

Les projets de réforme de la RESPONSABILITE MEDICALE aux Etats-Unis

MOTS CLEFS : responsabilité • médecin • faute • aléa thérapeutique • no fault • indemnisation •

L'article du Pr Stephen Sugarman se présente comme le compte rendu détaillé du récent livre de Paul Weiler sur la réforme du système américain d'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques. Mais ce compte rendu va beaucoup plus loin : il fournit une sorte d'état des lieux des discussions concernant la réforme d'un système de responsabilité qui fait l'objet d'incessantes critiques et apparaît, à l'étranger, comme une sorte de repoussoir. On connaît la situation aux États-Unis, ce qu'on appelle la dérive américaine, avec ses effets pervers sur le comportement des médecins, l'administration de la médecine et la qualité des soins dont peuvent finalement bénéficier les malades. On sait moins qu'il y a tout un débat sur les réformes à porter. Stephen Sugarman décrit les principaux projets : on pourra le constater, ils visent moins, comme en France, à compléter le système existant par un dispositif d'assurance de l'aléa thérapeutique qu'à modifier les règles du droit de la responsabilité par l'institution de systèmes *no fault*, dont Stephen Sugarman détaille la construction.

Le Pr Paul Weiler, de la faculté de droit de Harvard, vient de publier un livre remarquable : *Medical Malpractice on Trial*¹. Ses idées les plus intéressantes et les plus originales consistent à remplacer :

- la responsabilité individuelle du médecin par la responsabilité de l'institution (de l'hôpital, par exemple) ;
- l'indemnisation fondée sur la faute par un système *no fault* englobant tous les accidents médicaux provoquant une invalidité grave ou la mort.

* Professeur de droit, université de Californie (Berkeley). Une version augmentée de cet article doit paraître dans *The University of Chicago Law Review*.

Et, pour permettre une mise en place rapide de ces solutions, il propose :

- de modifier le montant des indemnités à verser ;
- d'expérimenter un système de conventions conclues entre le personnel soignant et les malades, afin de remplacer le débat sur la responsabilité par le paiement d'indemnités *no fault*.

I. LE SYSTÈME ACTUEL D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE FAUTE MÉDICALE AUX ÉTATS-UNIS

1. Les chiffres

Aux États Unis, le droit de la responsabilité joue un rôle relativement mineur dans l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Selon une étude de Harvard, sur 100 000 patients sortis des hôpitaux américains, 4 000 environ ont subi un accident² au cours de leur traitement. Il ne relève d'une faute médicale que dans un quart des cas. Le risque d'être victime d'une faute médicale est de 1%, le risque d'accident de 4 %.

Sur ces 100 000 patients et ces 4 000 victimes d'une faute médicale, on ne relève, en moyenne, le dépôt que de 125 plaintes. Seules 60 d'entre elles donnent lieu à une indemnisation, les autres étant abandonnées ou les procès perdus. Sur ces 60, 20 donnent lieu à une indemnisation avant l'ouverture d'une procédure judiciaire, 35 après qu'une poursuite a été engagée mais avant ou pendant le procès, 5 résultent du gain d'un procès.

Selon les médecins experts, sur 85 de ces 125 plaintes, on ne peut pas parler de faute médicale ! Pourtant, 30 % des plaintes pour lesquelles il n'y avait (apparemment) pas de faute médicale ont donné lieu à des indemnisations (soit de 25 à 30 sur 85), même si ces dernières ont souvent été considérablement inférieures à ce que le plaignant aurait touché si la responsabilité avait été clairement prouvée. La plupart des cas de faute médicale pour lesquels une plainte a été déposée ont conduit au versement de dommages intérêts (de 30 à 35 sur 40).

Il y a plus de 40 millions d'hospitalisations par an aux États Unis. Elles donnent lieu à 1 500 000 accidents -, dont 400 000 résultent de négligence médicale. Jusqu'à présent, le système d'indemnisation est tout à fait insuffisant : sur ces 40 millions d'hospitalisations, il est probable que 25 000 requérants pour faute médicale, sur les 50 000 ayant déposé une requête, seront indemnisés. Sur ces 25 000, seulement de 12 500 à 15 000 ont réellement été victimes d'une faute médicale³.

La plupart des victimes d'accidents médicaux ne souffrent que de dommages mineurs. La moitié d'entre elles ne souffrent que d'une légère incapacité et se rétablissent dans un délai d'un mois. Une autre partie se rétablit en moins de six mois. Pourtant, dans 25 % des cas de faute médicale, le patient meurt au moins en partie à cause de cette faute. 10% de ces victimes souffrent d'invalidité grave

et permanente. En étendant ces conclusions sur le plan national, l'étude de Harvard suggère que, chaque année, sur 1 500 000 accidents arrivés dans les hôpitaux, 150 000 environ provoquent une invalidité grave et permanente, et plus de 150 000 la mort – la plupart sont des personnes âgées, fragiles par définition. Un quart des 300 000 préjudices graves est causé par une faute, et seulement une infime partie sera indemnisée par le système juridique existant.

2. Un système inefficace

Le système existant est très inefficace. Quand 1 dollar est versé à une victime de faute médicale, plus de 1,35 dollar est dépensé en frais de procédure. Les frais les plus élevés sont les frais de justice. Ces chiffres ne prennent pas en compte les sommes importantes qui ne sont pas directement imputables au traitement des réclamations : commissions, frais de marketing, taxes et profits payés et acquis par les assureurs. Ces frais représentent plus de 20 % du coût de l'assurance responsabilité médicale.

Tout en tenant compte du fait que le droit applicable est très différent d'un État à l'autre, on peut dire qu'aux États-Unis plus de 40 % des indemnités versées sont destinées à compenser le *pretium doloris*, dans les juridictions encore régies, pour la détermination des sommes à allouer, par le droit commun de la responsabilité. 5 % des requérants victimes des préjudices les plus graves (peut-être 2 ou 3 sur 1 000 victimes de fautes médicales) se taillent la part du lion des indemnités pour *pretium doloris*.

Le reste des indemnités versées par le système judiciaire est supposé couvrir les pertes de revenu. Néanmoins, au moins 60 % de ces pertes sont déjà couvertes par les systèmes d'assurance publique ou privée comme l'assurance maladie, la sécurité sociale, l'assurance invalidité et les indemnités journalières.

Un peu d'arithmétique montre que, sur 1 dollar versé en prime d'assurance responsabilité, de 10 à 15 cents iront compenser les pertes financières personnelles réelles des plaignants. En outre, actuellement, il n'est pas rare que plusieurs années s'écoulent entre le dépôt de la plainte et le paiement de l'indemnité.

7 milliards de dollars ont été payés en 1988 par les médecins, les hôpitaux et autres au titre des primes d'assurance de responsabilité médicale. 1 milliard de dollars servira à rembourser les pertes financières non indemnisées autrement. Les plaignants se retrouveront probablement avec entre 2 et 3 milliards de dollars, selon le succès remporté par les sources indirectes (fonds d'assurance sociale et privés) dans le recouvrement des dépenses qu'elles ont déjà effectuées.

La charge financière du système actuel sur certaines catégories de médecins est énorme. Le montant annuel des primes d'assurance pour faute médicale se situe entre 100 000 dollars et 200 000 dollars pour les spécialistes à haut risque, chirurgiens neurologues ou obstétriciens par exemple, dans des États comme celui de New York ou de Floride. Cela représente souvent plus de 20 % du

revenu brut du médecin. Il ne faut pas, cependant, exagérer l'importance de cette charge financière, puisque le coût moyen de l'assurance de responsabilité par médecin pour l'ensemble des États-Unis n'était que de 15 000 dollars en 1988, et que les 7 milliards de dollars de prime ne représentent pas plus de 1 % des dépenses totales de santé aux États-Unis pour la même année.

A ces sommes, il convient cependant d'ajouter les 9 à 10 milliards de dollars, au minimum, dépensés annuellement par les médecins au titre de la médecine défensive : compléments de dossiers, examens supplémentaires prescrits aux patients, temps passé avec ces derniers. Si une partie de ces sommes profite réellement aux patients et se justifie d'un point de vue économique, beaucoup pensent que cela ne profite guère aux patients, quand cela n'augmente pas les risques. La médecine défensive sert surtout à protéger le médecin contre les plaintes pour faute médicale et, fréquemment aussi, à augmenter ses revenus.

A cela, il faut encore ajouter les coûts sociaux du système :

- charge psychologique pesant sur les médecins, qui ont le sentiment de s'enliser dans un système juridique kafkaïen ;
- refus de certains médecins de pratiquer ou de continuer de pratiquer des spécialités à haut risque ou de prescrire des traitements indispensables mais à haut risque ;
- services et revenus non dispensés par des médecins obligés de consacrer au minimum cinq jours non payés pour organiser leur défense contre les plaintes dont ils sont l'objet.

Si les - coûts - engendrés par la responsabilité juridique pour faute médicale ne viennent pas au premier plan du budget national de santé, ils en représentent malgré tout une part substantielle.

Considéré du point de vue des victimes, que ce soit de fautes médicales ou d'accidents, le système américain actuel est un désastre. Certains sont d'heureux gagnants à une sorte de loterie où les billets n'auraient été distribués qu'à la moitié d'entre eux. La plupart sont ignorés. S'il est faux de dire que - les seuls gagnants sont les avocats -, on ne peut pas dire non plus, dans une perspective d'indemnisation, que les patients le soient.

3. Un système injuste

Le système ne sert pas non plus l'idéal d'une justice distributive. Les victimes les plus - méritantes - - elles ont subi les préjudices les plus graves - n'obtiennent rien. Seule une partie insignifiante d'entre elles obtient la satisfaction - si cela en est une - de gagner leur procès. Inversement, beaucoup de ceux qui gagnent leurs procès ne sont pas - méritants -, au sens de la gravité du préjudice subi.

D'autre part, les primes d'assurance de responsabilité des médecins ne sont pas plus élevées quand ils ont fait l'objet de condamnations. Elles dépendent plutôt du comportement des médecins pratiquant la même spécialité dans une zone où les plaintes sont les plus nombreuses et les plus importantes.

Puisque presque toutes les plaintes déposées sont soit réglées, soit abandonnées, tout blâme officiel effectué par le système est à la fois partial et mal appliqué. Beaucoup de réclamations peu méritoires donnent lieu à une indemnisation dans le souci de s'en débarrasser, ce qui irrite souvent les médecins concernés. Et, bien que les médecins arrivent à s'exonérer dans les deux tiers des cas, lorsqu'ils sont finalement attirés devant un tribunal, ils n'apprécient guère ce type de justice. D'ailleurs, certains médecins, qui ont sans doute réellement commis une faute, gagnent leur procès par manque de preuve ou parce que le jury est trop bienveillant à leur égard ou parce qu'il est impressionné.

Dans la plupart des cas, ce que le système judiciaire appelle faute médicale n'est qu'une sorte d'étourderie passagère, l'une de ces fautes d'inattention que nous commettons tous fréquemment. Malheureusement, dans un traitement médical à haut risque, de telles erreurs peuvent avoir des conséquences redoutables. Si l'on peut penser que les victimes de ce type de fautes ont sans doute droit à un meilleur traitement, commettre ce type de faute ne fait du responsable ni un délinquant ni un mauvais médecin. Une très faible partie des médecins américains est réellement incompétente, mais elle n'est responsable que de très peu des fautes commises. La vérité est que les médecins commettent des fautes qu'ils pourraient théoriquement éviter, et que certains médecins sont assez malchanceux pour que ces fautes produisent un préjudice grave.

4. Un système éventuellement dissuasif

Le système existant ne peut se justifier que pour son rôle préventif. Paul Weiler pense que le système de la faute médicale a un impact positif sur la sécurité du patient. Cela ne l'empêche pourtant pas de proposer des réformes dans cette direction, la prévention des accidents restant l'objectif central des réformes qu'il propose. J'estime, quant à moi, que la bonne stratégie consiste plutôt à séparer les fonctions de contrôle des comportements et celles d'indemnisation.

II. LES RÉFORMES À COURT TERME

A court terme, Paul Weiler préconise d'importantes réformes, principalement des modifications dans la détermination du montant des indemnités. Ses propositions rejoignent à peu de choses près celles que le Pr Jeffrey O'Connell et moi-même avons défendues dans les cas de dommages corporels à la personne⁴.

1. Changer la règle des sources indirectes

Weiler, O'Connell et moi-même proposons de changer la règle de droit commun qui, dans la détermination du montant des sommes accordées à la victime en cas de faute médicale, ignore les autres sources (indirectes) d'indemnisation des mêmes préjudices.

Ainsi, un plaignant ne pourrait plus obtenir d'indemnisation pour des préjudices déjà couverts au titre de l'assurance sociale, ou de l'aide publique, ou de systèmes professionnels de couverture sociale, notamment l'assurance maladie. Toutefois, il n'y aurait pas à prendre en compte l'épargne personnelle de la victime ou les assurances vie qu'elle aurait pu personnellement contracter. En effet, le but de la réforme n'est pas de transformer le droit de la responsabilité civile en un système d'indemnisation dépendant des revenus. Il s'agit d'orienter l'indemnisation vers des plans d'assurance personnelle, dont le champ d'application est plus large et la gestion moins coûteuse, et de l'éloigner de l'assurance (responsabilité) au tiers trop onéreuse.

2. Limiter et standardiser l'indemnisation du « *pretium doloris* »

Weiler, O'Connell et moi-même avons des vues quelque peu divergentes sur le problème de l'indemnisation du *pretium doloris*. O'Connell préconise de ne plus du tout indemniser. Je ne suis pas en faveur de cette solution, au moins pour l'heure, parce que ce serait une rupture trop brutale avec la tradition, et que je ressens une profonde empathie avec l'intense indignation que doivent ressentir les personnes gravement handicapées par la faute d'un autre. Enfin, dans la plupart des États américains, les systèmes de réparation des accidents du travail prévoient des sommes arbitrairement déterminées pour les victimes d'incapacités graves et permanentes.

En conséquence, je propose de conserver l'indemnisation du *pretium doloris*, mais sous une forme très réduite. Il y aurait d'abord un seuil ou un plancher à ce recouvrement. Personne ne pourrait bénéficier d'indemnisation du *pretium doloris* s'il n'a subi un grave préjudice, comme une incapacité temporaire de six mois au moins ou une incapacité grave et permanente. L'idée est d'éliminer du système le versement d'indemnités à ceux qui ne les reçoivent que parce qu'ils se plaignent, à ceux qui simulent des préjudices ou exagèrent des lésions sans gravité ainsi que ceux qui, bien que victimes de conséquences immédiates de l'accident, n'en souffrent plus au moment du règlement ou du procès.

La définition du seuil que je préconise est largement fondée sur ce que prévoit le plan personnel *no fault* en vigueur dans l'État du Michigan. Il est destiné, s'il est appliqué à tous les cas de dommages corporels à la personne, à rejeter plus des trois quarts des réclamations pour *pretium doloris* actuellement indemniées. Dans le contexte de la faute médicale, cependant, on peut s'attendre au rejet d'un nombre proportionnellement moindre des réclamations pour *pretium doloris*. Cela notamment parce que les difficultés rencontrées et le coût de la procédure tendent déjà à exclure du système un nombre assez important de cas de lésions légères.

Je propose une seconde restriction en ce qui concerne l'indemnisation du *pretium doloris* : son plafonnement serait fixé à 150 000 dollars et suivrait l'inflation. Weiler préconise quant à lui la création d'un barème qui indexerait le montant de l'indemnisation sur la gravité du préjudice subi. En haut figureraient

les préjudices les plus graves : un enfant rendu aveugle ou quadriplégique à la naissance. Le barème prendrait en compte l'âge de la victime et donc le nombre d'années de souffrance qu'il lui reste à vivre. Les parties, en cas de transaction, les juges et les jurés, en cas de procès, auraient à déterminer à quelle place du barème se rattachent les faits de la cause.

Ce barème comporterait évidemment un plafond. Mais Weiler affirme qu'actuellement les plafonds fonctionnent de la façon suivante : les jurés décident du montant des dommages et intérêts à attribuer à la victime, sans tenir compte du plafond, et le juge ne l'applique par la suite que comme une limite. De sorte que des préjudices de gravité très différente sont traités de la même manière.

Mais Weiler accorde que, pour atteindre le bas du barème, la victime devrait avoir subi le type de préjudice grave que j'ai moi-même défini comme seuil pour bénéficier d'une indemnisation pour *pretium doloris*.

J'ai fixé le plafonnement de l'indemnisation à 150 000 dollars parce que cette somme peut permettre aux victimes de toucher un revenu régulier de 1 000 dollars par mois. Cette somme marque une différence importante dans le pouvoir d'achat de la plupart des Américains, tout en ne faisant pas de son bénéficiaire un riche.

3. Imputation des frais de justice

La règle américaine veut que, dans presque tous les cas de faute médicale, et, plus généralement, dans les cas de dommages corporels à la personne, les deux parties paient les frais de justice leur incombant. Weiler, O'Connell et moi-même sommes d'accord pour dire qu'il faudrait modifier cet état de choses : la partie gagnante devrait bénéficier, au titre des dommages et intérêts, d'une réduction de ses frais de justice.

La victime, même lorsqu'elle perd son procès, ne devrait pas avoir à payer les frais de justice du défendeur. Exception faite des recours infondés, intenter une action en justice n'est pas condamnable. Dans le système actuel, les frais de défense contre les recours bien fondés représentent une part non négligeable des dépenses des médecins. Et, dans la mesure où il est essentiel que les victimes puissent bénéficier des services d'un avocat, il est juste que, lorsqu'elles gagnent leur procès, elles puissent obtenir du défendeur le paiement des frais réels engagés. C'est d'autant plus vrai si l'on tient compte du fait que les règles actuelles concernant l'indemnisation du *pretium doloris* et le bénéfice des sources indirectes, que nous proposons de modifier, servent actuellement à payer l'avocat de la victime.

Pratiquement, on pourrait imaginer que les victimes victorieuses touchent des dommages et intérêts pour frais de justice proportionnels et dégressifs au fur et à mesure que l'indemnité augmente, de 40 % pour les premiers 50 000 dollars attribués, à 15 % au-delà de 600 000. Des sommes inférieures ou supérieures pourraient être attribuées dans des cas spécialement faciles ou

difficiles. Pour les cas qui trouvent une solution au début de la procédure, les dommages et intérêts pour frais de justice devraient être diminués.

Si Weiler accepte que les frais de justice représentent un pourcentage du total des dommages et intérêts alloués, il propose que ces sommes ne dépendent pas de leur montant, mais du moment de la procédure où l'affaire trouve sa solution (15 % si elle est résolue avant le procès, et 35 % si elle l'est après).

Notre désaccord tient à ce que nous n'avons pas la même opinion de l'état actuel du marché américain des services juridiques : je le crois loin d'être parfait, alors que Weiler pense le contraire. Mon barème reflète les taux d'un marché compétitif, le sien, la pratique américaine actuelle, où les avocats touchent un pourcentage fixe quel que soit le montant des dommages et intérêts.

4. Effet probable

Vu la grande diversité des législations déjà adoptées aux États-Unis ces vingt dernières années, l'entrée en vigueur des propositions de Weiler provoquerait des effets différents d'un endroit à un autre. Dans les États qui ont déjà renversé la règle des sources indirectes et plafonné les dommages et intérêts pour *pre-tium doloris* ou qui ont plafonné l'ensemble des dommages et intérêts, le coût total du système risque d'augmenter pour les médecins. En revanche, dans un État toujours régi par les règles du droit commun, le projet Weiler devrait réduire leur charge. Dans tous les cas, cela permettrait que les sommes versées soient réparties sur les victimes d'une façon que l'on peut considérer comme socialement plus souhaitable.

5. Une idée nouvelle : la responsabilité de l'organisation

Weiler recommande également ce qu'il appelle la responsabilité de l'organisation. Cela signifie que, pour les préjudices subis au sein des institutions de soins (les hôpitaux, principalement), c'est l'établissement qui serait responsable de la faute du médecin et non ce dernier.

Les victimes ne pourraient plus poursuivre en justice leurs chirurgiens ou leurs anesthésistes, mais intenteraient un procès à l'hôpital. Les médecins seraient considérés comme des salariés des hôpitaux, même si, la plupart du temps, ce sont, sous tous les autres aspects, des travailleurs indépendants. Cela ferait que les médecins ne pourraient plus être attirés individuellement devant les tribunaux, excepté lors des fautes médicales commises dans leur cabinet privé. Ils n'auraient donc plus à contracter une assurance individuelle pour couvrir leur responsabilité. Cela généraliserait une situation fréquemment rencontrée dans les organisations de soins américaines, dans certaines universités et hôpitaux publics où les médecins sont des salariés de l'hôpital, ou du groupe médical affilié, et n'ont pas à prendre d'assurance personnelle pour couvrir leur responsabilité. Bien que ces médecins puissent en fait être attirés

comme défendeurs, ils apprécient le fait que toute indemnité versée le sera par l'employeur ou son assureur. En d'autres termes, selon la proposition de Weiler, les médecins seraient traités comme les pilotes de ligne, qui ne sont pas tenus de prendre une assurance à titre individuel pour couvrir les responsabilités qu'ils pourraient encourir en cas d'accident aérien.

Ainsi :

- les hôpitaux pourraient mieux intégrer les charges de la responsabilité dans le budget global des soins dispensés que les médecins ne peuvent le faire actuellement ;
- les médecins ne travailleraient plus dans la crainte qu'un jugement ne soit prononcé contre eux individuellement, ce qu'ils ressentent comme une injustice.

La réserve principale, émise par Weiler lui-même, sur cette proposition concerne le comportement des médecins : ils risqueraient d'être moins vigilants. Il conclut pourtant que la responsabilité de l'organisation devrait conduire à une diminution du nombre des accidents. Il pense, en effet, que les hôpitaux réagiraient à la menace pesant sur eux par des contrôles plus efficaces sur les médecins.

III. VERS UN SYSTÈME - NO FAULT - POUR LES ACCIDENTS MÉDICAUX

1. Descriptif du système

Sur un plus long terme, Weiler recommande l'institution d'un système *no fault* couvrant toutes les victimes de soins médicaux. Tout patient hospitalisé, victime d'un traitement médical et handicapé pendant six mois ou plus, aurait droit à une indemnisation de la part de l'hôpital, qu'il y ait eu faute ou non. L'indemnisation couvrirait les pertes financières (perte de revenus, production familiale perdue, dépenses médicales et de rééducation) qui ne sont pas couvertes par les systèmes d'assurance sociale ou personnelle les plus répandus. Elle comprendrait également des sommes modestes pour dommages non économiques, destinées aux invalides graves et permanents. Elle serait fondée sur un barème prenant en compte l'âge de la victime au moment de l'accident et la nature de l'incapacité.

Weiler n'est pas le premier à recommander l'approche *no fault* pour les accidents médicaux. O'Connell l'avait proposé il y a presque vingt ans⁵, les Prs Clark Havighurst et Laurence Tancredi, aussi⁶. Ce qu'il y a de vraiment nouveau dans l'analyse de Weiler est la thèse selon laquelle le système est viable, et peut couvrir l'ensemble des préjudices subis, sous réserve qu'on en limite le bénéfice aux victimes des préjudices les plus graves.

On disait qu'il serait souvent très difficile ou onéreux de déterminer quand le dommage avait ou non été provoqué par un traitement médical. Si, après tout,

beaucoup de malades sortent de l'hôpital dans un état pire que lorsqu'ils y sont entrés, cela ne tient pas tant au médecin ou personnel de l'hôpital qu'à leur mal qui, plutôt que de s'améliorer, s'est aggravé. Les partisans du système *no fault* ne proposent pas d'inclure ce type de situation. L'établissement médical ne peut être tenu pour responsable des malades qui meurent ou dont l'état s'aggrave à cause d'une maladie dont ils souffraient au moment de leur hospitalisation. Le système *no fault* n'est destiné à couvrir que les personnes qui ont été victime accidentellement du système, qu'il s'agisse ou non d'une faute. Par ailleurs, on craignait que, eu égard au système actuel, il revienne très cher d'indemniser tous les patients qui auraient subi accidentellement un préjudice au cours d'un traitement médical.

Confrontés à ces difficultés, les défenseurs du système *no fault* ont voulu établir la liste des préjudices typiques provoqués par des accidents médicaux, en comprenant leurs conséquences financières. Le système *no fault* ne couvrirait alors que les cas figurant sur la liste. Cette liste pourrait être dressée par le législateur ou résulter de conventions décentralisées, les hôpitaux convenant à l'avance avec leurs patients que les préjudices spécifiés seront couverts par un plan *no fault*, et non par la législation relative à la responsabilité médicale.

Weiler soutient que l'étude de Harvard révèle deux faits allant à l'encontre des préjugés traditionnels. Il apparaît d'abord qu'il n'est pas si difficile de déterminer qu'un patient a été ou non victime d'un accident médical. Selon l'avis des médecins experts, 5 % seulement de ces cas sont litigieux. Ainsi, bien qu'il soit théoriquement facile de multiplier les exemples où il est excessivement délicat de décider si le patient est couvert ou non par le plan, pratiquement, ces situations ne se présentent que rarement. En outre, si l'on considère qu'il y a eu cinquante fois plus de victimes d'accidents médicaux que d'indemnisation judiciaire, restreindre le système *no fault* à moins d'un quart des victimes gravement atteintes, et ne les indemniser que pour leurs pertes nettes, semble rendre le système économiquement viable. Ainsi le système *no fault* pourrait se substituer au système juridique actuel au moins en ce qui concerne les accidents médicaux survenant dans les hôpitaux.

2. Effet probable

En n'entrant en jeu qu'après les sources d'indemnisation primaires, le système *no fault* proposé par Weiler est beaucoup mieux ciblé sur les besoins réels que les systèmes de *no fault* personnels existants et que les systèmes d'indemnisation d'accidents du travail.

Les principaux bénéficiaires du système seraient ceux qui n'ont pas souscrit une assurance personnelle : les femmes au foyer, les enfants et les étudiants, les demandeurs d'emploi temporaire et les employés du secteur secondaire ayant des ressources modestes ou travaillant pour de petits employeurs n'ayant pas pris des plans de protection sociale suffisants pour leurs employés.

3. Redistribuer les charges

Il existe trois sources principales de financement du nouveau système :

- la première proviendrait de la réduction des indemnités versées à ceux qui sont les mieux indemnisés dans le cadre du droit actuel de la responsabilité médicale ;
- la deuxième est la réduction du coût de traitement des réclamations. Weiler pense que le système *no fault* permettrait de ramener ces frais au niveau de ce qu'ils sont en matière d'accidents du travail (de 15 à 20 %), alors qu'ils s'élèvent actuellement à plus de 50 % des primes d'assurance de responsabilité. On utiliserait un mécanisme administratif d'indemnisation, comme la Sécurité sociale le pratique pour déterminer les droits aux pensions d'invalidité. Weiler n'est pas hostile à une récente proposition de l'American Medical Association (Ama) qui prévoit de transformer le système judiciaire actuel en un système administratif expert⁷. Mais, aux yeux de Weiler, la position de l'Ama est beaucoup trop timide dans la mesure où elle maintient le critère de faute comme condition d'entrée dans le système. Weiler trouve cependant intéressante l'idée de l'Ama d'avoir recours à des magistrats spécialement formés pour décider des cas litigieux. Le but est de limiter le recours aux avocats. Si le système de réparation des accidents du travail aux États-Unis n'a pas rendu superflue la présence d'avocats pour les victimes, les frais y sont beaucoup moins élevés que dans le cas des dommages corporels à la personne ;
- la troisième source de financement viendrait de l'élimination des réclamations pour petit préjudice. L'approche de Weiler s'écarte de la pratique du *no fault* automobile où, mis à part des États comme le Michigan et New York, le système est conçu presque entièrement pour les cas de petit préjudice, et non pour les cas plus graves. Le *no fault* personnel ne comprend qu'une faible franchise, ou pas de franchise du tout, ne s'applique pas aux préjudices graves, et l'indemnisation est plafonnée à des niveaux très bas, de l'ordre de 10 000 dollars. Les personnes qui ont subi un préjudice grave doivent recourir au droit sur les dommages corporels à la personne. Le plan médical *no fault* de Weiler ne couvre pas les victimes de petits préjudices ; il les prive également de leur droit à entamer une procédure.

4. Comment aborder le problème des victimes de petits préjudices ?

A mon avis, les victimes de petits préjudices devraient être exclues du plan médical *no fault*, et les États-Unis devraient élaborer un système de protection sociale plus fort, destiné à toutes les personnes victimes d'une incapacité de six mois ou plus. Il comprendrait des prestations de santé raisonnablement garanties pour incapacités mineures et bien désignées, ainsi que des revenus de remplacement pour le court terme. La mise en place d'un pareil dispositif rendrait, je crois, le plan Weiler politiquement beaucoup plus acceptable.

Du côté santé, on assiste déjà à un mouvement important, tant au niveau des

États qu'au niveau fédéral, visant à transformer l'approche disparate actuelle en une assurance maladie nationale plus globale. Le système actuel n'offre à la majeure partie des gens que la possibilité d'avoir accès à des hôpitaux locaux et aux services d'urgences, qui souvent se ruinent à essayer d'offrir des prestations à des patients qui ne paient pas. Je peux paraître excessivement optimiste, mais je vais partir de l'hypothèse que ce problème sera résolu dans un avenir proche.

Bien qu'actuellement il retienne moins l'attention, le problème de revenus de remplacement pour le court terme est aussi à portée de main des États américains. On peut penser à deux solutions : la plus simple⁸ est inspirée des programmes d'assurance invalidité temporaire qu'on trouve en Californie, à New York et dans quelques autres États. Ces plans couvrent une faible fraction des revenus des travailleurs qui ne peuvent exercer leur profession en raison d'une invalidité sans rapport avec leur activité professionnelle (maladies ou accidents sans rapport avec le travail). Ma proposition étendrait la couverture à environ 85 % du salaire net, et jusqu'à deux fois le salaire moyen de l'ouvrier, couvrant ainsi la plupart des salaires de tous les travailleurs. Mon plan couvrirait également les invalidités de courte durée liées ou non au travail, afin que la législation sur les accidents du travail n'ait plus à traiter de ces réclamations. Si une bonne couverture santé était garantie pour tous, le système de réparation des accidents du travail pourrait ne se consacrer qu'aux accidents les plus sérieux. L'indemnisation pour perte de revenu durerait au moins six mois, avec une période d'attente d'une ou deux semaines. Cette franchise serait compensée par l'adoption d'une loi rendant obligatoire une couverture pour congé de maladie, déjà largement pratiquée dans les moyennes et grandes entreprises, et dans un nombre croissant de petites entreprises. Si ces dispositions étaient adoptées, les besoins d'indemnisation de perte du salaire à court terme seraient bien couverts et ne devraient plus relever ni du droit commun de la responsabilité médicale ni du système *no fault* de Weiler⁹.

IV. ÉLARGISSEMENT DE LA PROTECTION SOCIALE ET SÉPARATION DE LA PRÉVENTION ET DE L'INDEMNISATION

1. L'indemnisation globale

Le plan *no fault* de Weiler est destiné aux hôpitaux, les médecins n'étant plus individuellement responsables des accidents médicaux que les malades peuvent subir durant leur hospitalisation. Weiler justifie sa position en arguant du fait qu'imputer les coûts à des organisations aussi complexes que les hôpitaux favorisera une pratique médicale plus sûre et plus économique.

Autrement, Weiler conviendrait certainement qu'il n'y a aucune raison pour faire un sort spécial à l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Après tout, une fois que l'on abandonne le critère de faute, on ne peut plus vraiment soutenir que la victime d'un traitement médical a davantage droit à la couverture

de ses dommages que quelqu'un qui subirait un préjudice directement en raison d'une maladie, d'une maladie congénitale ou d'un accident survenu hors de l'hôpital.

Parce que je pense que tous les Américains victimes d'une incapacité, quelle qu'en soit la cause, devraient bénéficier d'un système prenant en charge leurs dépenses de santé et les dépenses connexes compensant de façon raisonnable leur perte de salaire, je préfère de loin une solution d'indemnisation globale ne faisant aucune distinction entre, disons, les accidents médicaux, les accidents personnels, les accidents causés par un produit, les accidents du travail, etc. Une telle solution s'appuierait sur un système de sécurité sociale élargi et sur la nécessaire augmentation des prestations obligatoires pour les salariés¹⁰.

2. Avons-nous besoin d'un plan médical - no fault - pour la prévention des accidents ?

Que doit-on penser de l'idée de systèmes qui, tel celui que propose Weiler, font supporter les coûts à ceux qui sont en position de réduire les accidents, afin d'en réduire la fréquence ? Il y a deux réponses à cette question :

- la première a été donnée par Marc Franklin il y a plus de vingt ans¹¹ et reprise par Richard Pierce il y a plus de dix ans¹². On peut imaginer un plan d'indemnisation globale qui ne distingue pas entre les causes du dommage pour l'attribution des prestations, et serait financé par des cotisations variant avec le nombre et la gravité des accidents provoqués par ceux qui financent le système, ce qui évidemment pourrait inclure les hôpitaux ;
- la seconde conteste l'exigence de prévention. Elle soutient que la réduction du nombre des accidents médicaux implique des mécanismes de contrôle du comportement indépendant des hôpitaux qui ont un intérêt financier à payer des indemnités *no fault* plus faibles ou à verser des cotisations moins fortes au fonds d'indemnisation¹³.

D'un côté, le système *no fault* mis à la charge de l'organisation crée pour les hôpitaux des motivations socialement perverses : comme les employeurs en matière d'accidents du travail, ils seront conduits à se battre contre les réclamations en argumentant que le préjudice est la conséquence de l'état de santé qui a motivé l'hospitalisation. Des pressions seront donc exercées, à l'intérieur de l'hôpital, pour regrouper les informations permettant d'arriver à cette conclusion. Il est probable que certains hôpitaux estimeront financièrement intéressant de ne pas admettre les patients dont l'état de santé fait des patients à risque, qu'ils décourageront ou interdiront la prescription d'un traitement médical risqué, même lorsque l'accueil du patient et la prescription du traitement plus risqué seraient socialement désirables.

D'un autre côté, en dehors de la crainte que les tribunaux développent une jurisprudence qui les rendrait responsables de la faute des médecins, les hôpitaux ont déjà de fortes motivations pour contrôler la conduite des médecins indépendants. D'abord, aucun hôpital ne veut faire sa réputation sur le fait

que les erreurs médicales y sont plus fréquentes qu'ailleurs. Ensuite, directeurs et conseils d'administration des hôpitaux sont soucieux des soins prodigués aux patients. Il est vrai que les directeurs d'hôpital se considèrent de plus en plus comme des chefs d'entreprise, mais on ne peut contester l'importance de leur engagement pour la qualité des soins médicaux. De toute façon, si les considérations de gestion doivent prévaloir, je crois que la volonté actuelle de réduire les dépenses de santé sont aussi pour les hôpitaux une invitation à ce que les médecins exercent leur profession correctement. En effet, si le médecin commet une erreur qui prolonge l'hospitalisation, cette prolongation risque de ne pas être prise en charge par l'assureur, public ou privé, du patient.

Cela ne veut pas dire qu'aujourd'hui les hôpitaux contrôlent suffisamment les médecins qu'ils emploient ni qu'ils renvoient les médecins incompetents s'il faut avoir recours à cette solution radicale. Les mêmes problèmes continueraient d'exister avec le plan *no fault* de Weiler.

L'étude de Harvard a cherché à apporter de nouvelles preuves de l'effet du droit de la responsabilité civile sur le comportement du médecin au moyen d'une étude économétrique fondée sur le fait que la probabilité de poursuites judiciaires pour faute médicale varie considérablement d'un endroit à un autre à l'intérieur même de l'État de New York. Weiler lui-même exprime des doutes sérieux sur la réalité de l'effet du droit de la responsabilité pour faute sur l'amélioration des soins médicaux. Il pense toutefois que le droit de la faute a un petit effet préventif.

Si Weiler avait raison, on devrait constater un taux plus faible d'erreurs médicales dans les hôpitaux appartenant aux organisations de santé que dans les hôpitaux où pratiquent des médecins indépendants. Après tout, dans le système actuel de responsabilité, les organisations de santé sont confrontées à la même responsabilité de l'organisation que celle que préconise Weiler. Mais je n'ai rien trouvé ni dans l'étude de Harvard ni ailleurs qui démontre que les hôpitaux qui ont des médecins salariés réagissent avec une méthode de prévention plus élaborée que ce que prévoit Weiler dans le modèle économique simple. Cela peut s'expliquer par le fait que, dans la mesure où les accidents médicaux sont causés par des étourderies ou des erreurs d'attention, il est extrêmement difficile de les éviter.

En outre, Weiler souligne lui-même une nouvelle évolution de la réglementation très prometteuse en terme de réduction du nombre des accidents médicaux qui n'a rien à voir avec une stratégie d'internalisation des coûts. Pour dire vite, il serait préférable que les commissions médicales exigent que la gestion du risque soit prise en charge par les hôpitaux et que le rapport d'enquête du médecin soit effectué par ses pairs, au lieu que ce soit les commissions qui enquêtent et engagent les poursuites directement contre les médecins.

Il est certain que ces commissions ne disposent pas des ressources suffisantes pour exercer leurs fonctions de régulation avec l'efficacité qu'on pourrait souhaiter. Il semble juste d'utiliser une partie de l'argent économisé en rédui-

sant les frais liés à la recherche de la cause du préjudice subi par la victime au renforcement de la réglementation, comme cela se passerait si l'on remplaçait les plans médicaux *no fault* par un système d'indemnisation globale accident et invalidité.

3. Le système - *no fault* - : une étape

On peut défendre le système *no fault* de Weiler non comme la meilleure solution à long terme, mais comme une étape vers un système plus global d'indemnisation des invalides graves. Pour prendre en compte les réalités politiques, le système *no fault* pourrait être librement expérimenté dans certains hôpitaux ou dans certains États.

Si, en même temps, mon plan élargi d'assurance invalidité temporaire était adopté et complété par un solide système national d'assurance maladie, seules les victimes les plus sérieusement touchées auraient à faire avec le droit de la faute médicale, avec le système de réparation des accidents du travail ainsi qu'avec les plans personnels *no fault* ou avec tout autre plan *no fault*.

Dans une autre étape, il est possible que les États américains promulguent une série de dispositifs concernant les victimes de préjudices graves – notamment, les victimes d'accidents médicaux, d'accidents d'avion, de prescription de médicaments, d'effets secondaires de vaccins, d'accidents sportifs lors de rencontres organisées, ainsi que d'accidents personnels ou du travail.

Plutôt que de continuer à multiplier les systèmes qui couvrent des groupes toujours plus limités, il serait plus sage de regrouper cette prolifération de systèmes en un système unique d'indemnisation. Il faudra alors discuter pour savoir si ce plan global doit être défini en termes d'accidents, comme en Nouvelle-Zélande¹⁴, ou en termes plus larges d'invalidité grave, comme je l'ai proposé. D'ici là nous saurons mieux si la responsabilité *no fault* des organisations pour accidents médicaux aura réellement amélioré la situation du patient. Dans ce cas, le financement du plan global pourrait être fondé sur une augmentation des cotisations des hôpitaux où les accidents médicaux sont les plus nombreux. Ou si, comme je le crois, nous concluons (comme cela se passe en Nouvelle-Zélande) qu'il n'est pas utile d'ajuster les cotisations avec précision, le plan global pourrait alors être financé par des ressources plus larges ■

NOTES :

1. *Harvard University Press, 1991*
2. *Patients, Doctors, and Lawyers: Medical Injury, Malpractice Litigation, and Patient Compensation in New York, 1990.* Dans cette étude - est considéré comme accident -, tout événement qui prolonge l'hospitalisation du patient d'un jour au minimum ou qui provoque sa mort.
3. *Des préjudices peuvent également être causés dans les cabinets des médecins - c'est le cas de 13 % des plaintes pour faute médicale, contre 81 % lors des hospitalisations, et le reste dans d'autres institutions, telles les maisons de santé. Nous connaissons beaucoup moins, cependant, les fautes qui se produisent hors des hôpitaux et donc la proportion des victimes qui intentent un procès et le gagnent.*

4. Cf. Jeffrey O'Connell, • *A Proposal to Abolish Contributory and Comparative Fault, With Compensatory Savings by Also Abolishing the Collateral Source Rule* •, U.I.L. Rev. 591 (1979) ; Jeffrey O'Connell, • *A Proposal to Abolish Defendants' Payment for Claimants' Attorneys' Fees* •, U.I.L. Rev. 333 (1981). Mes recommandations ont été publiées dans Stephen D. Sugarman, • *Doing Away With Personal Injury Law* •, chapitre 8 (1989) , et Stephen D. Sugarman, • *Serious Tort Law Reform* •, 24 *San Diego Law Review* 795 (1987).
Nous avons, O'Connell et moi-même, proposé que, dans ce dispositif, les victimes bénéficient d'un avantage supplémentaire en supprimant la possibilité d'invoquer sa faute. La faute de la victime ne pourrait constituer ni un obstacle à son indemnisation ni un motif de sa réduction, parce que, sauf dans les cas où la victime se blesse volontairement, le dommage corporel dont elle souffre suffit à compenser sa faute. Par ailleurs, cette suppression ramène la règle d'indemnisation pour faute médicale à ce qui se pratique dans les systèmes modernes d'assurance sociale. De toute façon, dans la présente hypothèse, la faute de la victime est rarement un problème.
Je souhaiterais aussi que les plaignants abandonnent certains • dommages pénéaux •, en soumettant au juge plutôt qu'aux jurés le jugement de leurs droits et de la somme à fixer. Cela rapprocherait le droit des • dommages pénéaux • dans le cas de dommages corporels des règles de droit civil selon lesquelles un juge peut accorder une somme supplémentaire importante pour compenser les frais de justice lorsqu'ils agissent d'une action de groupe et que les avocats ont su prouver au tribunal le très mauvais comportement des défendeurs. De toute manière, la question des • dommages pénéaux • ne joue qu'un rôle secondaire dans le domaine de la responsabilité médicale.
5. Jeffrey O'Connell, • *Expanding No Fault Beyond Auto Insurance : Some Proposals* •, 1973 *Virginia Law Review* 749, 1973.
6. Clark C. Havighurst et Laurence R. Tancredi, • *Medical Adversity Insurance, - A No Fault Approach to Medical Malpractice and Quality Assurance* •, 5 *Milbank Memorial Fund Quarterly* 125 (1973).
7. Cf. le rapport de l'American Medical Association/ Specialty Medical Liability Project, *A Proposed Alternative to the Civil Justice System for Resolving Medical Liability Disputes ; A Fault Based, Administrative System* (Chicago : AMA, 1988). Pour une analyse plus approfondie de la proposition de l'AMA, se reporter au séminaire, *Taking Medical Malpractice Out of the Courts*, 1 *Courts, Health Science & Law* 1 (1990).
8. Cf. S. Sugarman, • *Doing Away With Personal Injury Law* •, p. 169-172, et Sugarman, • *Serious Tort Law Reform* •, p. 808-815.
9. Cf. la solution que je préconise pour la compensation des pertes de revenu à court terme, in Sugarman, • *Doing Away With Personal Injury Law* • aux pages 135-136, et *Short-Term Paid Leave : - A New Approach to Social Insurance and Employee Benefits* •, 75 *Calif L Rev.* 465 (1987).
10. Cf. Sugarman, • *Doing Away With Personal Injury Law* •, chapitre 6, p. 127-152.
11. Cf. Marc A. Franklin, • *Replacing the Negligence Lottery : Compensation and Selective Reimbursement* •, 53 *Va L Rev.* 774 (1967).
12. Cf. Richard J. Pierce, • *Encouraging Safety : The Limits of Tort Law and Government Regulation* •, 33 *Vand L R.* 1281 (1980).
13. Mes arguments contre la loi sur la responsabilité civile comme moyen de dissuasion efficace sont exposés dans Sugarman, • *Doing Away With Personal Injury Law* •, chapitre 1, p. 3-4.
14. Cf. Terrence G. Ison, • *Accident Compensation* •, 1980, et Geoffrey W.R. Palmer, • *Compensation for Incapacity* • (1979).