

RAPPORT AUX MINISTRES

Introduction

Le présent rapport fait suite à la lettre de mission du 8 octobre 2008 qui avait notamment pour objectif « de définir les conditions et les modalités de mise en place, d'une part, d'un dispositif de mutualisation plus large par l'assurance de la responsabilité médicale permettant une amélioration des garanties et, d'autre part, d'un dispositif de solidarité entre plusieurs professions de santé pour la prise en charge des primes ».

I - UN MARCHÉ SINGULIER

Tout marché a sa singularité mais le marché de la RCM en a plusieurs qui obèrent son fonctionnement.

Les principes fondamentaux de ce marché font difficulté puisque, si l'assureur est naturellement libre de fixer le montant de la prime, la garantie qu'il accorde est limitée, alors que le juge est libre de fixer le montant de l'indemnisation. Il en résulte ce qu'il est convenu d'appeler des « trous de garantie », affectant la durée d'exposition du professionnel de santé au risque de réclamation (« l'expiration »), ou la couverture du sinistre par la garantie (« l'épuisement »).

Le dispositif est donc, paradoxalement, source d'incertitude et de précarité. Certes, la survenance des trous de garantie est actuellement rare et même exceptionnelle, mais elle n'est pas pour autant acceptée par les professionnels de santé et on ne peut exclure que la hausse à venir du nombre de réclamations (cf. infra III) en accroisse la fréquence.

A cette faiblesse initiale s'ajoutent des caractéristiques propres au marché de la RCM dont les effets affectent son fonctionnement.

A. Un marché étroit

Selon l'Autorité de contrôle prudentiel (1), les primes RCM émises en 2009 s'élèvent à 478 M €, soit 0,75 % des primes émises en assurance non vie. Il n'a donc rien d'incon-

tournable pour les assureurs généralistes, qui s'en sont d'ailleurs détournés pour l'essentiel, ni pour les autorités de surveillance ou de tutelle, ce qui peut expliquer les carences voire les contradictions affectant le cheminement législatif et réglementaire suivi depuis 2002 pour en rationaliser le fonctionnement.

De même, le nombre réduit d'établissements et de professionnels assurés limite la mutualisation du risque, fondement de l'approche assurantielle, ce qui distingue l'assurance RCM de l'assurance automobile, couvrant également des dommages corporels, offrant une garantie illimitée, mais reposant sur une large mutualisation du risque.

B. Une offre réduite et cloisonnée

Selon le rapport précité de l'ACP, portant comme l'y invite la loi, sur l'assurance des disciplines à risque (2), il existe 15 opérateurs sur le marché. Toutefois, le rapport précise que les deux premiers opérateurs représentent 68 % des primes pour la gynécologie obstétrique, 78 % pour l'anesthésie réanimation et 83 % pour la chirurgie. La concurrence joue donc sous forme oligopolistique, comme le précise le rapport. Une ventilation plus fine conduit à constater une segmentation significative de la couverture du risque qui paraît aller croissant avec le niveau des risques : 7000 des 11000 professionnels libéraux relevant des disciplines à risque sont assurés par un seul opérateur, lequel apporterait sa garantie à 60 des 80 neurochirurgiens libéraux en exercice.

Pareille situation limite fortement la dimension concurrentielle de ce marché et oblige à accorder une grande attention à toute évolution du nombre effectif d'opérateurs. Ainsi, le retrait d'un des 3 opérateurs principaux pourrait créer une situation critique, analogue à celle vécue en 2002, dans un premier temps, et ensuite à une inflation du montant des primes.

C. Une sinistralité complexe

Le débat est focalisé sur le risque de ruine couru par les trois principales disciplines à risque (obstétrique, chirurgie et anesthésie-réanimation) qui émeut légitimement les praticiens de ces disciplines. La pauvreté statistique due, pour partie, au faible nombre de sinistres de ce type, ne doit pas occulter la diversité des situations présentes :

Les sinistres graves, ou de crête, sont ceux, pour l'ACP, dont la charge nette de recours dépasse 200 000 €. Passés de 88 en 2004 à 230 en 2009, sans qu'une analyse pertinente puisse en être faite, suivant l'ACP, compte tenu de leur faible nombre. On relèvera donc

simplement que la hausse provient exclusivement des spécialités autres que les disciplines à risque bénéficiant d'une aide à la souscription versée par la CNAMTS. Pour ces dernières disciplines, le nombre total de sinistres passe de 230 par an environ, pour l'obstétrique à 183 en 2008. Le nombre de sinistres concernant la chirurgie varie entre 600 et 650 par an depuis 2005. Toujours pour ces disciplines le nombre de sinistres graves (>200) est inférieur à 20, dont un tiers à la moitié, suivant les années, concerne l'obstétrique.

S'agissant des très grands sinistres, la FFSA a effectué un recensement pour le compte de la présente mission, des sinistres clos ou en cours, supérieurs à 1M €, ouverts après 2000. Au nombre de 221, ils concernent, pour 45 % d'entre eux, l'obstétrique, 19 % les disciplines médicales, 10 % les disciplines chirurgicales et 9 % l'anesthésie -réanimation, l'urgence et la régulation.

Un autre recensement, effectué par la FFSA pour le compte de l'ORM, et concernant cette fois les seuls sinistres clos entre 2005 et 2010 a l'avantage de fournir des données définitives. 24 sinistres supérieurs à 1M € sont recensés dont 4 concernent l'obstétrique, 2 une sage-femme. En revanche 7 concernent des chirurgiens et 5 des généralistes dont le plus important de tous (7, 5 M €). Seulement trois dépassent le plafond réglementaire de 3 M €.

Passer du constat à l'analyse des tendances du marché, s'avère hors de portée. Force est de constater l'extrême difficulté qui marque l'obtention de données significatives et ce, pour de multiples raisons: le dispositif, créé par étapes depuis 2002, ne dispose pas encore d'un historique interprétable; les assureurs hésitent à communiquer des données qui pourraient éclairer la concurrence; les statistiques émanant des juridictions, quand elles existent, ne sont pas exploitables; enfin, la durée longue d'exposition au risque rend incertaine toute anticipation de sa valorisation.

Sans passé utile, éclatée dans l'espace, avec un futur aveugle, l'indemnisation crée une imprévisibilité majeure.

Il est logique, dans ces conditions, que les assureurs se soient d'abord attachés à constituer des provisions à l'aune de ces incertitudes. Le montant des primes augmente donc en fonction du provisionnement et non de la sinistralité, ce qui est source d'incompréhension voire de défiance de la part des professionnels de santé.

II - UN PRÉSENT INSATISFAISANT

Incontestablement, comme l'affirme la FFSA (cf. annexe II) le marché fonctionne. En attestent la chute des saisines du Bureau central de tarification (BCT), et la réduction de 20 % des contentieux qu'a entraîné la création de la filière CRCI-ONIAM. Mais fonctionne-t-il de façon satisfaisante et soutenable ? Que la FFSA parle d'« accalmie » n'est-il pas la pertinente expression de la grande fragilité de la situation actuelle ? Force est de constater 3 sources de fragilité et donc d'insatisfaction.

A. L'analyse de la sinistralité et la prévention du risque sont lacunaires

Il n'existe aucune base de données médicalisée des sinistres et il ne peut en être constitué tant que le vocabulaire et les descriptifs médicaux ne sont pas standardisés. La base de données de l'ONIAM est donc essentiellement financière, comprenant un descriptif sommaire de la nature du sinistre, qui ne peut constituer le point de départ d'une politique efficace de prévention du risque. Au demeurant, les organismes agréés des professionnels de santé (Gynerisque, orthorisq etc.) n'ont qu'un accès restreint aux données relatives aux sinistres alors qu'ils ont un intérêt direct à réduire la sinistralité. Dans ces conditions, il serait sans justification ni effet de reprocher aux assureurs le caractère beaucoup plus rustique que robuste de la prise en compte de la sinistralité, ou de l'exposition au risque d'un praticien pour l'assurer ou fixer le montant de sa prime. Dans la quasi-totalité des cas, il est tenu compte de facteurs très globaux de risque, tels que la discipline, la pratique de certains actes à risque élevé (par exemple les implants dentaires pour les chirurgiens dentistes) et, naturellement des sinistres antérieurs, mais pas de la fréquence de la pratique. Pourtant, la hausse de la fréquence entraîne le renforcement du niveau de compétence.

B. L'inégalité d'exposition au risque est vécue comme une injustice

Le principe de la réparation intégrale, sur lequel se fonde l'indemnisation de la victime, est la source d'un fait dérangent : à faute égale, l'exposition au risque de sinistre élevé est inégale : des fautes d'égale portée, commises par un gériatre et un obstétricien, vont donner lieu à des indemnisations d'un montant radicalement différent, ne serait-ce qu'en raison de la différence d'espérance de vie des victimes. De même, un praticien ayant simultanément une activité très forte et un haut niveau de spécialisation, par exemple dans la pratique de l'échographie grossesse ou la chirurgie du syndrome du canal carpien,

va créer et subir une situation paradoxale : la baisse de fréquence de la sinistralité profitera aux patients et est d'intérêt général, mais cette fréquence basse de sinistres, appliquée à un nombre élevé d'actes, va maintenir voire accroître l'exposition au risque du praticien.

C. Le triptyque prime-provision-sinistre est incertain

L'assurance RCM n'est pas une branche dans le sens réglementaire du terme. Le suivi du niveau des provisions s'opère donc sur déclarations des opérateurs, à l'ACP notamment, et est dépourvu d'historique alors qu'il s'agit d'un risque long. Sur ces bases, on doit constater un degré élevé d'opacité qu'il n'est de l'intérêt d'aucune des parties à la cause de maintenir. Pour en donner une première mesure, le tableau ci-dessous, demandé par le rapporteur à la FFSA dans le cadre de la mission, et qui a l'intérêt de donner un historique de 10 ans, fait apparaître un ratio proche de 10 entre les provisions et les indemnités de sinistres clos, une fois déduits les acomptes.



Enquête ponctuelle Responsabilité Civile Médicale Juillet 2010



Cette étude concerne les sinistres de responsabilité civile médicale ouverts après 2000, en cours ou clos supérieurs ou égaux à 1 million d'Euros vus au 31/12/2009 (ou à défaut au 30 juin 2010).
Les sociétés participantes représentent 90 % du CA du marché national.

		Nombre	%	Dont > 3M€	%	charge finale estimée (y compris les provisions) (K€)	dont règlement effectué (K€)
00.00	Non renseignée	3	1%	0	0%	4 147	1 024
01.00	Anesthésie, Réanimation. Urgence. Régulation	19	9%	8	13%	51 134	9 117
02.00	Disciplines biologiques	0	0%	0	0%	0	0
03.00	Anatomo-cytopathologiste	2	1%	2	3%	10 119	335
04.00	Disciplines chirurgicales	22	10%	1	2%	43 178	12 084
05.00	Chirurgie plastique. & esthétique	0	0%	0	0%	0	0
06.00	Obstétrique	99	45%	38	62%	290 480	34 639
07.00	Disciplines médicales	42	19%	8	13%	92 625	9 722
08.00	Autres professions médicales	18	8%	1	2%	29 311	4 951
08.01	Sage-femme	9	4%	2	3%	25 559	490
08.02	Chirurgien-dentiste	0	0%	0	0%	0	0
08.03	Autres	3	1%	0	0%	3 572	1 121
09.00	Pharmaciens	0	0%	0	0%	0	0
10.00	Professions paramédicales	0	0%	0	0%	0	0
10.01	Infirmiers diplômés d'Etat	1	0%	0	0%	1 041	0
10.02	Kinésithérapeute	1	0%	1	2%	4 532	32
10.99	Autres	2	1%	0	0%	3 278	257
	Ensemble	221		61		558 976	73 771

Ces données ont une portée limitée aux sinistres de plus d'1 M € ,lesquels sont toutefois, ceux qui peuvent créer un risque de ruine pour l'auteur de la faute. Une seconde mesure est fournie par les tableaux récapitulatifs de 6 années de sinistralité (2004-2009). Pour l'ensemble des disciplines à risque, la croissance des primes émises est de 59, 6 % ; la hausse des charges nettes de recours est de 31 % et celle des charges nettes de recours dépassant 200 000 € pour les sinistres dont la charge dépasse ce niveau, est négative (- 4, 5 %). Pour chacune des trois principales disciplines à risque, la situation est similaire : croissance soutenue des primes et diminution de la charge nette de recours depuis 5 exercices pour l'anesthésie-réanimation, 4 pour l'obstétrique et seulement 2 pour la chirurgie.

A elles seules ces données ne sont pas suffisamment probantes car elles portent sur des durées d'observation réduites, alors qu'il s'agit d'un risque long. De plus, les assureurs sont fondés à prendre en compte l'aléa que créent l'absence de référentiel unique d'indemnisation et le pouvoir qu'a le juge de fixer librement l'indemnisation. Cette liberté étant par ailleurs, constitutive par, construction, d'inégalités de situation entre les victimes.

L'approche prudentielle des assureurs est légitime, mais l'exigence de transparence que font naître des évolutions contrastées des primes, des provisions et du coût des sinistres clos, ne l'est pas moins. Une clarification sur ce point est d'autant plus nécessaire que l'information et le débat sur l'assurance RCM sont affectés par une confusion large entre le coût des sinistres clos et la valeur des sinistres provisionnés. Cette confusion alimente la crainte des praticiens et exerce potentiellement une pression à la hausse du montant des indemnités.

III - UN AVENIR A MAITRISER

Remédier aux insuffisances de l'actuel dispositif assurantiel passe par la prise en compte des évolutions prévisibles de la sinistralité. : il est très probable qu'on connaisse à l'avenir une montée continue du risque. Les spécialités de chirurgie, obstétrique et anesthésie réanimation constituent moins une singularité qu'une avant-garde des autres spécialités et professions de santé.

A. Une offre de soins à risque croissant

Quatre tendances lourdes jouent en ce sens : 1 - la multiplication et la généralisation des politiques de dépistage, alors que la fiabilité technique à 100 % de n'importe quel dépistage est hors d'atteinte. 2 - le développement d'une "médecine ultime", étendant son champ d'action aux âges et états pathologiques les plus fragiles. 3 - un "taux d'innovation bien supérieur à celui des industries ultra-sûres habituellement prises en référence, comme le nucléaire et l'aviation." 4 - un manque d'organisation des soins particulièrement aigu en France, où la dispensation relève encore largement de l'art et de l'artisanat. Chacune de ces tendances nourrit la hausse du risque.

- La première, dès lors qu'un dépistage atteint un taux élevé de succès (ex, détection de 80 % des trisomies 21), alimente le mythe du risque zéro. Rares, les échecs sont perçus comme des erreurs /injustices.
- Les nouveaux champs d'action, fruits de la seconde tendance, s'accompagnent de fréquences élevées d'échec.
- L'innovation "écrase" la démarche qualité en déplaçant continûment les cibles des échecs et erreurs à combattre.
- Enfin, puisqu'il est reconnu internationalement que le risque trouve sa source majeure dans les carences organisationnelles, notre pays peut être sur exposé au risque.

B. Une exigence croissante des patients

Il n'est pas besoin de développer cette évolution, connue et analysée, sinon pour relever que le mythe du risque zéro se nourrit de l'inorganisation de notre système de soins : la faiblesse de la politique d'éradication des risques évitables occulte l'existence de risques inévitables et rend inaudible tout discours de reconnaissance de ces risques. L'exigence croissante des patients n'est donc qu'en partie bénéfique et sa part d'illusions conduit logiquement les praticiens à développer ce qu'il est convenu d'appeler une médecine défensive, caractérisée par l'existence d'actes et prescriptions de précaution, dont la balance bénéfice /risque pour le patient est incertaine et le coût certain pour les assurances maladie obligatoire et complémentaire.

L'expérience britannique démontre que cette évolution peut être ralentie en tenant, en amont de la pratique médicale, des débats citoyens sur les priorités de soins et sur les risques évitables dont relèvent ceux qui apparaissent acceptables (ex, grossesses tardives). Il est, toutefois, peu contestable que le système de soins outre Manche est plus organisé

que le notre, légitimant les débats citoyens en les fondant sur des pratiques qui font preuve.

Au total, une approche raisonnable de la RCM invite à tenir compte de la hausse à venir de la sinistralité quels que soient les résultats obtenus en matière de sécurisation de l'activité médicale dans ses champs traditionnels. La fréquence de la sinistralité restera très variable entre les différentes professions de santé, liée à la mesure, aisée ou non, du résultat de l'activité de chacun. La kinésithérapie, la radio thérapie sont déjà concernées par de grands sinistres. Demain, la radiologie le sera, et probablement avant que ne le soit la psychiatrie.

IV - LES REFORMES

Définir un dispositif assurantiel robuste, mettant fin à l'inquiétude des professionnels de santé libéraux, mais aussi capable d'absorber la hausse probable du nombre de réclamations réclame une approche évolutive : l'appréhension de la RCM par les trois mondes de la santé, de la justice et de l'assurance est différente, même si elle est convergente. La priorité doit donc être donnée à la cohérence des mesures à prendre, plus qu'à leur complète mise en œuvre dès maintenant, quand leur achèvement fait encore débat et n'est pas indispensable.

A. Mettre fin à l'expiration

La différence existant entre la durée maximale de mise en œuvre de la garantie apportée par l'assureur (10 ans) et celle de mise en jeu de la responsabilité du praticien (28 ans) a déjà conduit les pouvoirs publics, par l'adoption de l'article 44 de la LFSS 2010, à limiter à 10 ans la période durant laquelle peut être mise en jeu la responsabilité du praticien fautif, appartenant à l'une des trois disciplines à risque élevé et pour les seuls dommages subis à l'occasion d'un acte lié à la naissance. A l'occasion du débat précédant le vote du PLFSS 2011, le gouvernement a étendu le bénéfice de cette réforme aux sages-femmes. Pour autant, le texte de l'article L 1142-21-1 CSP devrait être repris à plusieurs fins. Un premier motif, reconnu par tous, réside dans les faiblesses et lacunes affectant sa rédaction : il ne joue que si la victime a saisi une CRCI et non une juridiction ; la substitution de l'ONIAM au médecin et à l'assureur n'est pas prévue et, en cas d'épuisement, la victime

ne peut saisir l'ONIAM qu'à la suite d'une décision de justice. Les correctifs nécessaires ont fait l'objet de deux propositions de loi, à l'Assemblée nationale et au Sénat (3).

Par cette réforme le gouvernement est convenu du caractère excessif d'une mise en jeu de la responsabilité d'un praticien survenant près de 30 ans après les faits. La loi a donc éliminé un risque, faible mais réel, en fixant un délai raisonnable, sans réduire pour autant le droit à réparation intégrale pour la victime. La question qui se pose aujourd'hui est la double extension de cette protection, à l'ensemble des professionnels de santé, pour l'ensemble de leurs actes de soins et prescriptions. La généralisation de la limitation à 10 ans de la durée de mise en jeu de la responsabilité aurait une portée pratique très réduite car il n'existe pratiquement pas de mises en jeu au-delà de cette durée pour les professions et disciplines actuellement non concernées par l'article précité du CSP.

L'extension de la limitation à 10 ans de la mise en jeu de la responsabilité à l'ensemble de l'activité de soins a également - et pour la même raison - une portée pratique réduite, sinon, aujourd'hui, pour les généralistes et les masseurs-kinésithérapeutes, mais obéit à une préoccupation de cohérence puisqu'il est proposé également de mutualiser l'ensemble des professionnels de santé libéraux conventionnés pour les sinistres de crête (cf. mesure n° 3).

Mesure 1 : Etendre la limitation à 10 ans de la mise en jeu de la responsabilité à l'ensemble des professionnels de santé libéraux conventionnés et à l'ensemble de leur activité de soins.

B. Mettre fin à l'épuisement

La contribution de la FFSA (cf. annexe 2) dessine l'architecture d'un pool destiné à réunir tous les assureurs RCM opérant en France et couvrant tous les professionnels de santé libéraux et conventionnés.

Cette architecture appelle les commentaires et correctifs suivants :

a) La mutualisation de l'ensemble des professionnels de santé répond au constat d'une extension progressive et déjà entamée de l'exposition au risque de toutes ces professions. Elle permet d'éviter l'apparition de nouveaux trous de garantie, qui serait liée, cette fois, à l'appartenance à une profession non couverte par le pool.

Le pool étant destiné à couvrir les seuls sinistres de crête doit être financé par une cotisation qui tient compte de l'exposition au risque de ce type pour chaque profession de

santé ou groupe de profession à risque équivalent. Il apparaît plus opportun que la surcotisation soit fixée en valeur absolue et soit assortie d'un minimum (par exemple 10 ou 15 M €) qui rend effectivement solidaires tous les professionnels appelés à prendre en charge les mêmes patients à une étape ou à une autre de leur parcours de soins.

b) La plage de couverture envisagée par la FFSA est de 6 à 8 M € par sinistre pour le seuil inférieur et 15 à 25 M pour le seuil supérieur.

Un seuil supérieur fixé à 20 ou 25 M € répond très largement au risque observé, qu'il s'agisse des sinistres clos ou des sinistres en cours et provisionnés. Il reste que la demande des professionnels de santé porte sur la suppression du trou de garantie lié à l'épuisement. Les nombreux échanges avec les assureurs (FFSA) et les réassureurs (réunis au sein de l'APREF) ne permettent pas d'espérer obtenir leur accord à la mise en place d'une garantie illimitée. Aussi, la suppression de toute crainte éprouvée par les praticiens devrait-elle prendre la forme soit d'une dernière ligne de réassurance apportée par la Caisse centrale de réassurance, soit par une prise en charge par l'ONIAM du coût des sinistres au-delà du seuil supérieur du pool. Le caractère parfaitement virtuel, en l'état, de la mise en jeu de cette garantie illimitée, dans une approche assurantielle classique, en fait une question relevant d'un choix purement politique.

La fixation du seuil inférieur d'intervention du pool a, quant à elle, des conséquences pratiques très fortes. Un assureur, la MIC, dont le siège est à Dublin et dont l'actionnaire de référence est un assureur français, limite sa garantie au seuil minimal fixé par l'article 1142-4 CSP soit 3 M € par sinistre. La MIC considère que sa politique active de prévention du risque et de gestion des sinistres, qui s'impose à chacun de ses assurés rend inutile un relèvement de ce seuil lequel n'emporterait aucun bénéfice aux praticiens et créerait un fort risque d'inflation du coût des sinistres puis des primes.

La FFSA constate que les autres opérateurs ont porté leur plafond de garantie à 6 voire 8 M € par sinistre et considère que la fixation du seuil inférieur du pool à 3 M € restreindrait indûment le marché de l'assurance RCM, alors qu'une capacité existe.

Les considérants de chaque partie sont également recevables, ce qui avait d'ailleurs conduit à évoquer la création d'un pool avec un seuil inférieur de cession compris entre 3 et 10 M € au choix de la cédante. cette formule, qui existe déjà sur le marché, n'a finalement pas été retenue par les assureurs et les réassureurs. Ceci étant, créer un pool

jouant à partir de 6 à 8M € par sinistre, alors qu'un opérateur important limiterait sa garantie propre à 3M, reviendrait à maintenir ou recréer un trou de garantie.

Aussi faut-il envisager de relever le seuil de garantie réglementaire (art. 1142-4 CSP), ce que l'état du marché ne demande pas, pour assurer la continuité de la garantie. La fixation de ce seuil à 5 M € par sinistre représenterait un compromis raisonnable entre les opérateurs. L'effet sur le niveau des primes devrait être nul, à sinistralité constante, puisque le risque est considéré comme inexistant par la MIC et est déjà couvert par les autres opérateurs.

c) La FFSA souhaite que la couverture du risque par le pool soit répartie entre une ligne de coassurance et une ou plusieurs lignes de coréassurance. Les réassureurs auront sans doute une approche différente, ce qui sera sans effet sur la couverture des praticiens et l'indemnisation des victimes.

d) Le passage du plafond de garantie de 6/8 M € à 15/25 M € ne devrait pas entraîner de hausse des primes puisque, comme le relève justement la FFSA, à ce niveau le risque est théorique.

Mesure 2: Créer un pool réunissant tous les assureurs RCM opérant en France avec un seuil inférieur de 5M ? .

Mesure 3: Mutualiser l'ensemble des professionnels de santé libéraux et conventionnés pour les sinistres supérieurs à 3M ? ,via la création d'une surcotisation calculée en valeur et dotée d'un montant minimal.

C. Clarifier

Il est essentiel que toutes les parties prenantes aient une vue claire de la situation de l'assurance RCM et de son évolution, par discipline ou groupe de disciplines, en primes, provisions et sinistres. Cet objectif élémentaire ne peut être atteint tant que les données et les comptes de l'assurance RCM sont fondus dans l'assurance de RC générale. Le rapport remis le 31 juillet 2010 évoquait la création d'une branche d'assurance propre à la RCM. Depuis a été envisagé un mode de clarification plus simple, qui consisterait à donner à l'assurance RCM une autonomie comptable. Cette proposition fait l'objet d'une étude par la direction générale du Trésor, en voie d'achèvement.

Parallèlement, il est également nécessaire de clarifier le mode de provisionnement des sinistres, indépendamment du fait que la constitution du pool ne doit pas s'accompagner d'une quelconque distorsion de concurrence. La définition des règles de provisionnement relève de chaque compagnie d'assurance et l'instauration d'une norme commune n'apparaît nullement souhaitable. Mais c'est la connaissance de ces règles et l'évaluation du niveau de provisionnement, atteint et recherché par chaque assureur qui peut rétablir la confiance des assurés, instaurer une concurrence et justifier l'éventuelle hausse des primes. Une expertise du provisionnement de chaque opérateur par un cabinet de consultants financiers et son suivi régulier, est donc nécessaire.

Enfin, chacun s'accorde à reconnaître la portée limitée, définie par l'arrêté du 24 juin 2008, au rapport annuel élaboré par l'ACP à partir des données de nature comptable, prudentielle et statistique fournies par les opérateurs. La proposition présentée dans le rapport remis le 31 juillet 2010 est confirmée, à savoir confier à l'Observatoire des risques médicaux la tâche de redéfinir les objectifs du rapport et, partant, la nature des données dont doit disposer l'ACP pour ce faire.

Mesure 4: Instaurer l'autonomie comptable de l'assurance RCM.

Mesure 5: Soumettre à expertise le provisionnement de chaque opérateur.

Mesure 6: Redéfinition par l'ORM du contenu (objectifs et données) du rapport annuel de l'ACP.

D. Prévenir

Au cours de l'exécution de la présente mission, tous les professionnels de santé rencontrés ont exprimé avec force leur volonté d'être le moteur d'une prévention efficace du risque. Les succès enregistrés par les anesthésistes-réanimateurs en ce domaine a joué sans doute autant que la prise de conscience de l'existence d'importantes marges de manœuvre. La constitution de bases de données médicalisée étant hors d'atteinte, du moins pour l'instant, une approche pragmatique de la prévention du risque s'impose, ce qui revient à placer les praticiens au cœur de la démarche de prévention. Les organismes agréés par la Haute autorité de santé pour l'accréditation paraissent les mieux placés pour organiser la prévention. Encore est-il nécessaire qu'ils bénéficient d'un accès large aux données pertinentes, c'est-à-dire d'une part les expertises, anonymisées, des sinistres, via l'ONIAM et/ou les assureurs, d'autre part le chaînage des actes PMSI/SNIRAM. Il leur

reviendra alors de produire des analyses puis des référentiels de bonne pratique diffusés auprès des praticiens de la discipline.

Mesure 7: Donner aux organismes agréés accès aux expertises de sinistre ainsi qu'au chaînage des actes PMSI/SNIRAM.

E. Sécuriser

La reprise de la proposition de loi dite " Lefrand " approuvée en première lecture par l'Assemblée nationale, contient plusieurs dispositions de nature à sécuriser le processus d'expertise et d'évaluation des sinistres en son chapitre 1. Il en va ainsi des dispositions relatives au renforcement de la professionnalisation des expertises, qui ne soulèvent pas d'objections de principe de la part des assureurs ni des administrations intéressées. L'adoption d'un barème médical unique d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique ou psychique recueille l'accord des assureurs et réassureurs, mais, paradoxalement, se heurte à la volonté de certaines autorités de tutelle de conserver des barèmes catégoriels existants, ce qui exige un arbitrage interministériel. De même apparaît-il des plus opportun de parvenir à un barème unique de capitalisation des rentes. La proposition de loi précitée propose d'instaurer une obligation de recourir à une table unique non seulement pour le calcul des préjudices futurs mais aussi pour la conversion des rentes. Cette mesure, qui recueille l'accord des assureurs, a fait l'objet de nombreux échanges interministériels, qui n'ont pas abouti à ce jour.

L'adoption d'un référentiel unique d'indemnisation, également prévu par la proposition de loi, sous une forme atténuée puisqu'est évoquée « une nomenclature non limitative des postes de préjudice » ne peut être retenue que s'il est clair que son emploi est indicatif, ce qui est le cas du référentiel de l'ONIAM, utilisé par l'Office mais aussi par la plupart des juridictions administratives. Un accord interministériel sur la diffusion auprès des juridictions civiles de ce référentiel serait alors de nature à favoriser l'égal accès des victimes à la réparation intégrale et à sécuriser le processus de valorisation des sinistres.

Deux autres mesures paraissent de nature à sécuriser le processus d'indemnisation. La première est le fruit de l'expérience acquise par Alain-Michel Ceretti auprès du

Médiateur de la République et vise à encourager la médiation en cas de sinistre, en rendant inopposables aux assureurs les déclarations des praticiens présumés avoir commis une faute. La seconde consiste à effectuer une étude visant à mieux définir le champ

de la responsabilité des professionnels de santé, suivant au moins deux axes: Tout d'abord envisager la formalisation du devoir d'information du praticien afin de remédier à une application disparate et parfois très difficile à respecter intégralement (par exemple pour les actes chirurgicaux répétitifs). Ensuite définir la portée de ce devoir d'information dans le cas où son non respect partiel donne lieu à indemnisation même en l'absence de préjudice (4).

Mesure 8: Adoption des dispositions de la proposition de loi « Lefrand » concernant la RCM et portant sur l'expertise, l'adoption d'un barème médical unique et d'un barème unique de capitalisation des rentes.

Mesure 9: Diffuser le référentiel indicatif de l'ONIAM après des juridictions civiles.

Mesure 10: Rendre inopposable aux assureurs le contenu des déclarations des praticiens effectuées dans le cadre d'une médiation.

Mesure 11: Étudier la redéfinition du champ de la responsabilité civile des professionnels de santé.

Gilles Johanet

31 janvier 2011

NOTES

- 1 Rapport réalisé en exécution de la loi du 31-12-2007 et de l'arrêté du 24 juin 2008 ;
Rapport sur l'exercice 2009
- 2 .Anesthésie-réanimation, chirurgie, obstétrique et autres disciplines (ophtalmologie, cardiologie, stomatologie, oto-rhino-laryngologie, gastro-entérologie, pneumologie, radiologie)
- 3 AN: Proposition de loi n° 2286,5 février 2010; Sénat: proposition de loi n° 222, enregistré le 20 janvier 2010
- 4 cf. notamment, Cour de cassation, arrêt n° 573 du 3 juin 2010

Annexe 1

L'écrêtement

Ainsi que le précise le document annexé de la FFSA, les assureurs considèrent que la création d'un pool est inutile puisque le marché fonctionne. De fait, les saisines du BCT sont faibles et chaque praticien trouve à s'assurer. On ne peut toutefois passer sous silence l'existence des trous de garantie, le maintien d'un rythme fort de hausse des primes et, finalement, le caractère très restreint de la concurrence sur ce marché. Celle-ci est limitée par le nombre réduit d'opérateurs, leur spécialisation et l'opacité marquant les facteurs de hausse des primes. Un seul opérateur assume le risque de la majorité des praticiens relevant des trois principales disciplines à risque (obstétrique, chirurgie et anesthésie-réanimation) et n'exerce aucune autre activité d'assurance.

Dans ces conditions une attention forte doit être accordée à la pluralité d'opérateurs et aux conséquences d'un relèvement du plafond réglementaire d'assurance (art. 1142-4 CSP) que nécessiterait non pas l'évolution du coût des sinistres, mais la volonté d'éviter l'entrée sur le marché d'un opérateur dépourvu d'expérience. Ce raisonnement ne vaut que si ce risque d'entrée n'est pas controuvé par une certitude, autrement dit, que ce relèvement ne provoque pas la sortie d'un des trois opérateurs majeurs.

Au cas où la volonté de définir un compromis raisonnable, que le présent rapport s'est efforcé de dessiner ne serait pas partagée, force serait alors de reconsidérer le recours à l'écrêtement, c'est-à-dire la substitution de l'ONIAM à l'assureur au-delà du plafond réglementaire précité. Le refus ou le choix d'une telle solution n'obéit pas à des considérations financières tant sont rares les sinistres clos dépassant ce seuil et parce que le risque d'inflation du coût des sinistres n'est pas différent de celui qui accompagne la création d'un pool. La menace de demandes reconventionnelles n'emporte pas non plus l'entière conviction : pour ne reprendre que les deux exemples les plus souvent cités, les établissements hospitaliers connaissent une situation très différente de celle des praticiens puisqu'ils ne subissent pas de plafond de garantie et qu'ils sont nettement moins exposés au risque de ruine. De même la comparaison souvent faite entre les praticiens et les architectes ne vaudrait que si les tarifs de ces derniers étaient socialisés.

Ce choix pose, en réalité un problème de principe : Il n'appartient pas à l'État de se substituer au praticien en cas de faute de ce dernier. Il reste que ce principe entre en

contradiction avec le principe d'équité, qui ne permet pas de confondre l'objectif incontesté, de réparation au profit de la victime et la sanction de la faute, relevant du judiciaire ou de l'ordinal. C'est la reconnaissance implicite de cette contradiction entre deux principes également légitimes qui a conduit l'État à admettre l'écrêtement en cas d'infection nosocomiale, puis à reconnaître que, nonobstant la faute, la mise en cause d'un praticien sur une durée de 28 ans ne respectait pas la notion de délai raisonnable.

Annexe 2 en pièce jointe

ENTRETIENS

ACP: F. Weiss
S. Lekehal

APREF: F. Vilnet, président
B. Dolfus, délégué général

AXA.: P. Fossey

CSMF: H. Wannepain

FFSA: J-F. Lequoy, délégué général
S. Penet
A-M. Papeix

HAS: R. Amalberti

La Médicale de France: M. Dumont, directeur

MACSF - Le sou médical: N. Gombault, directeur général

MIC: J-P. Milanesi, Conseiller du président de COVEA
P. Balsollier, président de BAO

ONIAM: D. Martin, directeur
S. Gibert, directeur juridique

ORM: H. Wannepain

PARTNER RE: R-M. Courgeau

SHAM: D. Godet, directeur
P. Germon

SYNGOF: J. Marty, secrétaire général
R. Pellet, conseiller

SWISS RE: R. Patrick, vice-président

UCDF: P. Cuq, président
D. Legeais, vice-président