en application, et, éventuellement, les propositions alternatives tendant à l'atteinte d'un même objectif de diminution du sentiment d'insécurité juridique ressenti par les professionnels concernés.

Il conviendra de porter une attention particulière à la situation des internes qui semblent confrontés aux mêmes difficultés.

Je souhaite qu'à l'occasion de ces investigations, vous analysiez la situation de l'expertise et les propositions existantes en matière d'évolution de celles-ci.

Votre analyse devra notamment intégrer les expériences étrangères menées en la matière pouvant espérer des voies de réforme.

Je souhaite que votre rapport me soit remis pour le 31 décembre prochain.



Xavier BERTRAND

Annexe n°2 : Liste des personnes rencontrées

Ministère de la santé et des solidarités

Erik RANCE, conseiller technique au cabinet du Ministre

Direction de la sécurité sociale (DSS)

Stephane SEILLER, chef de service

Etienne CHAMPION, chef du bureau 1B

Christiane DRAICCHIO, chargée des affaires juridiques

Edith LAUNAY, rédactrice au bureau 3C

Virgine DOUBLET, rédactrice au bureau 2C

Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)

Dominique MARTIN, directeur

CRCI Ile-de-France

Françoise AVRAM, présidente

Assistance publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP)

Jean-Marc MORIN, directeur des affaires juridiques

Autorité de contrôle des assurances et mutuelle (ACAM)

François WEISS, commissaire- contrôleur

Bureau central de tarification (BCT)

Professeur Laurent LEVENEUR, président

Françoise DAUPHIN, directrice

Représentants des médecins

SYNGOF

Guy-Marie COUSIN, président

Jean MARTY, secrétaire général et président de la section spécialistes URML- MP

Béatrice LE NIR, conseiller juridique

Rémi PELLELET, avocat

CSMF

Dr Michel CHASSANG, président

Dr Jean-François REY, président U.MES.PE

Assureurs

Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)

Claude DELPOUX, directeur des assurances de biens et responsabilité

Stéphane PENET, directeur des marchés à la direction des assurances de biens et responsabilité

Frédéric GUDIN de PAVILLON, sous-directeur (direction des études et statistiques)

Claudine QUILLVERE, responsable département des risques

MACSF

Michel DUPUYDAUBY, directeur général

SHAM

Jean-Yves NOUY, directeur général

AGF

Jean-Yves JULIEN, directeur des assurances de biens et responsabilité

Roger LEGEANT, directeur des marchés, en charge des entreprises

Marthe DURRENBARGER, directeur technique

Michel LUZI, actuaire

AXA

Patrick FOSSEY, directeur technique, responsabilité civile risques spéciaux

Paul-Henri RASTOUL, directeur technique sinistres corporels et responsabilité

MMA / MIC

Jean DUBOIS, directeur de MIC

Jean-Pierre MILANESI, conseiller du président JC Seys

François BRANCHET, président de SAS Branchet

Elisabeth HUBERT, conseillère médicale de MMA-MIC et SAS Branchet

Marsh

Philippe AUZIMOUR, managing director, département entreprises & services publics

Représentants des victimes

Alain-Michel CERETTI, président du LIEN (Lutte, information, études sur les infections nosocomiales)

Gilles GAEBEL, délégué auprès de l'AVIAM (Association d'aide aux victimes d'accidents médicaux)

Annexe n°3 : Présentation schématique du rapport de l'OCDE

OCDE : Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux (2006)

Typologie des solutions au problème de l'assurance en responsabilité civile médicale et de leur mise en œuvre en France

<i>Options ou solutions envisageables</i>			<i>Exemples de pays étrangers</i>	Comment la situation se présente en France
1. Améliorer l'assurabilité du risque	1.1. La prévention des risques	1.1.1 Prévention et gestion des risques	Nombreux pays : Royaume – Uni USA (<i>Patient safety and quality improvement act 2005</i>) Nouvelle –Zélande (programme sécurité des patients 2005)	<u>Déjà existant :</u> Voir annexe n°12
	1.2. Améliorer la prévisibilité des indemnisations	1.2.1 Réforme de la procédure judiciaire	Mécanismes d'arbitrage ou de médiation en Australie et dans de nombreux Etats des USA, par ex. Californie Médiateur aux Pays-Bas Limitation de la mise en jeu de responsabilité solidaire Limitation des dommages -intérêts non économiques : USA, Canada Suède	<u>Déjà existant :</u> - la création des CRCI (alternative au contentieux) - la mise au point par l'ONIAM d'un barème indicatif d'indemnisation <u>Pistes de réforme :</u> - rendre le passage en CRCI obligatoire avant le contentieux - référentiel / barème indicatif d'indemnisation pour les juges - réforme de l'expertise médicale
		1.2.2. Modifier les outils assurantiels	Passage à la base réclamation : USA, Australie Persistance de la base fait générateur au Canada (régime de monopole mutualiste)	<u>Déjà existant :</u> - l'obligation de la base réclamation pour plus de visibilité - subséquentes inférieures aux délais de prescription - possibilité d'introduire des plafonds de garantie <u>Pistes de réforme :</u> introduction de franchises, abaissement des plafonds, limitations des durées ou de l'étendue des garanties...

2. Soutenir l'offre d'assurance	2.1. Favoriser le développement de mutuelles, de sociétés à but non lucratif		Canada : association canadienne mutualiste ACPM Australie : structure spécialisée UMP/AMIL	<u>Déjà existant :</u> - MACSF/ Sou médical, SHAM...
	2.2. Aide au paiement des primes		Plusieurs Etats des USA Canada Australie	<u>Déjà existant :</u> - augmentations tarifaires dans les négociations conventionnelles - déduction fiscale des charges prise en charge à 55 ou 66% par l'assurance maladie (décret accréditation) ; indexation des plafonds sur l'évolution des primes
3. Partenariats publics / privés	3.1. Rendre l'assurance obligatoire		Canada, Rép. tchèque, Finlande, Islande, Pologne, Slovaquie, Espagne, Suède	<u>Déjà existant :</u> - loi du 4 mars 2002 instaure l'obligation de s'assurer et d'assurer - création du BCT
	3.2. Création de pools de mutualisation		Coopération entre sociétés d'assurance et de réassurance Pools d'assurance aux USA (Joint underwriting associations)	<u>Déjà existant :</u> - créations du GTAM, puis du GTREM <u>Pistes de réforme :</u> - Réinstaurer le GTAM et le pérenniser ? - Au lieu de cette mutualisation entre compagnies d'assurance, on pourrait imposer la mutualisation entre professionnels de santé (ou entre assurés RC ou entre assurés multi-risques...)?
	3.3. La prise en charge des indemnisations élevées par un fond de garantie		Australie par l'UMP/AMIL Finlande USA (<i>Patient compensation fund</i>)	<u>Déjà existant :</u> - plafonds de garantie <u>Piste de réforme :</u> la proposition d'écrêtement

4. Système d'indemnisation « sans faute » (no-blame) Découplage d'un dispositif de gestion des risques	4.1. Partiel		Pour accidents neurologiques à la naissance : Virginie, Floride	<u>Déjà existant :</u> - création de l'aléa thérapeutique et financement par l'ONIAM - signalement à l'HAS de tous les événements porteurs de risque et à l'INVS de tous les événements indésirables <u>Pistes de réforme :</u> - restriction de l'assurance privée à la faute inexcusable ou intentionnelle indemnisation par la solidarité nationale des handicaps des enfants (exemple de la Virginie)
	4.2. Total		Dans certaines limites Par un fond public : Suède, Nouvelle -Zélande Sur ressources privées : Danemark et Finlande	<u>Pistes de réforme :</u> - prise en charge par l'ONIAM de tous les accidents médicaux - analyse des accidents, de leurs causes, des responsabilités en jeu par un autre organisme (HAS) et politique de gestion des risques indépendante des indemnisations
	4.3. Développement des systèmes d'indemnisation alternatifs	4.3.1 Système de l'offre précoce	Incitation à proposer une offre rapidement Ex : dans les 180 j dans certains Etats des USA	<u>Déjà existant:</u> Incitation au règlement amiable par les CRCI et l'ONIAM (délais de 6 mois et 4 mois)
		4.3.1. Dispositifs de compensation du handicap		<u>Déjà existant :</u> - la loi du 11 février 2005, en particulier création de la prestation de compensation du handicap
		4.3.2. Incitation à la souscription d'assurances privées « accidents de la vie »		<u>Piste de réforme :</u> Généralisation des contrats d'assurance visant à protéger les membres d'une famille contre les accidents de la vie, y compris les accidents médicaux.

Annexe n°4 : Les trous de garantie

Le terme de « trous de garantie » désigne des situations de défaut de couverture d'un sinistre par l'assurance. Dans ce cas, l'assuré, c'est-à-dire le professionnel de santé peut devoir assumer financièrement lui-même la charge de l'indemnisation.

1) Les trous de garantie engendrés par la loi About

Il a été communément avancé que le passage de contrats en faits dommageables à des contrats en base réclamation allait entraîner des trous de garantie.

La loi du 30 décembre 2003 prévoit à son article 4 (codifié dans l'article L251-2 du code des assurances) plusieurs dispositions destinées à éviter la survenance de trous de garantie :

- une garantie subséquente de cinq ans minimum, c'est-à-dire la couverture des dommages issus de réclamations qui interviennent après résiliation du contrat mais qui trouvent leur origine dans la période de garantie : *« Le contrat d'assurance garantit également les sinistres dont la première réclamation est formulée pendant un délai fixé par le contrat, à partir de la date d'expiration ou de résiliation de tout ou partie des garanties, si ces sinistres sont imputables aux activités garanties à cette date, et s'ils résultent d'un fait générateur survenu pendant la période de validité du contrat. Ce délai ne peut être inférieur à cinq ans. »*
- une garantie subséquente de dix ans minimum, en cas de décès ou de cessation d'activité : *« Le dernier contrat conclu, avant sa cessation d'activité professionnelle ou son décès, par un professionnel de santé mentionné à la quatrième partie du code de la santé publique exerçant à titre libéral, garantit également les sinistres pour lesquels la première réclamation est formulée pendant un délai fixé par le contrat, à partir de la date de résiliation ou d'expiration de tout ou partie des garanties, dès lors que le fait générateur est survenu pendant la période de validité du contrat ou antérieurement à cette période dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation. Ce délai ne peut être inférieur à dix ans. Cette garantie ne couvre pas les sinistres dont la première réclamation est postérieure à une éventuelle reprise d'activité. »*
- le maintien du plafond de garantie pendant les subséquentes : *« Le contrat ne peut prévoir pour cette garantie un plafond inférieur à celui de l'année précédant la fin du contrat. »*

Il est à noter que le contrat base réclamation ne reprend que le passé inconnu : *« Le contrat ne garantit pas les sinistres dont le fait générateur était connu de l'assuré à la date de la souscription. »*

Ces dispositions laissent néanmoins subsister des trous de garantie dans des configurations particulières :

- 1) Fait générateur du dommage survenu et connu pendant la période de validité du contrat mais première réclamation après la période de garantie subséquente de cinq ans ;
- 2) Fait générateur du dommage survenu pendant la période de validité du contrat (connu ou inconnu) mais première réclamation dix ans après la cessation d'activité ou le décès, c'est-à-dire après la période de garantie subséquente de dix ans (ce qui est possible car le délai de prescription, dix ans à partir de la consolidation du dommage, est supérieur aux dix ans de la subséquente).

Il est difficile de déterminer la probabilité que de tels trous de garantie se produisent. La première hypothèse ne pourra se réaliser qu'à partir de 2007-2008 quand les subséquentes des premiers contrats base réclamation se seront écoulées. Il semble tout à fait possible que, dans le domaine de l'obstétrique en particulier, une réclamation n'intervienne que plusieurs années après le fait dommageable : les déficiences d'un enfant, liées à un fait dommageable, peuvent par exemple être mises en évidence au moment de son entrée à l'école, soit six ans plus tard.

En outre, l'assuré peut éventuellement pâtir de l'incertitude sur l'interprétation qui sera faite de la notion de passé (in)connu. D'un côté, le professionnel de santé n'est pas incité à déclarer les incidents, de crainte d'une augmentation des primes d'assurance en conséquence. D'un autre côté, comment pourra-t-il arguer qu'il n'en avait pas connaissance et donc plaider pour le « passé inconnu » ? Quels sont les critères de gravité d'un incident déterminant l'obligation de sa déclaration ?

Les assureurs, interrogés par la mission à ce sujet, ont affirmé s'être engagés, au moment du vote de la loi du 30 décembre 2002, à ne pas laisser survenir des trous de garantie pour les médecins et à régler les éventuels conflits entre eux, sur la base des conventions de gestion¹. En principe, c'est l'assureur au moment de la réclamation qui prend en charge le sinistre (il peut alors éventuellement se retourner contre l'assureur précédent, mais ce serait très rare dans les faits) ; autrement dit, l'interprétation de la notion de « passé connu » est très restrictive :

- soit le sinistre est connu et déclaré à l'assureur ; celui-ci ouvre alors généralement directement un dossier et constitue des provisions avant même que la réclamation soit faite (donc peu importe si elle n'est faite qu'après les 5 ans de la subséquent).
- soit le sinistre est inconnu et donc repris par le nouvel assureur en base réclamation.

2) Les plafonds de garantie

La loi du 4 mars 2002 prévoit la possibilité de plafonds de garantie : « *Les contrats d'assurance souscrits en application du premier alinéa peuvent prévoir des plafonds de garantie* » (L.251-1). Le montant de ces plafonds a été fixé par décret (R.251-1) à, au minimum, 3 millions d'euros par sinistre et 10 millions d'euros par année d'assurance.

D'après les informations fournies à la mission, les pratiques varient entre assureurs : tous les contrats attribués par le BCT sont plafonnés à 3 millions d'euros (donc, par exemple, presque tous les contrats détenus par les AGF), ainsi que les contrats de MIC et de Hannover. AXA n'a pas souhaité l'appliquer. Quant à la MACSF, elle proposera à partir de 2007 un tarif différencié selon le plafond de garantie (3 ou 6 millions d'euros).

¹ A la suite de la loi relative à la sécurité financière, l'assemblée générale de la FFSA a adopté en décembre 2003, une convention de gestion de sinistres visant à :

- fixer un référentiel commun pour l'appréciation du passé connu ;
- éviter les litiges entre assureurs successifs ;
- désigner l'assureur qui doit assumer la gestion du sinistre lorsque chacun des assureurs successifs décline ou réserve sa garantie.

3) La prise en charge des défauts de couverture par l'ONIAM

Ces trous de garantie juridiques signifient concrètement qu'un professionnel de santé peut être en situation d'absence ou d'insuffisance de couverture assurantielle pour certains sinistres.

Dans ce cas, la loi prévoit la substitution de l'ONIAM (article L1141-15 du code de santé publique), garantissant ainsi l'indemnisation de la victime.

« En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou la couverture d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est épuisée, l'office institué à l'article L. 1142-22 est substitué à l'assureur.

Dans ce cas, les dispositions de l'article L. 1142-14, relatives notamment à l'offre d'indemnisation et au paiement des indemnités, s'appliquent à l'office, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat.

L'acceptation de l'offre de l'office vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil. La transaction est portée à la connaissance du responsable et, le cas échéant, de son assureur.

Sauf dans le cas où le délai de validité de la couverture d'assurance garantie par les dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 251-2 du code des assurances est expiré, l'office est subrogé, à concurrence des sommes versées, dans les droits de la victime contre la personne responsable du dommage ou, le cas échéant, son assureur. Il peut en outre obtenir remboursement des frais d'expertise.

En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré, le juge, saisi dans le cadre de la subrogation, condamne, le cas échéant, l'assureur ou le responsable à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue.

Lorsque l'office transige avec la victime, ou ses ayants droit, en application du présent article, cette transaction est opposable à l'assureur ou, le cas échéant, au responsable des dommages sauf le droit pour ceux-ci de contester devant le juge le principe de la responsabilité ou le montant des sommes réclamées. Quelle que soit la décision du juge, le montant des indemnités allouées à la victime lui reste acquis. »

- Plus précisément, l'ONIAM se substitue à l'assureur ou au praticien dans trois cas de figure :
 - silence ou refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre ;
 - absence d'assurance du praticien ;
 - épuisement de la couverture d'assurance (fins des subséquentes et indemnisations supérieures au plafonds de garantie).
- A la suite de cette substitution, l'ONIAM exerce une action récursoire contre l'assureur ou le praticien, sauf lorsque l'épuisement de la couverture d'assurance est due à la fin de la subséquent de dix ans liée au décès ou la cessation d'activité (cette dernière disposition a été introduite par amendement du gouvernement à la loi du 30 décembre 2002).
- Pour les deux premiers cas de figure, le juge peut décider d'une pénalité de 15% de l'indemnisation, en supplément à l'indemnisation.

L'ONIAM n'a pas encore été confronté à cette hypothèse. Il est peu probable qu'il exerce son action récursoire à l'encontre des professionnels de santé, dont la couverture d'assurance serait épuisée.

Néanmoins, cette existence de trous de garantie, d'une part, représente une incertitude juridique pour les professionnels de santé, même lorsqu'ils ont respecté leur obligation d'assurance. D'autre part, elle fait porter à la solidarité nationale des charges, peu visibles, dont on peut estimer qu'elles devraient être couvertes par les compagnies d'assurance (ce sont en fait des formes d'écrêtement).

Annexe n°5 : L'interprétation de la loi About

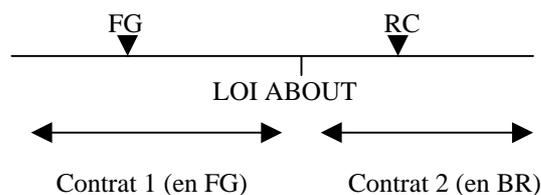
Cette annexe a pour objet de présenter la controverse entre assureurs sur l'interprétation à donner au dernier alinéa de l'article 4 et à l'article 5 de la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, dite loi About

1) Les dispositions de la loi About.

Les dispositions de la loi About, sujets de la controverse, sont les suivantes :

- Septième alinéa de l'article 4 : « *Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des dispositions des quatrième et cinquième alinéas de l'article L.121-4* » (l'article 4 est codifié dans le code des assurances, L.251-1, et dans le code de la santé publique, L.1142-2).
- Article 5 : « *L'article L. 251-2 du code des assurances s'applique aux contrats conclus ou renouvelés à compter de la date de publication de la présente loi. Sans préjudice de l'application des clauses contractuelles stipulant une période de garantie plus longue, tout contrat d'assurance de responsabilité civile garantissant les risques mentionnés à l'article L.1142-2 du code de la santé publique, conclu antérieurement à cette date, garantit les sinistres dont la première réclamation est formulée postérieurement à cette date et moins de cinq ans après l'expiration ou la résiliation de tout ou partie des garanties, si ces sinistres sont imputables aux activités garanties à la date d'expiration ou de résiliation et s'ils résultent d'un fait dommageable survenu pendant la période de validité du contrat.* »

L'enjeu est de déterminer les règles qui s'appliquent aux sinistres dont le fait générateur (FG) est survenu avant la loi About, donc en principe pendant la période de validité d'un contrat fait générateur, lorsque la réclamation (RC) intervient après la loi About : quelle est la part de l'indemnisation qui doit être couverte au titre de l'ancien contrat fait générateur (contrat 1) et au titre du nouveau contrat base réclamation (contrat 2) ?



Or, la signification de la loi n'apparaît pas évidente puisque plusieurs interprétations divergentes s'opposent :

- l'une fondée sur la priorité du contrat en fait générateur (qu'on appellera pour simplifier « l'interprétation fait générateur ») ;
- l'autre fondée sur la priorité du contrat en base réclamation (« l'interprétation base réclamation ») ;
- enfin, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), pour sa part, livre une troisième interprétation, fondée sur l'application des règles classiques de cumul d'assurance (« interprétation cumul classique »).

2) Les interprétations divergentes de la loi About

a) Selon l'interprétation base réclamation² :

- le septième alinéa de l'article 4 prévoit une règle de cumul d'assurance en matière de responsabilité civile médicale, dérogoire au droit commun : *« C'est en conséquence le contrat en cours au moment de la première réclamation qui couvre le sinistre. Les contrats antérieurs n'ont vocation à jouer, dans la mesure où les stipulations contractuelles permettent leur garantie, qu'en cas d'absence ou d'insuffisance de garantie du contrat d'assurance en cours de validité au moment de la réclamation ».*
- l'article 5 n'aurait que pour objet de valider les clauses bases réclamation des contrats conclus antérieurement à la date de publication de la loi (ils sont réputés contenir – sauf disposition contractuelle plus favorable - une garantie subséquente de cinq ans), contrairement à la jurisprudence de la cour de cassation. *« En pratique, la portée de l'article 5 alinéa 2 sera relativisée par la dérogation aux règles du cumul d'assurance, précisées à l'article 4. »*

Autrement dit, en dépit de la formulation du premier alinéa de l'article 5, ce sont toujours les contrats base réclamation en vigueur qui sont appelés en priorité, même si le sinistre était couvert par un contrat fait générateur antérieur à la loi About. Est invoquée la volonté du législateur de donner un effet immédiat à la loi. La validation des bases réclamation des contrats antérieurs par l'article 5 n'a d'effet qu'en cas d'absence ou d'insuffisance de garantie pendant la période de garantie subséquente (pour pallier les éventuels « trous de garantie »).

b) Selon l'interprétation fait générateur, l'article 5 organise une période de transition :

- pendant les cinq ans suivant la publication de la loi, la garantie est due, en priorité, au titre du contrat fait générateur, si le fait générateur est survenu avant la loi About et la réclamation après la loi ;
- la règle de cumul d'assurance de l'article 4 s'applique lorsque les deux contrats ont été signés – en base réclamation – après la publication de la loi About ; en particulier, pour un fait générateur survenu pendant la période de garantie du premier contrat base réclamation, même si la réclamation intervient pendant la période de garantie subséquente (5 ans), c'est le nouveau contrat base réclamation (à condition qu'il existe) qui couvre le sinistre.

c) Selon l'interprétation cumul classique :

- pour les contrats postérieurs à la loi About, l'article 4 exclut explicitement l'application des règles classiques de cumul d'assurance, codifiées à l'article L.121-4 du code des assurances³ ;

² Les citations sont extraites de la circulaire n°04/2003 de la FFSA relative à la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.

³ L.121-4 : *« Quand elles [les assurances] sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1, quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite. Dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix.*

- en revanche, ces règles s'appliquent aux contrats antérieurs à la loi About lorsque leur garantie peut être invoquée (garantie sans limitation dans le temps pour les contrats fait générateur ou garantie subséquente de 5 ans minimum pour les contrats base réclamation validés par l'article 5⁴) ; autrement dit, dans le cas d'un sinistre dont le fait générateur est antérieur à la loi About et la réclamation postérieure, la charge du sinistre est partagée à moitié entre le contrat 1 et le contrat 2, conformément aux règles classiques du cumul d'assurance.

3) L'analyse des débats parlementaires.

La lecture littérale du texte conduit plutôt à retenir la seconde ou la troisième interprétation. C'est d'ailleurs ce que le professeur J. Bigot admet dans une analyse conduite pour la FFSA⁵ même s'il écarte cette interprétation littérale pour des motifs de "politique législative"⁶. Il importe donc de se référer aux travaux parlementaires.

La proposition de loi, dite About, a été présentée au Parlement dans un contexte de crise. A la suite de la loi du 4 mars 2002 instaurant une obligation d'assurance, notamment, deux assureurs américains, ACE et Saint-Paul, se sont retirés du marché français sur lequel ils étaient très présents en responsabilité civile médicale. La proposition de loi reprend le relevé de conclusions d'une table ronde, organisée le 7 octobre 2002, par le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées. Selon les mots du ministre : « *les dispositions prévues par les articles 4 et 5 de la présente proposition de loi ont été négociées avec les assureurs dans leur ensemble* ».

L'analyse des débats parlementaires fait ressortir que, dans l'esprit des parlementaires, les contrats fait générateur antérieurs ont une « durée de garantie subséquente » cinq ans après leur résiliation. Certes, on peut arguer qu'ils ne se prononcent pas explicitement sur le fait de savoir si ces contrats interviennent en priorité par rapport aux nouveaux contrats base réclamation, à moitié, ou sont simplement appelés en complément, en cas de couverture insuffisante. Il n'est cependant pas non plus établi que le législateur entendait priver d'effet les contrats fait générateur antérieurs.

Dans les rapports entre assureurs, la contribution de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été à la charge de chaque assureur s'il avait été seul. »

⁴ La durée de cinq ans ne constitue donc qu'un minimum et ne devrait s'appliquer qu'à un nombre limité de contrats, à savoir les contrats qui, en dépit de la jurisprudence de la cour de cassation, étaient écrits en base réclamation et prévoyait des durées de garantie subséquente inférieures à cinq ans. Pour les autres contrats, ce sont les dispositions contractuelles plus favorables qui s'appliquent.

⁵ Consultation juridique délivrée par Jean BIGOT, professeur émérite à l'Université de Paris I Panthéon - Sorbonne, directeur honoraire de l'Institut des assurances de Paris, à la demande de la Fédération française des sociétés d'assurance (septembre 2003).

⁶ Extrait : « *Selon une première interprétation, littérale, l'ensemble de l'article L.251-2 obéirait à la même règle d'application dans le temps. Seraient seuls concernés les contrats conclus ou renouvelés après le 31/12/02. Au soutien de cette thèse, on pourrait faire valoir les termes formels de la loi qui ne distingue pas, à la lettre, selon les dates respectives de souscription des contrats en cause. De surcroît, cette interprétation serait conforme aux principes régissant l'application dans le temps de la loi nouvelles aux situations contractuelles en cours. A l'encontre de cette analyse, on pourrait observer, au plan de la politique législative, qu'elle réduirait considérablement la portée de la règle du non cumul voulue par le législateur. »*

- Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat par le sénateur JL Lorrain : l'article 5, intitulé « dispositions transitoires »⁷, « prévoit que les dispositions de la présente loi s'imposeront à tous les contrats de responsabilité médicale souscrits ou renouvelés postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme. Les garanties des contrats conclus antérieurement seront, pour le traitement des réclamations postérieures à cette réforme, régies par les dispositions contractuelles d'application des garanties dans le temps, dès lors qu'elles ne sont pas moins protectrices que le niveau de protection institué par la nouvelle loi. Les contrats en cours à cette date devront par conséquent, en tout état de cause, garantir les réclamations formulées postérieurement à cette même date et jusqu'à cinq ans après la fin du contrat, dès lors que le fait générateur sera survenu pendant le contrat ».
- Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales par le député JP Door : « A titre rétroactif, tout contrat d'assurance en responsabilité civile médicale est donc réputé garantir tous les sinistres dont la première réclamation interviendra dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que l'activité médicale à l'origine du dommage était couverte et que le fait générateur est survenu pendant la période de validité du contrat ».
- Compte rendu des débats à l'Assemblée nationale du mercredi 18 décembre 2002 : Claude Evin, dans son intervention, s'offusque du cadeau fait aux assureurs et de la brièveté de la période de transition (cinq ans) : « Les professionnels et les établissements de santé ont acquitté des primes relativement élevées au titre d'une garantie trentenaire de l'assureur. La proposition de loi réduit à seulement cinq ans après la résiliation ou l'expiration du contrat d'assurance l'engagement dans le temps de celui-ci. De la sorte, les compagnies d'assurance qui se sont retirées du marché bénéficient d'un allègement important au regard de leurs obligations contractuelles mais conservent les cotisations versées pour couvrir leur engagement initial de trente ans ». Le rapporteur et le ministre répondent en se référant à la règle de cumul des contrats de l'article 4 mais sans préciser à quels contrats (y compris les contrats fait générateur antérieurs à la loi About ?) cette règle doit s'appliquer.

4) Les implications de cette divergence d'interprétation

Ces divergences d'apparence très technique ont en fait des implications stratégiques et financières importantes.

L'interprétation base réclamation :

- autorise les compagnies d'assurance à réintégrer les provisions statistiques qu'elles avaient constituées pour les faits générateurs survenus pendant la période de validité du contrat mais qui étaient encore « inconnus » et n'avaient pas donné lieu à une réclamation ; cette réintégration des provisions n'a cependant pas été utilisée pour baisser les primes après 2003 mais pour reconstituer leurs résultats (effet de rattrapage des primes)⁸ ;

⁷ Au cours de la présentation du rapport à la commission des affaires sociales, il est précisé que « l'article 5 définit les modalités d'entrée en vigueur des dispositions issues de l'article 4. »

⁸ A partir de 1999, les résultats techniques étaient devenus très négatifs, sous l'effet de l'inadéquation et de la sous-évaluation du niveau des primes, au regard de l'accroissement des charges, de l'effondrement des revenus

- exonère les compagnies qui se sont retirées du marché en 2002, en particulier ACE et Saint-Paul, de tout engagement sur les faits générateurs qu'ils couvraient avant la loi About ;
- permet de justifier en partie le niveau élevé des primes pratiqué depuis 2003, puisque les assureurs constituent des provisions pour les sinistres dont la première réclamation intervient pendant la durée de validité du contrat, même si le fait générateur est antérieur à la loi About ;
- fait porter la suspicion sur les propositions tarifaires de la compagnie MIC, accusée de faire du dumping en sous-tarifant les risques (en particulier, en refusant de garantir les sinistres à réclamation post-About et à fait générateur pré-About).

Cette interprétation base réclamation est présentée, appliquée et défendue au contentieux par la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)⁹ et ses adhérents.

L'interprétation fait générateur, quant à elle, est invoquée par la société *Medical Insurance Company* (MIC), créée par le courtier Branchet. MIC a affirmé à la mission qu'elle constituait toutefois des provisions, dans l'hypothèse où les décisions des juges lui seraient défavorables. Ce ne serait donc pas cette interprétation qui expliquerait son niveau de prime nettement plus bas en 2003, comme le suggèrent le rapport IGAS / IGF de janvier 2004¹⁰ et le conseil de la concurrence dans sa décision du 9 novembre 2006¹¹ (qui reprend d'ailleurs à son compte l'interprétation fait générateur¹²). Par ailleurs, les nouveaux entrants tels que MIC-Branchet et Hannover-Marsh n'ont pas profité de la réintégration des provisions, mais ils n'ont pas à couvrir l'aggravation d'anciens sinistres (qui n'aurait pas été prévue dans les provisions statistiques).

Plusieurs conflits entre assureurs ont été portés devant les tribunaux. Pour l'instant la question de l'interprétation de la loi About n'est pas tranchée. Les juridictions saisies se prononcent de manière divergente :

- en faveur de l'interprétation fait générateur : assignation TGI Paris du 12 août 2005 ; ordonnance de référé du TGI de Metz du 14 mars 2006 ; ordonnance de référé du TGI de Reims du 5 avril 2006 ; tribunal d'instance de Bordeaux, 11 mai 2006 ; TGI de Bayonne, 24 avril 2006 ; tribunal d'instance d'Avranches, 21 juin 2006 ; TGI de Bordeaux, 13 septembre 2006 ;
- en faveur de l'interprétation base réclamation : ordonnance de référé du TGI de Nice, 11 mars 2005 ; TGI de Paris, 24 avril 2006 ; TGI de Pau, 5 juillet 2006.

des placements financiers et de l'augmentation des conditions des réassureurs (décision du conseil de la concurrence du 9 novembre 2006).

⁹ Voir en particulier la circulaire n°04/2003 du 13 janvier 2003 de la FFSA

¹⁰ Extrait du rapport IGAS / IGF de janvier 2004 : « *Pratiquant des tarifs très inférieurs à ceux du marché français (...), la société MIC justifie le niveau des primes par son interprétation de la loi du 30 décembre 2002* »

¹¹ Extrait de la décision du conseil de la concurrence du 9 novembre 2006 : « *La MIC propose des tarifs moindres que ses concurrents et explique sa politique tarifaire de la façon suivante : une politique active d'information et de prévention, un portefeuille vierge de tout historique et l'interprétation qui suit de la loi About* ».

¹² Extrait de la décision du conseil de la concurrence du 9 novembre 2006 : « *L'article 5 de la loi About prévoit en substance que les sinistres découlant de faits survenus avant le 1^{er} janvier 2003 restent couverts par le contrat d'assurance en base fait générateur en vigueur au moment de leur survenance dès lors que la réclamation intervient moins de cinq ans après le fin de validité dudit contrat. La MIC a donc un portefeuille de risque allégé dans la logique base réclamation pendant quelques années* ».

- aucune ne fait référence à l'interprétation cumul classique.

*

Il n'appartient pas à la mission de se prononcer sur le fond de ce débat soumis aux tribunaux. Elle constate toutefois que l'examen des travaux parlementaires semble conforter la lecture littérale : le législateur n'a pas souhaité exonérer totalement les assureurs de leurs engagements pris dans le cadre des contrats faits générateurs souscrits antérieurement à la loi About. Il est vrai d'ailleurs qu'un tel "cadeau" aux assureurs antérieurs aurait été critiquable au plan des principes : il privait en effet les médecins d'une garantie dont ils avaient acquitté le prix (et cela, même si ce prix avait été sous-estimé par les assureurs) et les contraignaient à payer à nouveau pour cette couverture, dans le cadre des primes en base réclamation^{13 14}. On peut d'ailleurs remarquer que la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, en ce qui concerne la succession des contrats en responsabilité civile générale, n'exonère pas des engagements pris dans les contrats faits générateurs antérieurs à la loi.

Au-delà, il est fortement dommageable pour la clarté et la transparence du marché qu'il fonctionne à partir de textes qui prètent à de telles divergences d'interprétation. Il est, de plus, difficilement compréhensible, compte tenu des enjeux attachés à cette question, que les autorités compétentes n'aient pris aucune initiative pour clarifier la situation.

¹³ De fait les médecins ont payé deux fois pour la couverture des dommages dont le fait générateur était antérieur à la loi About et dont la réclamation est intervenue postérieurement à la loi.

¹⁴ Pour ce qui est de l'interprétation de la loi en terme de "politique législative", il est difficile de soutenir que le législateur entendait priver les médecins d'une garantie dont ils avaient acquitté le prix et cela même si les assureurs en avaient sous-estimé le coût et donc, de les faire payer deux fois pour le même service. On peut, pour le moins, supposer que si telle était la volonté du législateur, elle méritait d'être explicitée clairement. En l'absence d'une telle explicitation, il paraît raisonnable de retenir l'intention contraire.

Annexe n°6 : L'évolution des primes

1) Le niveau des primes des gynécologues-obstétriciens et son évolution.

- a) Pour 2003, la précédente enquête IGAS-IGF avait fourni une estimation du niveau des primes pour les gynécologues-obstétriciens. Estimées à partir des tarifs MACSF/ Le Sou, Médicale de France et GTAM, elles s'étagaient, en 2003, entre 10 100 € et 15 400 €. Les tarifs de la *Medical Insurance Company* (MIC) étaient largement inférieurs : 8250 €
- b) Pour 2004 et 2005, l'enquête RCM médicale, conduite par l'ACAM, pour les sociétés opérant en France et ayant un chiffre d'affaire en RCM supérieur à un million d'euros, aboutit à un montant de prime moyen de respectivement 12 500 et 13 000 €. Le niveau pour 2005 se situe au milieu de la fourchette 2003, ce qui laisse supposer une relative stabilité des primes de 2003 à 2005.
- c) Pour 2006, une enquête du SYNGOF sur environ 200 contrats fait ressortir des primes moyennes par assureur s'étageant de 12 100 € à 16 100 €. Les assureurs intervenant à partir de l'étranger en libre prestation de services (Marsh-Hannover, Branchet-MIC) présentent les niveaux moyens de prime les plus faibles (12 100 € et 13 300 €). Les écarts types importants par assureur suggèrent une forte dispersion des primes autour de leur niveau moyen, dispersion plus réduite pour les assureurs étrangers.

La MACSF se situe dans l'enquête à 15000 €, niveau de prime confirmé par la mutuelle.

Le BCT a, quant à lui, tarifé 17 contrats avec des primes comprises entre 12 500 € et 19 620 € pour les gynécologues-obstétriciens sans chirurgie (8 contrats) et entre 16 660 € et 20 000 € pour les gynécologues-obstétriciens avec chirurgie (9 contrats). Ces tarifs se situent dans la fourchette des tarifs de marché.

La tendance serait donc, dès 2006, à une augmentation des primes : évolution vers le haut de la fourchette, renchérissement des primes les plus basses. Toutefois cette augmentation reste limitée : environ 1000 euros. Le niveau moyen des primes semble se situer autour de 14 000 euros.

Au total, après la crise de la RCM des années 2002/2003, le mouvement de hausse des primes s'est poursuivi mais à un rythme plus modéré. L'augmentation peut être estimée à 2000 euros de 2003 à 2006 pour atteindre, en moyenne, 14 000 euros en 2006.

2) Les perspectives pour 2007

Une nouvelle tension sur le niveau des primes est apparue à la suite de l'annonce par la MACSF de sa volonté de se retirer du marché des gynécologues-obstétriciens sauf à obtenir une augmentation substantielle des primes. Elle a ainsi annoncé :

- soit un tarif de 22.000 € pour les obstétriciens et de 30.000 € pour les chirurgiens gynécologiques, pour une garantie limitée à 3 millions d'euros par sinistre ;
- soit un tarif de 30.000 € pour les obstétriciens et de 38.000 € pour les chirurgiens gynécologiques, pour une garantie limitée à 6 millions d'euros par sinistre.

Les précédents contrats de la MACSF comportaient un plafond de 6 millions d'euros, elle augmenterait donc ces primes de plus de 15 000 euros. Ces niveaux de primes semblent correspondre à une volonté de se retirer de ce segment du marché sauf mesures nouvelles.

Les attitudes des assureurs rencontrés par la mission sur l'évolution nécessaire des primes sont divergentes.

Les AGF considèrent que l'attitude de la MACSF est cohérente avec les fondamentaux du marché. Cette entreprise s'est retirée du marché et ne conserve plus que des contrats anciens mutualisés à travers la procédure BCT.

Les assureurs étrangers (Marsh-Hannover, Branchet-MIC) considèrent pour leur part que le niveau actuel des primes est proche d'un niveau d'équilibre autour de 15 000 euros.

3) La "logique" des tarifs et les perspectives en matière de prime

a) Les arguments de la MACSF

Pour justifier le relèvement des primes en 2007, la MACSF invoque, notamment, les arrêts de la cour de Cassation du 26 janvier 2006 qui, suite à un arrêt de la CEDH, écartent l'application de la disposition dite "anti-Perruche" pour les instances en cours. Or, cette évolution jurisprudentielle ne peut, à elle seule, expliquer et justifier une hausse des primes. En effet, si elle peut renchérir le coût de certains sinistres passés, elle est, par construction, sans effet sur le coût des sinistres futurs. C'est seulement si le marché n'est pas concurrentiel qu'une mutualisation dans le temps des coûts est possible (un assureur qui veut faire payer le prix du passé sur les contrats futurs devrait être théoriquement confronté à des assureurs qui tarifient selon le risque actuel au moins des nouveaux entrants qui n'ont pas à supporter de passé). Mais le marché est-il concurrentiel ?

Tout au plus, il est possible de considérer que cette évolution de jurisprudence est un indice supplémentaire de la difficulté à maîtriser les prévisions quant au coût des sinistres. Confirmant la difficulté à apprécier le coût des risques, elle justifierait d'intégrer dans les primes une "marge de prudence" liée à l'incertitude sur l'évolution de l'attitude des tribunaux.

b) La logique des tarifs

Le niveau des primes obéit à la logique suivante : le produit de la fréquence moyenne des sinistres par le coût moyen des sinistres (intégrant le coût de gestion des sinistres) permet d'établir la prime pure. La prime acquittée par les médecins se déduit de la prime pure par application de chargements au titre de la gestion et des taxes, chargements qui représentent environ 30 % de la prime totale.

Les diverses données recueillies par la mission (ACAM, FFSA assureurs) semblent converger autour d'une fréquence d'environ 20 %, soit un sinistre déclaré en moyenne tous les cinq ans.

Les données sur le coût moyen des sinistres sont plus difficiles à interpréter.

Le coût définitif d'un sinistre ne peut réellement être connu que lorsque le dossier est clos soit pour certains dossiers de nombreuses années après le sinistre. Le coût moyen des sinistres pour les années récentes est donc évalué à partir des provisions constituées par les assureurs. Tous nos interlocuteurs ont souligné les difficultés de cet exercice de provisionnement du fait des incertitudes multiples qui s'attachent à chaque dossier. L'appréciation se fait au cas par cas, il n'existe aucun référentiel (ni dans les sociétés, ni au sein de l'ACAM) dont l'examen aurait pu permettre à la mission de tenter de porter une appréciation sur le niveau des provisions.

Une **étude de la FFSA** (cf. document annexé 1) réalisée à partir d'un échantillon de 30 à 40% des gynécologues- obstétriciens fait apparaître sur les dix dernières années (1995-2005) un coût moyen des sinistres de 100 000 euros. Il en ressort que la prime pure devrait s'établir à environ 20 000 euros et que la prime chargée devrait s'établir à 27 000 euros. Cette étude ne fait pas ressortir une croissance récente du coût des sinistres, les années pour lesquelles les sinistres présentent les coûts les plus élevés sont 1996, 1997, 1999 et 2000. Il faut noter, à cet égard, qu'évaluer le coût des sinistres sur les dix dernières passées majore le coût des sinistres à venir puisque sont ainsi inclus dans le calcul, des sinistres pour lesquels ne s'applique pas le dispositif dit "anti-Perruche" en vigueur actuellement.

Toutefois ces données semblent *a priori* difficilement compatibles avec celles qui ressortent de **l'enquête ACAM** sur la RCM en 2005 et en 2004 (cf. document annexé 2)¹⁵. Pour les sinistres déclarés en 2005, elle aboutit à un coût moyen de 28 000 € très inférieur au coût des sinistres qui ressort de l'enquête FFSA pour la même année à 90 000 €. Si l'on peut comprendre que les sinistres soit, en fin de première année "sous provisionnés" en raison d'un manque d'informations, et que le coût de 28 000 euros ne reflète pas le coût réel, on ne s'explique pas pour autant l'écart très important avec les données FFSA.

Par ailleurs, les données fournies par l'ACAM pour les sinistres clos au cours des années 2004 et 2005 font apparaître un coût moyen de, respectivement, 42 000 et 45 000 €. Ce niveau est confirmé par des données issues de la FFSA pour 2004. Les assureurs rencontrés n'ont pas souhaité nous transmettre la valeur des sinistres clos par année. Les sinistres clos peuvent être des sinistres anciens mais ils intègrent toutefois, puisqu'ils ont été réglés récemment, l'influence des évolutions de la jurisprudence sur le montant des réparations¹⁶.

L'appréciation du coût des sinistres varie du simple au double selon que l'on se réfère au coût des sinistres clos ou aux provisions constituées par certains assureurs.

Au total même s'il est impossible, à la mission, au vue de ces divergences de porter une appréciation sur le coût moyen des sinistres et donc sur le niveau de la prime d'équilibre, il est possible qu'une tarification fondée sur un coût moyen de 50 000 euros par sinistres soit pertinente. Sur cette base, on aboutirait à une prime moyenne de 14 300 euros soit un niveau équivalent à celui des primes actuelles.

La mission ne peut déterminer le niveau adéquat des primes mais deux assureurs représentant environ 45 % du marché, en cohérence avec l'analyse précédente, estiment que le niveau de prime actuel est correct.

¹⁵ L'ACAM affirme elle-même ne pas pouvoir garantir la qualité et la fiabilité des statistiques demandées. L'étude porte, pour les gynécologues obstétriciens, sur environ 800 contrats.

¹⁶ Ce n'est que s'il y avait un allongement des procédures pour les accidents les plus graves et pendant la période de cet allongement que les sinistres clos ne seraient pas représentatifs de la totalité des sinistres.

Au total, il semble qu'une augmentation des primes n'est pas inéluctable. L'analyse des données et plus encore l'appréciation de deux intervenants sur le marché laissent penser qu'une stabilisation est possible. Cette stabilisation exige toutefois que les médecins concernés fassent jouer la concurrence et changent massivement d'assureur. Il est vrai, qu'à terme, on peut s'inquiéter de la dynamique d'un marché étroit avec deux à trois intervenants.

Conclusion

Au total, et malgré toutes les incertitudes, si l'attitude de la MACSF, confortée par les résultats de l'étude de la FFSA, fait courir le risque d'une nouvelle augmentation des primes, un jeu actif de la concurrence pourrait y faire obstacle. Cela suppose toutefois des transferts massifs vers les assureurs les moins chers et dessine pour demain, sauf nouveaux entrants, un marché oligopolistique avec deux à trois offreurs¹⁷.

Le caractère étroit du marché, la limitation du nombre des intervenants, l'ampleur des incertitudes fait craindre de nouvelles turbulences. Ce questionnement sur la capacité du marché à réguler la prise en charge de ce risque sans sur ou sous réaction à l'incertitude peut constituer un argument en faveur d'une prise en charge directe du coût des indemnisations par un établissement public.

¹⁷ Pour certains assureurs, une stabilisation de la législation pourrait favoriser l'entrée de nouveaux intervenants.

Annexe n°7 : La sinistralité

1) Fréquence et coût moyen des sinistres en gynécologie - obstétrique

Données FFSA (échantillon de 30 à 40% des gynécologues-obstétriciens libéraux)

Exercice	Nombre de sinistres	Charge totale (K€)	Coût moyen (K€)	Fréquence des sinistres
1995	63	4900	77,8	15,2%
1996	60	6782	113,0	15,3%
1997	70	7305	104,4	19,0%
1998	76	6850	90,1	20,4%
1999	108	19259	178,3	17,7%
2000	123	18535	150,7	19,3%
2001	123	7487	60,9	18,8%
2002	117	7494	64,1	19,0%
2003	129	2183	16,9	18,9%
2004	202	19310	95,6	20,7%
2005	171	15449	90,3	19,1%
Total	1242	115554	93,0	18,7%
Prime pure = fréquence * coût moyen = 17442 €¹⁸				
Prime chargée = prime pure /0,7 (chargement de 30%) = 24917 €				

Données ACAM (2005)

Nombre de sinistres déclarés	Charge totale (K€)	Coût moyen des déclarés	Nombre de sinistres clos	Charge totale	Coût moyen des clos	Fréquence des sinistres
167	4 200	28,2	159	7 200	45,1	22%

Données ORM (1)

Exercice	Nombre de sinistres déclarés	Charge totale (K€)	Coût moyen des déclarés	Nombre de sinistres clos > 15000€	Charge totale (K€)	Coût moyen des clos (K€)	Fréquence des sinistres
2006 (janv-nov)				10	3 807, 5 (2)	380,7	

(1) : sinistres définitivement réglés, pour lesquels le montant de l'indemnisation est égal ou supérieur à 15 000 €

(2) : dont un sinistre à 3 250,5 K€

¹⁸ Pour les données FFSA, les calculs de prime pure et prime chargée ont été réalisés par la mission.

2) Distribution des sinistres par tranches de coût

Données FFSA (échantillon de 30 à 40% des gynécologues-obstétriciens libéraux)

Exercice	Nombre de sinistres > 1M€	Nombre de sinistres > 3M€
1995	2	0
1996	2	1
1997	2	1
1998	1	1
1999	3	1
2000	3	2
2001	1	0
2002	3	0
2003	0	0
2004	3	3
2005	4	3
Total	24	12

CONCLUSIONS :

- La fréquence des sinistres déclarés est stable, en moyenne légèrement inférieure à 20%.
- Le coût moyen des sinistres est très variable :
 - d'un exercice à l'autre ;
 - d'une source à l'autre ;
 - entre les sinistres déclarés (provisionnés) et les sinistres clos.
- La prime d'équilibre variable selon l'hypothèse de coût moyen. Le manque de données sur les sinistres clos permet difficilement de mieux évaluer la prime d'équilibre.
- Les sinistres graves (supérieurs à 1 M€) sont rares - en moyenne de l'ordre de deux sinistres par an -, *a fortiori* ceux de 5 à 6 M€. Les sinistres inférieurs à 15 000 € semblent constituer une part importante de la sinistralité annuelle, mais une faible fraction des charges annuelles d'indemnisation.

Au total, les coûts d'indemnisation des sinistres en gynécologie- obstétrique apparaissent très concentrés sur un petit nombre de sinistres lourds.

Le caractère parcellaire de ces données et les difficultés d'interprétation qui en résultent soulignent à nouveau l'acuité d'une plus grande transparence sur la sinistralité médicale et les coûts d'indemnisation associés. Dans cette perspective, il conviendrait que l'ORM améliore l'exhaustivité de son recueil d'information (sinistralité des compagnies étrangères, sinistres inférieurs à 15 000 €) et ses possibilités d'exploitation (coûts des sinistres clos et déclarés par spécialité, comparaison établissements/ praticiens libéraux notamment).

Annexe n°8 : Les parts de marché

1) Le marché global RCM

La taille du marché de la responsabilité civile médicale est difficile à définir précisément, dans la mesure où cette activité ne fait pas l'objet d'une individualisation comptable au sein de la branche responsabilité civile.

L'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles (ACAM) a réalisé deux enquêtes successives en 2004 et en 2005 auprès des assureurs soumis à son contrôle et dont le chiffre d'affaires en responsabilité civile médicale est d'au moins un million d'euros. L'ACAM précise que les données fournies sont à la fois incomplètes et incohérentes d'une année à l'autre (car tributaires des déclarations et modes de comptabilisation des assureurs).

D'après l'enquête 2005, **le chiffre d'affaires de l'assurance de responsabilité civile médicale, hors assureurs étrangers et hors professions paramédicales, est évalué à 320 millions d'euros**, soit moins de 1% du chiffre d'affaire de l'ensemble des assurances de biens et de responsabilité. Selon la FFSA, la totalité du chiffre d'affaires de responsabilité civile médicale serait proche de 360 millions d'euros. Ce chiffre d'affaires est réparti de la façon suivante : deux-tiers pour les établissements (plus de 200 millions d'euros), un tiers pour les praticiens (environ 100 millions d'euros).

Enquête ACAM 2005

	Primes émises en 2005 (en millions d'euros)	Part de la RCM totale
Ensemble des praticiens	88,9	27,4%
- Chirurgiens	16,2	5,0%
- Gynécologues obstétriciens	10,0	3,1%
- Anesthésistes	9,5	2,9%
- Autres praticiens libéraux	49,7	15,3%
- Praticiens du secteur public	3,5	1,1%
Ensemble des établissements	205,3	63,3%
GTAM – GTREM	9,6	3,0%
Ensemble RC médicale	324,3	100%

La SHAM, pour sa part, a indiqué à la mission que la taille du marché RCM serait de l'ordre de 400 millions d'euros. D'après la SHAM, la répartition du marché entre ces deux grands secteurs est de 220 millions d'euros pour les établissements (55%) et 180 millions d'euros pour les praticiens (45%).

2) Le marché RCM des spécialités à risque.

Les données de l'ACAM et de la FFSA sont difficilement utilisables pour évaluer la taille du marché des spécialités à risque car, sur ce segment de marché, plusieurs entreprises étrangères interviennent dans le cadre de la libre prestation de services (LPS). **Pour les gynécologues-obstétriciens, notamment, environ 45% des praticiens sont assurés auprès des compagnies MIC et Hannover** (voir *infra*).

On peut faire une extrapolation des données fournies par la FFSA, même si elle ne prend pas en compte les écarts entre les tarifs moyens des assureurs français et des assureurs étrangers :

	Effectifs totaux	Dont assurés par un assureur étranger	Marché RCM assureurs français (millions €)	Totalité du marché RCM (millions €)
Gynécologues et G. Obstétriciens	3078	1000	20	30
Chirurgiens	4759	1400	25	35
Anesthésistes	3560	1000	15	21
TOTAL	11397	3400	60	86

Par ailleurs, la mission a procédé à des estimations de taille du marché à partir des effectifs libéraux de chaque spécialité concernée (pour les gynécologues – obstétriciens, ceux qui font effectivement des actes d’obstétrique) et d’une prime moyenne. Les résultats obtenus ne constituent donc que des ordres de grandeur.

	Estimation des effectifs libéraux	Estimation prime moyenne (€)	Estimation du marché RCM (millions €)
Gynécologues – obstétriciens*	1500	14000	21
Chirurgiens	5100	11000	56
Anesthésistes	3400	6500	23
TOTAL	10000	-	100

* La différence de la taille du marché RCM pour les gynécologues obstétriciens peut s’expliquer par les effectifs différents (prise en compte ou non des gynécologues ne pratiquant pas d’acte d’obstétrique).

3) La répartition du marché RCM des gynécologues obstétriciens.

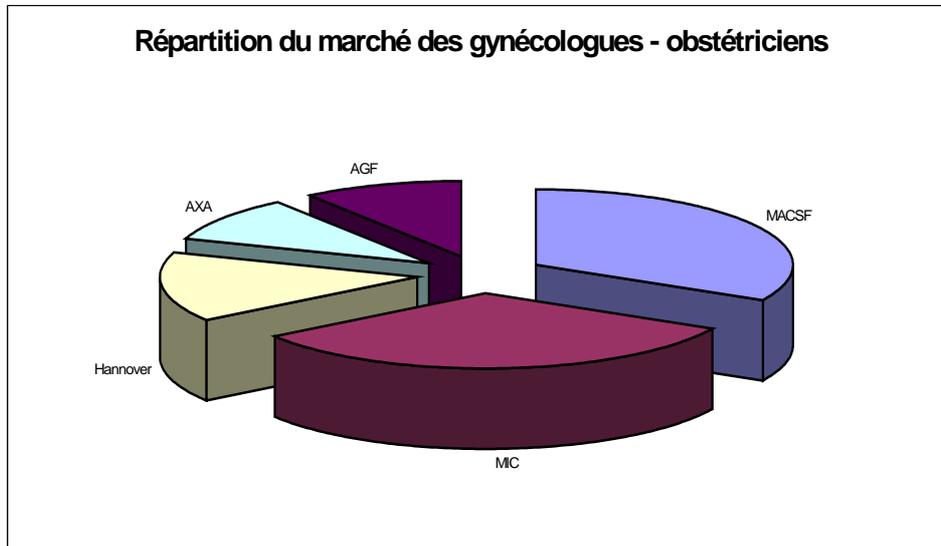
D’après l’enquête conduite par le SYNGOF en 2006 auprès de ses affiliés pratiquant des accouchements, le marché RCM des gynécologues obstétriciens se partage de la manière suivante entre les différents assureurs :

	Effectifs	Prime moyenne	Estimation de la part de marché
MACSF /Sou médical	66	14 742	35%
Hannover / Marsh	44	12 077	19%
MIC / Branchet	31	13 332	15%
AGF	27	16 136	15%
AXA	20	14 889	11%
Medicale de France	10	13 960	5%
SHAM	1	10 990	0%
Swiss Life	1	17 926	1%
Total	200	-	100%

D’après cette enquête, **la prime moyenne des gynécologues- obstétriciens est de l’ordre de 14000 euros en 2006.**

Les résultats de cette enquête ne correspondent pas tout à fait aux données transmises par les assureurs à la mission, ce qui peut notamment s’expliquer par des biais de sélection dans l’échantillon et par des périmètres variables (intégration ou non des gynécologues ne pratiquant pas d’actes d’obstétrique). Ainsi, les assureurs généralistes auraient, d’après leurs déclarations, des parts de marché de l’ordre de 10%. Quant à MIC, elle détient dans son

portefeuille, en décembre 2006, près de 400 gynécologues – obstétriciens, soit 25% du marché (estimé à 1500 gynécologues- obstétriciens).



Les parts de marché devraient être distribuées de manière différente en 2007, compte tenu en particulier du désengagement de la MACSF, engendré par l'augmentation considérable de ces tarifs, et de l'arrivée sur le marché de la SHAM. Le développement de la SHAM risque toutefois d'être limité, les syndicats de médecins contestant sa stratégie consistant à lier l'assurance du médecin avec celle de l'établissement dans lequel il exerce. Compte tenu des tarifs pratiqués, on peut escompter un déport des gynécologues – obstétriciens vers MIC et Hannover.

Le Bureau central de tarification pourrait marginalement jouer un rôle provisoire de « redistributeur » du marché en 2007, en orientant les assurés refusés vers les sociétés d'assurance ayant formulé ces refus. La MACSF juge ne pas pouvoir être dans cette situation car elle ne formulera pas des refus et n'escompte pas que ses tarifs soient jugés « excessifs », et donc assimilés à des refus, par le BCT.

Annexe n°9 : L'évolution des revenus

L'objet de cette annexe est de tenter d'analyser l'impact de la hausse des primes sur le revenu des spécialités à risque.

Le taux de croissance annuel moyen du pouvoir d'achat des médecins libéraux (soit l'évolution du revenu libéral en euros constants après toutes les charges et avant impôt) est fourni par la DREES¹⁹.

Pour les trois spécialités les plus concernées par les hausses des charges d'assurance, les résultats sont retracés dans le tableau suivant.

Tableau 1 : Taux de croissance annuel moyen (TCAM) des revenus

	TCAM 2000/2004	TCAM 1997/2000	TCAM 1993/1997
Anesthésistes	4,5%	1,4%	-0,3%
Chirurgiens	3,1%	0,3%	-0,6%
Gynécologues	2,9%	0,8%	-0,1%

Source: DREES

Il ressort de ces données que la croissance des primes d'assurance n'a pas entraîné une diminution globale du pouvoir d'achat des spécialités concernées. Au contraire, la période de croissance des primes d'assurance (début des années 2000) est concomitante à un accroissement soutenu du revenu.

On peut donc penser que la croissance des charges d'assurance a été compensée, et au-delà, par d'autres phénomènes (hausse des tarifs, changement dans la structure des actes pratiqués, progression des dépassements...).

On constate, en effet, que le taux de charge n'a pas significativement augmenté sur la période. Le tableau suivant donne la part des charges dans les honoraires.

Tableau 2 : Part des charges dans les honoraires nets

	2000	2001	2002	2003	2004
Anesthésistes	36,7%	36,0%	35,1%	35,1%	35,0%
Chirurgiens	46,2%	46,6%	46,4%	46,6%	46,3%
Gynécologues	51,0%	51,7%	51,0%	50,6%	51,4%

Source DREES

Les primes d'assurance sont prises en compte dans les charges au sein de la rubrique travaux, fournitures et services extérieurs (TFSE). Le taux de charge au titre des TFSE s'élève en 2004 à 4,1% pour les anesthésistes, 5,6% pour les chirurgiens, 6,3 % pour les gynécologues - obstétriciens.

L'évolution du revenu des spécialités concernées est parallèle à celle de l'ensemble des médecins du moins dans la période récente. On obtient en effet pour les autres médecins les résultats suivants.

¹⁹ N. Legendre, « Les revenus libéraux des médecins en 2003 et 2004 », DREES, *Etudes et Résultats*, n°412, actualisé pour ce qui concerne les charges 2004 à partir de données transmises par la DREES.

Tableau 3 : Evolution du revenu des médecins

	TCAM 2000/2004	TCAM 1997/2000	TCAM 1993/1997
Ensembles des spécialités étudiées par la DREES	3,3%	2,1%	0,5%
Ensembles des médecins	2,7%	1,9%	-0,3%

Source : DREES. TCAM: taux de croissance annuel moyen

Enfin, il convient de souligner que ces augmentations de pouvoir d'achat sont supérieures à celles qu'ont connu l'ensemble des salariés. Si on utilise pour approcher ces dernières l'évolution du salaire net annuel moyen pour les postes à temps complet dans le secteur privé et semi-public, on obtient un TCAM de 1 % pour la période 1997/2000 et de 0,4% pour la période 2000/2004²⁰.

Les revenus moyens libéraux nets des spécialités concernées et de l'ensemble des spécialités, en euros courant, sont retracés dans le tableau suivant.

Tableau 4 : Revenus annuels moyens libéraux nets

	2000	2001	2002	2003	2004
Anesthésistes	116645	122207	135045	143430	150625
Chirurgiens	94540	97804	107279	110513	116227
Gynécologues	64987	65970	71925	76767	77447
Spécialités étudiées par la DREES	83776	87090	93846	98764	103030

Source : DREES

Ces données montrent que les revenus des spécialités concernées par la hausse des primes, ont augmenté pendant la période de hausse des primes. Il n'y a pas de paupérisation relative vis-à-vis des autres médecins. Il y a enrichissement relatif de ces spécialités et de l'ensemble des médecins par rapport aux salariés.

Toutefois ces données sont limitées par rapport à notre souci d'évaluer l'impact de la hausse des primes sur le revenu des spécialités à risque :

- elles concernent la période de forte hausse des primes mais ne renseignent pas sur l'évolution 2005/2006 où la hausse s'est poursuivie même si c'est à un rythme plus modéré.
- elles ne distinguent pas les médecins selon le secteur d'exercice conventionnel (secteur 1 ou 2) alors même que les médecins secteur 1 n'ont pas la possibilité de répercuter les hausses de primes par une augmentation des dépassements.
- elles agglomèrent dans la catégorie gynécologues -obstétriciens, l'ensemble des spécialistes inscrits dans cette spécialité alors qu'ils ne pratiquent pas tous des actes d'obstétrique.
- ce sont des moyennes qui ne peuvent rendre compte des disparités au sein des spécialités et notamment du fait que les primes sont dans certains cas différenciées finement (par

²⁰ A partir de J. Pouget et A. Skalitz, « Les salaires dans les entreprises en 2004 », *INSEE Première*, n°1067, février 2006. Précisons que la référence au salaire annuel moyen net pour un poste à temps complet majore la hausse de pouvoir d'achat dont ont bénéficié réellement les salariés notamment car elle ne tient pas compte des périodes de chômage.

exemple distinction au sein des gynécologues- obstétriciens entre ceux qui pratiquent l'amniocentèse et ceux qui ne la pratiquent pas).

Pour approfondir l'analyse, la mission a demandé, à la mi-décembre 2006, à la CNAMTS de lui fournir l'évolution des honoraires²¹ des spécialités concernées sur la période 2000/2006 en distinguant les médecins secteur 1 et secteur 2, en isolant les effets volumes/tarifs et dépassements et en distinguant au sein des gynécologues -obstétriciens ceux qui pratiquent effectivement des actes d'obstétrique. La CNAMTS n'a pas été en mesure de fournir ces données dans le délai de la mission. Dès lors que ces données seront disponibles, il sera possible d'approfondir l'analyse. On peut toutefois noter que l'absence de ces données révèle que les décisions sur la prise en charge publique des primes ont été prises sans bilan préalable précis sur l'évolution des revenus des médecins.

La CNAMTS a toutefois transmis à la mission l'évolution du tarif des actes d'accouchement sur la période. En 2003, par rapport à 2000, en euros courants, le tarif des accouchements uniques avait augmenté en euros courants de 40% sauf ceux avec petite ou grande extraction chez une primipare qui ont augmenté de 20%, le tarif des accouchements multiples avait augmenté de 70%, le tarif des accouchements par césarienne a augmenté de 50% (30% pour ceux au cours du travail par laparotomie). Ces tarifs sont stables depuis lors, sauf les accouchements avec petite ou grande extraction, qui ont augmenté entre 4 et 17%. Ces évolutions importantes de tarifs dans la période de hausse des primes ont contribué à compenser l'impact de la hausse.

En tout état de cause, la question de l'évolution des revenus se pose en des termes fondamentalement différents depuis qu'une prise en charge des primes d'assurance à hauteur de 66% pour les médecins secteur 1 et de 55% pour les médecins secteur 2 a été décidée fin 2006. Par exemple, un gynécologue secteur 1 qui acquitte une prime moyenne de 15 000 euros ne supportera qu'une charge résiduelle de 5 000 euros, soit une charge sensiblement équivalente à celle qu'il devait supporter avant la première crise sur le marché de l'assurance en 2002-2003. Aussi n'y a-t-il pas de doute que les hausses de prime d'assurance sont dorénavant compensées ; on peut se poser la question, au vu des données dont nous disposons, de savoir si elles n'ont pas été sur-compensées (prise en compte des hausses de prime dans les tarifs avant les décisions de prise en charge des primes).

²¹ Les honoraires ne sont pas les revenus mais l'analyse de leur évolution aurait pu éclairer les données sur les revenus et permettre d'analyser notamment à partir d'un éventuel effet tarif si les hausses de primes ont été prises en compte dans les négociations conventionnelles.

Annexe n°10 : Les modalités actuelles de socialisation

L'Etat et l'assurance maladie interviennent déjà, au titre de la solidarité nationale, de manière significative et croissante dans la prise en charge des coûts liés à l'indemnisation des accidents médicaux, y compris ceux pour faute.

1) La socialisation par l'augmentation des tarifs

La charge représentée par les primes d'assurance a été invoquée, au cours des négociations conventionnelles depuis 2000, comme justification des augmentations de tarifs des spécialités concernées ; autrement dit, une partie des tarifs a vocation à couvrir les charges d'assurance.

2) La socialisation par des mécanismes plus directs

- i) La prise en charge par la solidarité nationale des insuffisances de couverture d'assurance. L'ONIAM est appelé par la loi du 4 mars 2002 à intervenir en cas de dépassement du plafond de garantie (ce qui équivaut à un dispositif d'écrêtement) ou de trous de garantie. Toutefois, l'ONIAM peut alors exercer une action récursoire contre le praticien concerné, sauf en cas de décès ou de cessation d'activité²².
- ii) L'aide à la souscription d'assurance : des contrats de bonne pratique (CBP) ont été signés prévoyant la prise en charge d'une partie des primes d'assurance ; ces CPB ont été remplacés à partir de 2006 par les dispositions du décret du 21 juillet 2006 relatif à l'accréditation²³. Le décret modificatif du 7 décembre 2006 prévoit désormais, pour les gynécologues – obstétriciens et les chirurgiens, la couverture, à partir du premier euro et dans la limite d'un plafond (18000 euros en 2006 pour les gynécologues- obstétriciens), des primes d'assurance à hauteur de deux-tiers pour les praticiens en secteur 1 et 55% pour les praticiens de secteur 2. Le coût total de l'aide accordée a été estimé par la Direction de la sécurité sociale entre 40 et 45 millions d'euros.
- iii) La déduction fiscale des primes d'assurance restant à la charge des praticiens. Compte tenu des revenus des praticiens, le taux marginal d'imposition est de l'ordre de 40%, soit le taux maximum.

Le premier mécanisme est difficile à quantifier (quelle est la baisse du niveau des primes engendrée, d'une part, par le plafond de garantie et, d'autre part, par la limitation dans le temps des durées de garantie subséquente ?).

En revanche, on peut évaluer la part de la prime (P) prise en charge par la solidarité nationale :

²² Pour mémoire, on peut ajouter aux mécanismes de socialisation les créances de la sécurité sociale sur les assureurs au titre d'accidents médicaux, dès lors qu'elles ne sont pas recouvrées.

²³ Le décret n°2006-909 du 21 juillet 2006 prévoyait qu'au-delà d'un seuil de 4000 euros et dans la limite de plafonds fixés par spécialité, l'assurance maladie prend en charge 50% de la prime des praticiens en secteur 1 et 35% de la prime des praticiens en secteur 2

- entre 0,55P et 0,66P pour l'aide à la souscription ;
- entre 0,18P ($0,45 \cdot 0,40$) et 0,13P ($0,33 \cdot 0,40$) l'effet de la déduction fiscale.
- donc, au total, pour ces deux mécanismes : entre 0,73P et 0,8P

Autrement dit, la conjugaison de l'aide à la souscription d'assurance et de la déduction fiscale aboutit, pour les gynécologues - obstétriciens et les chirurgiens, à **une prise en charge par la solidarité nationale de leurs primes d'assurance comprise entre 75 et 80%**.

Les taxes perçues sur les contrats sont de l'ordre de 9%.

L'estimation du coût de la socialisation actuelle dépend ensuite des estimations de la taille du marché de la responsabilité civile professionnelle des gynécologues – obstétriciens.

⇒ si on prend une prime moyenne de 14000 pour 1500 gynécologues – obstétriciens, on obtient un marché de 21 millions d'euros et donc un coût de prise en charge par la solidarité nationale de l'ordre de 16 millions d'euros.

Annexe n°11 : L'exemple de la Suède

Le système suédois d'indemnisation des accidents médicaux²⁴ s'inscrit schématiquement dans un contexte de protection sociale de type « beveridgien », qui couvre la maladie, l'invalidité et le handicap d'une manière très complète. Le système sanitaire est hospitalo-centré. Il concerne une population de 9 millions d'habitants.

1) Description du système

Il coexiste plusieurs dispositifs :

a) Une compagnie d'assurance mutuelle des comtés

Dans le cadre de leurs compétences générales de gestion du système de soins, les comtés souscrivent une assurance auprès d'une compagnie mutuelle, la LÖF (*Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag*), qui a le statut d'une compagnie d'assurance. C'est une loi de 1997 (*Patient Injury Act*) qui a rendu obligatoire et généralisé à l'ensemble du territoire des pratiques déjà en vigueur depuis 1975 dans certains comtés. La LÖF couvre les hôpitaux publics, les cliniques privées sous contrat avec le comté et les médecins qui leur sont rattachés²⁵. Les primes d'assurance des comtés sont calculées *per capita* et au final financées par les contribuables locaux.

La LÖF est chargée de l'indemnisation des accidents médicaux évitables (voir *infra*). Les propositions d'indemnisation de la LÖF peuvent faire l'objet d'un appel devant le *Patient Injury Committee*. Cette instance de sept membres est composée à parité d'élus choisis par le gouvernement et de médecins, et est présidée par un magistrat.

b) Une commission disciplinaire indépendante

Complètement indépendamment de la démarche d'indemnisation, il existe une commission (*Hälso-och ajurkvårdens ansvarsnämnd*, HSAN) chargée de statuer sur les cas de faute médicale, et le cas échéant de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des professionnels de santé. La commission reçoit chaque année 3000 lettres de patients demandant une sanction contre le personnel médical ; environ 300 professionnels sont sanctionnés tous les ans (mises en demeure, avertissements, interdictions d'exercer dans une vingtaine de cas).

c) Un comité de patients indépendant

De manière indépendante par rapport aux structures précédentes, le comité des patients, présent dans chaque comté, a un rôle de conseil et d'assistance gratuite auprès des patients et de leurs familles en cas de problèmes dans leurs contacts avec le système de soins. Un des rôles du comité des patients est d'orienter les patients vers les autorités compétentes, soit la

²⁴ Sources :

- Rapport de l'OCDE, *Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux* (2006)
- Actes des Journées de l'ONIAM du 8 avril 2005
- IGAS, *Mission d'étude sur la responsabilité civile médicale*, Rapport sur la Suède, janvier 2004.
- Présentation du système suédois par le directeur de la LÖF, www.patientforsakring.se

²⁵ La LÖF couvre 95% du « marché » de l'assurance. D'autres compagnies d'assurance couvrent les praticiens et les infirmières libéraux non couverts par le système public, sur une base fait générateur.

LÖF, au titre de l'indemnisation d'un dommage, soit la HSAN en cas de faute d'un professionnel de santé.

d) Le recours au juge.

La Suède se caractérise par une très faible propension à contester devant le juge les conséquences d'actes médicaux fautifs, en particulier grâce à l'existence des instances décrites *supra*. Les décisions prononcées en matière d'indemnisation du dommage ou de faute sont susceptibles d'appel devant le juge.

2) L'indemnisation des accidents médicaux

Un patient estimant avoir été victime d'un accident médical doit solliciter l'indemnisation des préjudices subis auprès de la LÖF, dans les trois ans suivant la connaissance de l'accident. Il est important de noter que seuls les accidents évitables sont indemnisés. Un accident est considéré comme évitable s'il avait été évité par un « médecin expérimenté ». Il n'existe pas de norme écrite du « médecin expérimenté » (*specialist standard*). Ce sont les médecins conseil appartenant à l'Association des médecins- conseil des compagnies d'assurances qui les évaluent au cas par cas.

Le préjudice ne doit pas seulement être évitable, il doit être aussi causé par les services médicaux et être un préjudice additionnel par rapport aux effets attendus de la maladie initiale (notion comparable à la référence à « l'état antérieur » en France). Si la probabilité de causalité entre les soins et le dommage est supérieure à 50 %, l'indemnisation doit être versée. Le champ de l'indemnisation est le suivant : préjudices liés au traitement, préjudices liés au matériel, préjudices liés au diagnostic, préjudices accidentels, erreurs de médication.

C'est dans le sens où la faute n'a pas besoin d'être prouvée que le système suédois est communément décrit comme un **système «no-blame»** (sans blâme). En revanche, les accidents sans faute, c'est-à-dire les aléas thérapeutiques, ne sont pas indemnisés, à la différence du système français.

Données d'activité et données sur le coût du système :

- 25 000 réclamations déposées, 9000 demandes d'indemnisation déposées, 4000 acceptées.
- L'indemnisation moyenne est inférieure à 2000 euros.
- Le montant de l'indemnisation est encadré par la loi : maximum de 8 200 000 SEK (900000 euros) par sinistre ; en outre, est appliquée une franchise de 2000 SEK (220 euros).
- Le coût de traitement d'une plainte s'élève à environ 900 euros dans le cadre de la procédure administrative. L'examen d'une plainte déposée à la commission d'appel se monte à 1000€ Le traitement d'une plainte déposée devant les tribunaux coûte 2000 euros.
- Le délai de traitement des plaintes est beaucoup plus rapide qu'en procédure judiciaire : 50% des plaintes sont traitées en six mois et 80 % en un an.

3) La prévention des accidents

L'indemnisation est totalement déconnectée de la faute et même du praticien concerné : elle se fonde sur une base objective à savoir ce qu'un spécialiste expérimenté aurait pu faire dans le cas concerné.

« Dans ce cadre, le médecin peut aider le patient à constituer sa plainte sans courir le risque de se voir sanctionner. De plus, l'information détenue par les assurances est utilisée à but strictement pédagogique et non punitif. Si vous confondez la prévention et la sanction vous ne pourrez pas obtenir des données fiables. Les médecins ne vous communiqueront jamais le nombre exact des accidents afin de préserver leur réputation et d'éviter les sanctions. Dans notre système d'indemnisation, les sanctions disciplinaires étant séparées, nous pouvons utiliser nos données pour mener des actions de prévention. Les médecins et les patients partagent le même objectif : faire en sorte qu'un accident qui s'est déjà produit ne se reproduise plus. Enfin, des études effectuées au Royaume-Uni aux Etats-Unis montrent que les accidents sont généralement dus à de mauvaises habitudes ou à l'organisation. Seuls 20% des accidents seraient liés à une erreur du médecin.²⁶ »

²⁶ Kaj Essinger, président de la LÖF, journées de l'ONIAM

Annexe n°12 : La prévention des accidents médicaux

La prévention des risques et leur réduction représentent un enjeu majeur dans la double perspective de l'amélioration de la sécurité/ qualité des soins et dans celle de l'assurabilité des actes médicaux. Que peut-on en attendre en matière de réduction de la sinistralité ?

1) Définitions et données de base

Statistiquement, les sinistres médicaux se recensent au sein de la catégorie des « événements indésirables » qui se définissent comme « les événements défavorables pour le patient consécutifs aux stratégies et actes de diagnostic, de traitement, de prévention ou de réhabilitation ». Ceux qui se produisent dans les spécialités à risque et particulièrement la gynécologie/ obstétrique font partie des événements indésirables graves (EIG) survenant principalement lors des hospitalisations c'est-à-dire « ceux susceptibles d'entraîner une prolongation de l'hospitalisation d'au moins un jour, d'être à l'origine d'un handicap ou d'une incapacité ou d'être associés à une menace vitale ou à un décès ».

Au sein de ce groupe sont considérés comme évitables ceux qui ne seraient pas survenus « si les soins avaient été conformes à la prise en charge considérée comme satisfaisante au moment de la survenue de cet événement ». Cette caractérisation suppose, sur chaque cas, une analyse approfondie des causes²⁷. Un rapport de l'Académie de médecine²⁸ insiste sur la prédominance et le caractère évitable des « causes systémiques », c'est-à-dire celles liées à des « dysfonctionnements de la chaîne de soin ». Les causes humaines individuelles (erreurs, retards, défauts d'aptitude, défauts de communication) sont également considérées comme réductibles, même s'il est clair que le risque zéro n'existe pas.

Une enquête nationale menée par la DREES en 2004 les recense pour la première fois en France : le nombre d'EIG survenus pendant l'hospitalisation se situe dans une fourchette de 350 000 à 460 000 dont entre 120 000 et 190 000 peuvent être considérés comme évitables. Quelles que soient les sources et les pays²⁹ (mais sans doute avec des acceptations non uniformes), l'évitabilité est estimée dans une fourchette de 28 à 51% des EIG.

2) Quelques exemples d'actions de réduction des risques

L'évitabilité n'est pas une notion théorique. A l'étranger, comme en France, des progrès importants ont été réalisés dans le sens de la sécurité et de la qualité des soins, objectif devenu central dans les politiques sanitaires. Ainsi, on peut citer, de manière exemplaire, les efforts réalisés dans le domaine de la périnatalité (une démarche pilote d'analyse systématique des

²⁷ Les causes profondes (dites latentes, par opposition aux causes immédiates) renvoient à six catégories de facteurs : ceux liés aux tâches à accomplir, les facteurs individuels, les facteurs concernant l'environnement, les facteurs liés à l'équipe, les facteurs concernant l'organisation, les facteurs liés au contexte institutionnel..

²⁸ Rapport présenté par G David et C Sureau en avril 2006.

²⁹ On reproduit ici le tableau présenté au colloque du 23 mars 2005 organisé par la Prévention médicale :

	USA Et Harvard	USA Et Utah	Australie QAHCS	Nouvelle Zélande	Angleterre	Danemark
Taille de l'échantillon	30121	14700	14179	1326	1014	1097
Taux d'incidence en %	3,7	2,9	16,6	7,7	11,7	9
Evitabilité - négligence %	28	30	51	40	48	40

Résultats des deux premières études (Harvard, Utah/Colorado) : 55% d'évitabilité et de 80% en néonatal.

accidents en Seine-Saint-Denis avait permis une baisse de la mortalité périnatale de près de 50% entre 1986 et 1993) et de la mortalité maternelle (mise en place d'un comité national des experts sur la mortalité maternelle en 1995) et les résultats obtenus dans le domaine de l'anesthésie- réanimation.

Entre les deux enquêtes de mortalité liées à l'anesthésie³⁰ de 1996/1999 et de 1982 menées par l'INSERM est apparu « *un abaissement de la mortalité, réduite d'un facteur 10, alors même que la population concernée était plus âgée et comportait une proportion plus forte d'états graves ; d'autre part, une forte diminution des accidents respiratoires constatés dans la première enquête*³¹ ».

Ces avancées sont le fruit de la politique publique conduite en matière d'organisation des soins et de normes de fonctionnement. La profession s'est mobilisée, notamment à travers une société savante, la SFAR (société française d'anesthésie réanimation), un syndicat professionnel (syndicat national des anesthésistes réanimateurs de France) et une association l'ARRES (Anesthésie, réanimation, risques et solutions), créée pour gérer les risques qui, avec ses médecins conseils, a procédé à l'analyse systématique des sinistres de ses adhérents, mis en place des conférences d'experts et organisé des formations. Cette gestion des risques, soutenue par un cabinet d'assurances, s'est poursuivie et développée dans le cadre d'un contrat de groupe qui a permis de contenir les primes des anesthésistes à un niveau raisonnable³².

On notera, à cet égard que les compagnies d'assurance ont mis en place ou soutiennent des associations qui ont pour objet, outre la défense des médecins, l'analyse des risques et la conduite d'actions d'information des praticiens sur le risque médical. Ainsi ASSPRO, pour le courtier Branchet³³, ou La Prévention Médicale, créée par la Confédération des Syndicats Médicaux Français (CSMF), la Confédération Nationale des Syndicats Dentaires, le Sou Médical et la MACSF, plus spécialement orientée sur le risque opératoire (les moyens sont constitués de deux médecins et représentent un budget de 1,5% des primes de la MACSF / Sou médical).

D'autres associations de gestion de risques sont en cours de constitution, sous l'égide des professionnels et des sociétés savantes : Gynérisq, Orthorisq, Surgirisq. Elles s'inscrivent désormais dans le cadre de la politique d'accréditation, comme organismes en cours d'agrément (voir *infra*).

Faisant l'articulation avec les autorités sanitaires et à l'initiative de médecins libéraux des spécialités d'anesthésie- réanimation, de gynécologie -obstétrique et de chirurgie, les travaux du groupe Résirisq, réalisés sous l'égide de l'ANAES entre septembre 2003 et fin 2004 ont

³⁰ LIENHART A., AUROY Y., PEQUIGNOT F., BENHAMOU D., WARSZAWSKI J., BOVET M., JOUGLAT E., « Premiers résultats de l'enquête SFAR-INSERM sur la mortalité imputable à l'anesthésie en France : réduction par 10 du taux de ces décès en 20 ans. » *Bull.Acad. Natle Méd.*, 204, 188, 1429-1441. Enquête 1996/1999

³¹ ité dans le rapport IGAS/IGF de 2004

³² Voir rapport 2004 de l'IGAS et de l'IGF. Aux Etats-Unis, l'American society of anaesthesiologists a, selon le rapport de l'OCDE sus mentionné, permis d'obtenir le même type de résultat et de modérer les primes d'assurance dans ce secteur.

³³ MIC exige que tout assuré gynécologue obstétricien suive une journée de sensibilisation au risque d'accident. Sont ainsi traités les thèmes de l'hémorragie maternelle, la souffrance foetale, les tracés cardiaques, la dystocie de l'épaulé. Lors de leur rencontre avec la mission, les responsables de la société MIC et du groupe MMA ont mis en avant le travail réalisé par les médecins experts d'ASSPRO comme le premier facteur d'explication du niveau des primes proposé par ce groupe d'assurance.

montré la pertinence d'un dispositif national de réduction des risques reposant sur l'adhésion des médecins à une méthodologie de recensement permanent des accidents, à l'examen des causes par des experts, à la diffusion de mesures préventives et à la mesure systématique des progrès. Ce système, maintenant piloté par la HAS, rejoint le dispositif d'accréditation.

3) La politique publique actuelle

Depuis notamment les accidents liés à la transfusion sanguine, le système de santé tout entier a été réorganisé dans le sens de la prévention, de la vigilance (pharmaco/ bio/ materio/ hémo / infectio vigilance) et de la qualité des soins.

Pour ce qui est des dispositifs directement en lien avec la responsabilité civile médicale, ils ont été rationalisés et unifiés en une politique publique cohérente depuis les lois de 2002 et 2004. Celle-ci repose sur trois piliers et implique tous les acteurs de santé, que ce soit à titre individuel ou collectif :

➤ La connaissance des risques avec une collecte des informations :

- par l'InVS sur les événements indésirables graves (ceux liés aux produits de santé relèvent de l'AFSSAPS). Cette institution procède à une expérimentation qui se terminera en 2007 pour mettre au point les critères de la notion d'EIG et les circuits de transmission et d'analyse³⁴.
- par la HAS sur les événements porteurs de risques³⁵. Ils sont définis comme « *dysfonctionnements (non-conformité, anomalie, défaut) ; incidents ; événements sentinelles ; précurseurs ; presque accidents ; accidents.* »
- par l'Observatoire des risques médicaux³⁶, rattaché à l'ONIAM, chargé de recueillir « *les données relatives aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales et à leur indemnisation* ». Ces données sont notamment communiquées par les assureurs des professionnels et organismes de santé, l'AP-HP, les CRCI, l'ONIAM et l'ACAM.
- on rappelle par ailleurs que l'article L.1413-14 du CSP, introduit en 2002 et modifié en 2004, prévoit que : "*tout professionnel ou établissement de santé ayant constaté une infection nosocomiale ou tout autre événement indésirable grave lié à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention doit en faire la déclaration à l'autorité administrative compétente* ".

➤ L'analyse de ces données (suivant le principe de base du risk management : "*toute erreur est un trésor*") et le retour d'expérience (la HAS a créé un système d'information dit base de retour). Comme l'a souligné le séminaire du 17 octobre 2005 au ministère de la

³⁴ Article L.1413-14 du CSP, article 117 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, arrêté du 25 avril 2006 relatif aux modalités de l'expérimentation de déclaration des événements indésirables graves liés à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention autres que des infections nosocomiales

³⁵ Article L.1414-3 du CSP

³⁶ Créé par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie. Article L 1142-29 du CSP.

santé sur la "déclaration des événements indésirables graves", l'analyse concernant ces centaines de milliers d'événements doit être faite d'abord au niveau local.

➤ L'élaboration de recommandations et leur mise en œuvre.

A cet égard, sur la base des très nombreuses initiatives prises aux Etats-Unis et dans plusieurs pays européens en matière de sécurité des patients, des données de grande ampleur publiées par LL.Leape et DW.Berwick dans le *Journal of American Medical Association (JAMA)* en 2005 (293: 2384-2390) « montrent une très nette diminution des événements indésirables suite à la diffusion des règles de bonnes pratiques ». ³⁷

Aujourd'hui, en France, le dispositif s'appuie, pour l'essentiel, sur la mécanique de l'accréditation, pour l'heure encore seulement facultative. Le décret n° 2006-909 du 21 juillet 2006 modifié par le décret n° 2006-1559 du 7 décembre 2006 ³⁸ prévoit la possibilité pour " les médecins ou équipes médicales exerçant en établissement de santé ayant une activité d'obstétrique, d'échographie obstétricale, de réanimation, de soins intensifs " ou exerçant certaines spécialités à risque ³⁹, de solliciter une accréditation, ce qui leur permet d'obtenir une participation de l'assurance maladie à leurs assurances de responsabilité civile, fixée à 66% pour les médecins de secteur 1 et à 55% pour les médecins de secteur 2. Début février 2007, 17 000 médecins libéraux avaient déjà envoyé à la HAS leur intention d'engagement.

Pour l'heure, la HAS a publié une décision ⁴⁰ fixant les conditions d'agrément des organismes qui aident la HAS à mettre en œuvre cette procédure : instruire et évaluer les demandes d'accréditation, recueillir et analyser les déclarations d'événements porteurs de risques, élaborer des recommandations de gestion des risques, réaliser les visites sur place etc...

Par ailleurs, la HAS organise la mise en commun des données issues de la gestion des risques par spécialité. Sa Commission Risques Inter-spécialités a pour mission de :

- définir et mettre en œuvre la stratégie de gestion des risques communs à plusieurs spécialités ;
- valider les enseignements et les recommandations inter-spécialités proposés ;
- proposer un programme d'amélioration de la sécurité des pratiques applicable à toutes les spécialités.

Ainsi il est possible d'affirmer que la réduction des risques est devenue un objectif clairement affiché et porté par des institutions publiques (DGS, INVS, HAS) et professionnelles (les sociétés savantes, les organismes de formation continue, et à des degrés divers les assurances) sur la base d'une politique publique unificatrice. On peut en attendre, comme cela a été vérifié à l'étranger, des résultats positifs sur la sinistralité à court mais surtout à moyen terme.

³⁷ Séminaire sus-cité en 2005

³⁸ Il fait suite aux contrats de bonne pratique qui comportaient le versement par la CNAM d'une indemnité forfaitaire pour financer une partie de la prime d'assurance . Il est plus complet et orienté sur la qualité.

³⁹ 21 sont énumérées

⁴⁰ Décision n°2006.09.026/p du collège de la HAS relative aux modalités de mise en œuvre de l'accréditation des médecins

Annexe n°13 : Textes et jurisprudence

1) Les principales dispositions législatives et réglementaires récentes relatives à la responsabilité civile médicale.

(a) Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

- La disposition dite anti-Perruche, selon laquelle : « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* » (article 1) ;
- L'obligation de s'assurer pour les professionnels de santé, sous peine de sanctions disciplinaires et pénales (article 98 ; L.1142-2 et L.1142-25 du code de la santé publique) ;
- L'instauration d'une obligation d'information des victimes par le professionnel ou l'établissement de santé (article 98 ; L.1142-4 du CSP) ;
- La création de la notion d'aléa thérapeutique, prise en charge par la solidarité nationale (article 98 ; L.1142-1 du CSP) ;
- La création d'une présomption de faute des établissements de santé pour les infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère (L.1142-1 du CSP) ;
- La mise en place d'une procédure à l'amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales : création des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) (article 98 ; L.1142-5 à L.1142-8 du CSP) et de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) (L.1142-22 du CSP) ;
- L'obligation d'assurer, mise en œuvre par la création d'un nouveau bureau central de tarification (BCT) (article 100 ; L.251-1 et L.251-2 du code des assurances).

(b) Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale

- La prise en charge par la solidarité nationale des infections nosocomiales dès lors qu'elles correspondent à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25% ; possibilité d'action récursoire contre l'établissement en cas de faute établie ; obligation de transparence avec la transmission par l'ONIAM au Parlement et à la commission nationale des accidents médicaux d'un rapport semestriel sur les infections nosocomiales (article 1) ;
- Possibilité d'une dérogation à l'obligation de s'assurer pour les établissements disposant de ressources financières suffisantes pour s'auto-assurer (cas de l'AP-HP) (article 1 ; L.1142-2 du CSP) ;
- Passage des contrats en responsabilité civile médicale à la base réclamation (*claims made*) ; introduction de délais de garantie subséquente (cinq ans ; dix ans en cas de décès ou de cessation d'activité) ; règle dérogatoire pour le cumul d'assurance (article 4 ; L.251-2 du code des assurances).

(c) La loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

- La création d'un observatoire des risques médicaux chargé de recueillir et d'analyser les données relatives aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales (article 15 ; L.1142-29 du CSP) ;
- La mise en place d'un dispositif d'aide à la souscription d'assurance pour les spécialistes des établissements de santé, engagés dans une procédure d'accréditation (article 16 ; L.4135-1 du CSP) ;

Le décret n°2006-909 du 21 juillet 2006 fixe le montant et les conditions d'octroi de l'aide à la souscription d'assurance :

« Cette aide annuelle est calculée à partir d'un seuil minimum d'appel de cotisation de 4 000 EUR dans la limite d'un seuil maximum fixé selon les spécialités :

a) à 18 000 EUR pour la gynécologie-obstétrique et l'obstétrique ;

b) à 7 000 EUR pour l'anesthésie-réanimation et la réanimation médicale ;

c) à 15 000 EUR pour les autres spécialités mentionnées à l'article D. 4135-2 du code de la santé publique.

Le montant de cette aide est calculé dans les conditions suivantes :

- *50 % de cette part pour les médecins non autorisés à pratiquer des honoraires différents et pour les médecins autorisés à pratiquer des honoraires différents ayant adhéré à l'option de coordination ;*
- *35 % de cette part pour les médecins autorisés à pratiquer des honoraires différents n'ayant pas adhéré à l'option de coordination. »*

Le décret 2006-1559 du 7 décembre 2006 modifie les dispositions du décret du 21 juillet 2006 :

- Le montant minimum de prime d'assurance requis pour prétendre à une aide de l'assurance maladie est ramené à zéro pour ces spécialités ;
- Le taux servant au calcul de l'aide est porté à deux-tiers pour les médecins de secteur 1 et à 55% pour le secteur 2.

(d) Loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007

- **Article 66 :**

« Les ministres chargés de l'économie, de la santé et de la sécurité sociale, les syndicats représentatifs des médecins soumis à l'obligation d'assurance mentionnée à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, les fédérations d'organismes assureurs offrant à ces médecins des couvertures en responsabilité civile et l'Union nationale des caisses d'assurance maladie concluent un accord-cadre pour maîtriser les charges pesant sur les professionnels de santé concernés relatives à la souscription d'une assurance.

Le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, avant le 30 avril 2007, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, afin de limiter les conséquences de la mise en jeu de la responsabilité civile médicale et de maîtriser les charges en résultant pour les médecins concernés, toutes mesures pour définir les conditions dans lesquelles les indemnisations les plus lourdes ayant pour origine des faits fautifs d'un médecin pourront être prises en charge par des contributions ou des financements adaptés à cet effet.

Un projet de loi portant ratification de l'ordonnance prévue à l'alinéa précédent est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de sa publication. »

- **Article 67 :**

« Dans les six mois suivant la promulgation de la présente loi, le Gouvernement transmet au Parlement un rapport sur la responsabilité civile médicale. Ce rapport présente un état des lieux des contentieux juridiques impliquant des professionnels de santé dans le cadre de leur exercice, le montant des sommes engagées en réparation et le coût pour les finances publiques de la prise en charge par l'assurance maladie des primes d'assurance des professionnels de santé à ce titre. »

(e) Loi n° 2007-127 du 30 janvier relative à l'organisation de certaines professions de santé.

- L'obligation de transmission d'informations sur les primes. L'article 22 institue une obligation pour les entreprises d'assurance couvrant en France les risques de responsabilité civile médicale de transmettre à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) des données de nature comptable, prudentielle ou statistique sur ces risques. L'ACAM procède à l'analyse de ces données, les transmet sous forme agrégée et en fait rapport aux ministres chargés de l'économie et de la sécurité sociale. Une copie du rapport est adressée à l'observatoire des risques médicaux.
- L'obligation d'un préavis de trois mois minimum avant la résiliation d'un contrat en responsabilité civile médicale (article L.251-3 du code des assurances)

2) Quelques éléments de jurisprudence relative à la responsabilité civile médicale

(a) La jurisprudence de la Cour de cassation sur les clauses base réclamation.

Dans sept arrêts du 19 décembre 1990, la Cour de cassation a jugé que la clause base réclamation aboutissait « à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui aurait alors reçu les primes sans contrepartie ». La cour de cassation a donc considéré comme non écrites les clauses subordonnant la garantie à la présentation de la réclamation pendant la période de validité du contrat. Autrement dit, elle a requalifié les contrats conclus en base réclamation en contrats fait générateur.

(b) L'affaire Perruche

- Arrêt de la cour de cassation du 17 novembre 2000, dit « arrêt Perruche » : la cour de cassation juge que « *dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.* »
- Article 1 de la loi du 4 mars 2002 :

« I. - Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. »

- Arrêts de la CEDH du 6 octobre 2005 (affaires Draon c. France, requête n°11810/03, et Maurice C. France, requête n°1513/03) : la CEDH a condamné la France en considérant que l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 avait violé, dans la mesure où il concerne les instances en cours, l'article 1^{er} du protocole n°1 à la Convention ; le législateur français aurait privé les plaignants « d'une valeur patrimoniale préexistante et faisant partie de leurs biens, à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par les plus hautes juridictions nationales »
- Arrêts de la cour de cassation du 24 janvier 2006 : Par trois arrêts, la cour de cassation, à laquelle était soumise la même question juridique, a jugé que « l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 méconnaissait l'article 1^{er} du protocole n°1 à la Convention, dès lors que le mécanisme de compensation forfaitaire du handicap, instauré par cette loi, était sans rapport raisonnable avec la créance de réparation intégrale à laquelle aurait pu prétendre l'enfant avant l'entrée en vigueur de la loi ». Ces arrêts se sont appliqués à des instances en cours au 7 mars 2002 (date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002).
- Arrêt de la cour d'appel de Reims du 30 octobre 2006 : la victime est titulaire d'une créance en réparation à la date de réalisation du dommage et non pas à la date d'introduction de l'instance ; la jurisprudence Perruche peut donc être invoquée pour toutes les naissances intervenues avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, même en l'absence d'instance en cours à cette date.

Annexe n°14 : L'ONIAM

1) Présentation

L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), établissement public administratif placé sous tutelle du ministère chargé de la santé, a été créé par un décret du 29 avril 2002, en application de l'article L. 1142-22 du code de la santé publique pour :

- Organiser le dispositif de règlement amiable des litiges liés à des dommages imputables à "une action de prévention, de diagnostic ou de soins " (y compris ceux causés par des actes fautifs couverts par les compagnies d'assurance et en cas de carence de celles-ci), au dessus de seuils de gravité prévu par décret (24% de taux d'incapacité permanente, durée d'incapacité temporaire de travail au moins égale à 6 mois consécutifs ou 6 mois non consécutifs sur une période de 12 mois, inaptitude de la victime à exercer son activité professionnelle ou troubles particulièrement graves). Le règlement amiable est placé sous la responsabilité de 23 commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI). Elles sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire et sont composées de 20 membres représentant les usagers, les professionnels de santé, les établissements de santé, les assureurs et l'ONIAM, ainsi que de personnalités qualifiées. Le délai légal pour émettre un avis est de 6 mois.
- Indemniser les victimes. Dans le cas où l'indemnisation revient à l'assurance, l'ONIAM se substitue à l'assureur en cas de silence, de refus explicite de faire une offre ou encore, en cas de défaut d'assurance ou d'épuisement de la couverture d'assurance. Le délai pour une offre d'indemnisation de l'ONIAM à partir de l'avis de la CRCI est de 4 mois.
- Par ailleurs, l'observatoire des risques médicaux (ORM), chargé de collecter les données relatives aux accidents médicaux et à leur indemnisation, lui est rattaché.

2) Indicateurs d'activité CRCI / ONIAM

	2004	2005	2006
Réclamations déposées devant les CRCI			
Nb total de dossiers de réclamation déposés devant les CRCI	3469	2723	2944
Nb total de dossiers rejetés - en pourcentage de dossiers déposés	1148 33%	1757 64%	1842 62%
Nb total d'avis émis - en pourcentage des dossiers déposés	477 13%	903 33%	1063 36%
Délai moyen pour l'émission d'un avis	5,3 mois	7,5 mois	9, 2 mois
Offres d'indemnisation de l'ONIAM			
Nb total d'offres d'indemnisation de l'ONIAM	264	389	650
Délai moyen pour l'émission d'une offre d'indemnisation	3,5	3,7	3,6

Dépenses de fonctionnement			
Dépenses de l'ONIAM (budget réalisé) (indemnisations, frais d'avocat et expertises fonctionnement)	9 185 948	29 280 072	50 327 675
Nombre de salariés à l'ONIAM / CRCI (mois ETPT budgétés, utilisés à 99,8%)	610	636	648

Commentaires :

- à partir de 2005, on peut considérer que l'ONIAM a atteint sa vitesse de croisière ;
- le taux de rejet des CRCI est lié à l'irrecevabilité des dossiers pour des raisons de dates (accidents survenus avant le 5 septembre 2001), de seuils de gravité, de non démonstration du lien de causalité avec l'accident (état antérieur ...) ;
- le différentiel entre les dossiers déposés et les avis émis est constitué par les dossiers rejetés et les dossiers en cours d'instruction (y compris l'expertise) ;
- le pourcentage des dossiers de substitution aux assureurs est de 15% ; l'essentiel des dossiers relève de l'aléa et des infections nosocomiales ;
- le coût d'un dossier s'établit à 1 760 euros environ. Il se décompose en coût pour les CRCI : 1 142 euros par dossier traité et coût pour l'ONIAM : 620 euros.

Il est difficile d'établir une comparaison avec le coût d'un dossier / assureur. Si les assureurs ont bien l'activité « ONIAM », l'amont est souvent en partie réalisé par les CRCI ou par les juridictions (mais les assureurs supportent les frais d'expertise et d'avocat). Les dossiers amiables réglés par les assureurs sont généralement des dossiers de faible importance ne nécessitant pas de traitement administratif lourd (il y a rarement des préjudices économiques qui sont les plus lourds à traiter).

3) L'indemnisation des victimes : la place de l'ONIAM

En ce qui concerne la place de l'ONIAM par rapport aux autres institutions versant des indemnités aux victimes d'accidents médicaux, un traitement des données financières de l'ORM sur les 11 premiers mois de l'année 2006 en donne une approche.

Versements de l'AP-HP⁴¹, des assureurs et de l'ONIAM, aux victimes, aux ayant -droits, aux organismes de sécurité sociale et aux autres créanciers (sinistres > 15 000 €).

	APHP	Assureurs	ONIAM	Total
Victimes	NR	10 912 712	10 267 298	NS
Proches	NR	959 036	872 315	NS
Sécurité sociale	NR	3 335 683	6 260 820	NS
Autres	NR	194 871	255 574	NS
GLOBAL	2 128 092	15 402 302	17 656 007	35 186 401
	<i>6,05%</i>	<i>43,77%</i>	<i>50,18%</i>	<i>100%</i>

⁴¹ C'est le seul établissement autorisé à s'auto assurer.

Commentaires :

- L'ONIAM apparaît comme le premier organisme indemnisateur des victimes d'accidents médicaux
- Les créances des organismes de sécurité sociale représentent des montants importants : 9,6 M€ sur les 33 M€ versés par l'ONIAM et les assureurs, soit 29% en moyenne (21% pour les assureurs, 35% pour l'ONIAM). Dans la mesure où il est financé par l'assurance maladie, l'ONIAM déduit les créances des organismes sociaux avant de faire l'offre à la victime.

Annexe n°15 : La liste des sigles

ACAM	Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles
AGF	Assurances générales de France
AP-HP	Assistance publique – Hôpitaux de Paris
ARRES	Anesthésie, réanimation, risques et solutions
ASSPRO	Association de prévention du risque opératoire
BCT	Bureau central de tarification
CCAM	Classification commune des actes médicaux
CEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CNAMTS	Caisse nationale d’assurance maladie des travailleurs salariés
CRCI	Commission régionale de conciliation et d’indemnisation
CSMF	Confédération des syndicats médicaux français
DGS	Direction générale de la santé
DREES	Direction de la recherche, des études, de l’évaluation et des statistiques
DSS	Direction de la sécurité sociale
FFSA	Fédération française des sociétés d’assurance
GAV	Garantie des accidents de la vie
GTAM	Groupement temporaire d’assurance médical
GTREM	Groupement temporaire de réassurance médicale
HAS	Haute autorité de santé
HHS	<i>Department of Health and Human Service (US)</i>
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
INVS	Institut national de veille sanitaire
MACSF	Mutuelle d’assurances du corps de santé français
MIC	<i>Medical Insurance Company</i>
MMA	Mutuelles du Mans Assurances
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONIAM	Office national d’indemnisation des accidents médicaux
ORM	Observatoire des risques médicaux
RCM	Responsabilité civile médicale
SHAM	Société hospitalière d’assurances mutuelles
SNARF	Syndicat national des anesthésistes réanimateurs de France
SYNGOF	Syndicat national des gynécologues – obstétriciens de France
TCAM	Taux de croissance annuel moyen
TFSE	Travaux, fournitures, services extérieurs
UNCAM	Union nationale des caisses d’assurance maladie
URML	Union régionale des médecins libéraux