

# **Choisir ses comparaisons pour juger : du besoin et de la tentation**

**Une illustration, la cause  
*Chaoulli-Zeliotis***

**Yvon Brunelle\***

## **REMERCIEMENTS**

Bien que ce texte n'engage que l'auteur, je tiens à remercier pour leurs précieux commentaires mes collègues : Diane Grenier et William Murray, ainsi que :

M. Hervé Anctil, conseiller en planification de la santé.

M<sup>e</sup> Daniel Gardner, professeur, Université Laval.

M. Benoit Gaumer, professeur, Université de Montréal.

M<sup>e</sup> Isabelle Harnois, avocat, ministère de la Justice du Québec.

M. Terry Kaufman, directeur général, CLSC N.D.G.

Dr François Lehmann, directeur de médecine familiale, Université de Montréal.

---

\* Direction générale des services de santé et médecine universitaire, ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec.

**AVERTISSEMENT AU LECTEUR**

Les chiffres sans parenthèses, ex. : <sup>22</sup>, renvoient aux notes en bas de page.

Les chiffres entre parenthèses, ex. : <sup>(22)</sup> ou encore <sup>(22,34)</sup>, renvoient aux références bibliographiques placées en fin de texte.

## RÉSUMÉ

Aucun système de soins d'aucun pays n'est en mesure de répondre à toute la demande, d'ailleurs aucun ne le fait. Toutefois, plus encore que pour la justice, un sentiment égalitariste prévaut en santé. Il en résulte l'équation : demande infinie + offre limitée + fort égalitarisme = rationnement. Les méthodes de rationnement varient et sont plus ou moins efficaces, efficaces ou équitables. On peut les comparer et les jauger.

Entre systèmes de soins, les comparaisons sont de plus en plus utilisées. Elles modifient le « jugement » que portent usagers, experts ou... juges sur un système de soins. Dans la cause *Chaoulli-Zeliotis*, les juges de la Cour suprême ne se sont pas privés de comparer. Selon les besoins de la démonstration de chacun, la majorité des pays développés ont défilé. Les juges majoritaires ont invoqué surtout l'Europe et les minoritaires les États-Unis, le plus souvent en pièces détachées sur un mode de comparaisons sélectives (*cherry picking*), le piège numéro un des comparaisons.

À la lecture du jugement, en particulier des juges majoritaires, on a parfois l'impression d'être face à des usagers en colère ayant en tête des « cas personnels ». Le jugement ajoute ainsi aux difficultés de compréhension entre le secteur de la santé, traditionnellement prêt à risquer une vie pour en sauver neuf, et celui de la justice, prêt à laisser aller neuf coupables pour ne pas condamner un innocent.

Contrairement à une légende répandue, le Canada (peu importe la province) est un des pays faisant le plus de place à l'assurance privée de santé. Cette forte présence s'explique par une couverture d'assurance publique parmi les plus étroites. De plus, l'offre publique y est « étranglée », notamment par un faible ratio de médecins. C'est un prix à payer pour une gratuité d'accès aux hôpitaux et médecins ou l'absence d'une inscription obligatoire limitant la mobilité des usagers ou médecins. Pour rationner, les autres pays recourent davantage à d'autres incitatifs économiques ou non économiques à l'égard des usagers, médecins, etc. La comparaison sélective permet d'éviter de mettre en balance ces choix et leurs contreparties.

Formel ou de fait, l'interdit canadien d'assurance privée pèse sur deux points : médecins et hôpitaux. C'est une exclusivité occidentale. Elle est partie intégrante de notre logique de rationnement. Si le jugement Chaoulli-Zeliotis vient de bouleverser cette dernière, il ne change pas la réalité. Pour expliquer leur positionnement en retrait, les juges dissidents ont systématiquement évoqué le fait du rationnement. En conséquence, la question leur paraît politique, non juridique. Or, officiellement, au Canada (Québec inclus) il n'y a pas de rationnement. Il n'est donc ni explicité, ni discuté. Pourtant, des individus ou des groupes sont inévitablement affectés. Tous les juges ont en quelque sorte invité les citoyens à recourir aux tribunaux s'ils se croient lésés. Cette tendance était déjà notable, on peut parier sur son accentuation. Une hypothèse se dessine : en santé à tout le moins, le silence des administrations publiques suscite possiblement un sonore écho juridique.

## INTRODUCTION

Dans la cause *Chaoulli-Zeliotis*, le jugement de la Cour suprême est tombé comme un coup de tonnerre. C'est qu'après les deux victoires en première instance et en appel, nous<sup>1</sup> semblions voguer vers un jugement sans histoire. Certes, de mon point de vue « amateur », on peut se consoler avec le caractère serré du jugement final. Il me semble qu'un score de 4 à 3, sur des avis très disparates, constitue une honorable défaite, la plus serrée possible. En prime, on peut supputer sur le positionnement des deux juges manquants. Finalement, si on fait le compte de tous les juges s'étant prononcés, on a gagné... du moins moralement ! Mais, dans le monde juridique, est-ce que ça compte vraiment ?

Le résultat est là, avec une aura « d'infaillibilité temporaire » propre à ces jugements de tribunaux suprêmes. Selon vos barèmes professionnels de juristes, je ne peux dire si ce fut un grand jugement. Mais je peux vous assurer que c'en est un gros pour plusieurs. Ainsi, le MSSS (ministère de la Santé et des Services sociaux) s'est activé à articuler une réponse. Les administrations provinciales se sentent toutes concernées. De divers horizons, y compris internationaux, d'innombrables commentaires sont encore formulés.

Étranger au monde de la justice, mais à qui la comparaison entre les systèmes de soins est familière, j'ai articulé ma présentation sur :

- 1) Un rappel des attentes initiales envers les systèmes de soins et le contraste avec la réalité d'aujourd'hui : il y a dix ans un groupe de travail de l'Association du Barreau canadien parlait d'un fossé qui s'est creusé entre le... *droit à la santé et la croyance populaire* (page 29 in 24). Il n'a fait que s'accroître.
- 2) Le besoin de comparer entre les systèmes de soins. Le jugement de la Cour suprême est parsemé de références pertinentes à d'autres systèmes.

---

1. J'utilise le nous car je faisais partie des experts du côté du MSSS.

- 3) Les pièges des comparaisons. Parfois, l'analyse comparative a été sommaire, même émotive. Je propose de lire ce jugement telle une longue lettre de plainte. Tout compte fait, même sur le « banc » des juges restent aussi un peu des usagers.
- 4) Les paradigmes différents des mondes de la justice et de la santé. Leur rencontre sur une base de « cas » peut induire des distorsions <sup>(49)</sup>. C'est une possibilité ici.
- 5) La réalité d'un rationnement variant selon les systèmes de soins <sup>(2,4,38,39,48)</sup>. Cette réalité fut systématiquement invoquée par les juges dissidents, elle contribue à expliquer leur positionnement. Ils ne purent toutefois s'appuyer sur une reconnaissance administrative ou politique de cette nécessité. À l'exception des rapports Clair et Ménard, un pudique silence est de mise au Canada <sup>(10,12)</sup>. J'avance l'hypothèse que ce silence favorise les discours éthérés, nourrit l'incompréhension, induit une impression d'arbitraire et accentue les biais vers une réponse juridique. Si cette hypothèse est fondée, nous sommes appelés à nous revoir souvent.

## 1- LE PARADIS PERDU

Pour des juristes, il me semble intéressant de rappeler le postulat à la base de la création des systèmes publics de soins. En résumé, on postulait qu'en investissant pour permettre à tous l'accès aux soins, vus comme étant au départ de qualité<sup>2</sup>, on améliorerait la santé de la population. Dès lors, apparaîtrait un plafonnement naturel des dépenses, possiblement même un retour sur l'investissement. Cette croyance prévalait en 1883, date de l'instauration du premier système public occidental en Allemagne sous Bismarck, et vivote encore aux environs de 1975 <sup>(9)</sup>. À partir de là, le contrôle des coûts est devenu une préoccupation majeure grandissante pour tous les systèmes de soins <sup>(6,44)</sup>.

---

2. La question des erreurs médicales et hospitalières est devenue centrale. Les variations de pratique sont pointées du doigt. Même dans les systèmes les moins coûteux, il y a des manifestations de surconsommation ou de consommation inadéquate. Ce que soulignent à grands traits les assureurs publics et privés. Les délais d'attente en semblent moins pénibles, on vous a presque rendu service quoi ! Mais aussi, de plus en plus ressort une sous-consommation de divers soins/services, sur laquelle les mêmes assureurs sont plus discrets. Bref, la qualité n'est plus tenue pour acquise <sup>(2,4,7,10,23,28,44,57)</sup>. De cet ensemble, découlent les efforts pour développer des pratiques sur des faits probants (*evidence based*). Les Anglais, Américains surtout et Australiens mènent le bal. Mais partout un effort est consenti.

Actuellement, toujours plus d'interventions ou de traitements deviennent disponibles (chirurgies, médicaments, adaptations du comportement). Le développement scientifique et technologique constitue le facteur numéro un pesant sur les couvertures d'assurance santé<sup>(10,12)</sup>. Il y a aussi bien sûr le vieillissement, même si à âge égal une personne de plus de 65 ans<sup>3</sup> est aujourd'hui, en moyenne, en meilleure santé qu'il y a 20 ou 50 ans<sup>(6,44)</sup>. Peu importe la durée moyenne d'espérance de vie, la dernière année de vie est de loin la plus coûteuse. Or, le report du décès tend aussi à reporter les coûts.

Un phénomène beaucoup plus négligé est celui du savoir sur les maladies<sup>(9)</sup>. La liste s'allonge constamment, pour une « sortie » (ex. : variole) nous comptons une foule d'entrées, de résurgences ou de meilleures prises en compte (ex. : SIDA, tuberculose, autisme). De plus, on dépiste de plus en plus tôt, ou encore abaisse les seuils où l'on considère quelqu'un comme malade (ex. : diabète, cholestérol). Ainsi, la norme internationale supérieure d'hypertension est passée de 160 à 140. On a gagné en prévention, mais aussi gonflé d'un seul coup de 20 % à 30 % le nombre de gens « malades » parce qu'hypertendus<sup>(9)</sup>. Au total, ce cher Dr Knock (personnage de Jules Romain) aura eu raison : *Tout être bien portant est un malade qui s'ignore*<sup>4</sup>.

Toutefois, pas plus que l'avocat, le médecin ne peut garantir le *résultat de ses services* (page 74 in 24). On ne doit jamais oublier qu'un service ou soin peut être qualifié d'excellent et le patient être mort ! Tout dépend de ce qui est possible (ex. : soins palliatifs). Ainsi, pour une société développée afficher un taux de mortalité infantile<sup>5</sup> de  $\pm 90/1000$  au début du XX<sup>e</sup> siècle est remarquable pour l'époque ( $\pm 190$  au Québec). Mais aujourd'hui, le taux américain de  $\pm 7/1000$  ( $\pm 19^e$

3. C'est aussi à Bismarck qu'on doit la retraite à 65 ans (un peu plus à son époque). Cet âge fut choisi car il débordait très sensiblement l'espérance de vie moyenne. Ces survivants étaient d'ailleurs qualifiés de vieillards. Si on utilisait les mêmes critères aujourd'hui, c'est à près de 85 ans qu'on se retirerait. L'étiquette de « vieillards » tend à s'y être déplacée.
4. La demande accrue de soins ou services doit peu aux comportements hypocondriaques. En fait, recourir à des soins et services de santé présente le plus souvent un risque, y compris de décès. Mais on croit/pense/sait ces risques être inférieurs, et sensiblement, au risque de ne pas consommer. Ainsi, même si on vous offre une transplantation cardiaque gratuite (coût de  $\pm 100\ 000$  \$), vous avez peu de raisons de sauter sur cette « aubaine », sauf besoin extrême et urgent. Car, vos risques de décès sur la « table » ou dans l'année sont élevés, sans parler de la douleur, de la perte de jouissance, de la réadaptation et de la médication à vie. La justice présente sur ces plans un attrait différent. Il y a plus de 300 ans, Racine lui-même l'a laissé voir (*Les Plaideurs*, 1668). Pour des querulents (équivalent judiciaire de nos hypocondriaques) se lancer dans X poursuites ou contestations judiciaires présente un risque économique, mais pas plus.
5. Décès durant la première année de vie.

rang mondial) est considéré médiocre. Le possible a changé. Des débats entourent aussi les questions de savoir si ce qui est techniquement possible est souhaitable (ex. : génétique). Dans plusieurs cas, l'appareil judiciaire y a largement participé (ex. : avortement, suicide assisté), ici ou ailleurs <sup>(32,45)</sup>, et le fera inévitablement à nouveau. Il n'est nul besoin d'en rajouter.

Pourtant, depuis au moins 15 ans moult textes officiels sont ornés de longs passages appelant à se « centrer sur l'utilisateur »<sup>6</sup> et d'images d'Épinal présentées comme autant de « visions » du futur. Le tout est apaisant. Mais masque les implications du fait qu'aucun système de soins d'aucun pays n'est en mesure de répondre à une demande tendant vers l'infini <sup>(22)</sup>, d'ailleurs aucun ne le fait <sup>(43)</sup>. En revanche, discours et images créent des attentes, notamment au plan des « droits », et accentuent un fossé entre l'attendu et le vécu <sup>(24)</sup>. Pour des usagers frustrés, il peut être tentant de le combler par l'entremise des tribunaux. D'ailleurs, dans l'arrêt *Chaoulli-Zeliotis*, même les juges dissidents ont rappelé que... *les tribunaux demeurent là pour veiller, de manière ponctuelle, au respect des droits des patients...* <sup>(page 11 in 14)</sup>. Si les usagers se perdent dans des mirages, ce droit des patients peut prendre des proportions imprévues <sup>(35)</sup>.

En somme, plus encore que pour la justice, un sentiment égalitariste prévaut en santé <sup>(31)</sup>. Ainsi, il serait inadmissible que la capacité de pouvoir se payer une équipe de quatre chirurgiens cardiaques plutôt qu'un chirurgien général (ou un simple « chirurgien-barbier » comme au Moyen-Âge), soit garante de résultats plus favorables, comme par exemple une baisse de 50 % du risque de décès « sur la table d'opération »<sup>7</sup>.

6. Depuis au moins 15 ans que le thème « se centrer sur l'utilisateur » est apparu au Québec, je cherche encore désespérément qui a jamais pu être contre pour qu'une telle quantité de papiers prennent le soin d'en rappeler longuement, très longuement, le besoin. À ce jour, personne n'a jamais pu me nommer une seule référence ne serait-ce, par défaut, que d'un auteur humoristique. Même les positionnements les plus corporatistes ne manqueront jamais de se draper dans un tel discours. En revanche, sont généralement abordées de manière plus succincte les questions de : « Sous forme de mesures relativement précises, où en sommes-nous par rapport au possible dans ce « centrage » ? » À défaut de mesures, de vagues qualificatifs abondent. Les comparer serait, au mieux inutile et au pire périlleux. Règle générale : on ne peut changer que ce que l'on mesure.
- « Quels sont les systèmes effectivement les plus « centrés » ? », « Pourquoi est-ce ainsi chez eux ? », « Que devons-nous revoir, si nous voulons nous en inspirer ? (en dehors de mentalités à changer, autre thème à incantations) », « Quelles sont les implications, surtout les plus désagréables ? »
7. De son côté, le monde de la justice le permet. Pour des causes similaires, la capacité de payer un (des) avocat(s) de X calibre ou Y tarif influera sur le résultat (ex. : gain, peine réduite) ou sur la capacité de lanterner, après tout on peut finir par épuiser



Dans le domaine de la santé, on est confronté à l'équation : demande infinie + offre limitée + fort égalitarisme = rationnement<sup>(9,31)</sup>. Selon Bailly, *the term means that we limit the beneficial health care an individual receives by any means – price or non price, direct or indirect, explicit or implicit* (page 5 in 34). Nous verrons que les méthodes de rationnement varient. Même si elles sont mises sous le boisseau, on peut finir par les identifier, les comparer et les jauger. Elles peuvent être jugées plus ou moins efficaces, efficaces ou équitables<sup>8</sup> (44). D'une certaine façon, c'est ce qu'ont fait des juges de la Cour suprême lorsque certains affirment par exemple que le système de soins québécois ne donne pas accès en... *un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable* (page 57 in 14). C'est là une forme de jugement, non juridique certes mais courant, sur la qualité d'un système de soins. Le texte du jugement en recèle plusieurs<sup>9</sup>, ils sont typiques... d'usagers. Cette notion d'accès raisonnable émaille le jugement. Reprise dans un cadre juridique, elle me semble promise à un bel avenir. Les juges dissidents le redoutent. À titre de néophyte certes, je partage leurs réserves.

## 2- LE BESOIN DE COMPARER

Depuis les héroïques travaux de Schieber et Poullier<sup>(52)</sup>, datant de plus d'un quart de siècle, les comparaisons entre systèmes de soins sont de plus en plus utilisées. Elles permettent de se situer de manière critique par rapport au possible<sup>(7,40,41,56)</sup>, d'anticiper des difficultés<sup>(1,28,34)</sup>, d'élaborer des solutions<sup>(10,43,46)</sup> ou de rejeter des hypothèses<sup>(6,43)</sup>. Ainsi, notre taux de mortalité infantile ( $\pm 4.5/1000$ ) est un

---

ses adversaires ou simplement mourir de vieillesse avant de perdre. Dans le monde juridique, à l'exception de groupes (ex. : professionnels tels médecins), l'assurance privée balbutie et couvre une faible proportion des coûts. Peu ou pas de statistiques sont d'ailleurs disponibles. D'autre part, l'assurance publique (aide juridique) crée un effet partiel de redressement au bas de la pyramide sociale. On produit ainsi un classique effet de courbe à deux sommets différenciés ( $\sqrt{\quad}$ ). Les plus pauvres occupent le petit sommet et les plus riches l'autre. En santé, on observe bien cette situation aux États-Unis (au Canada aussi pour les soins dentaires ou la santé mentale par exemple). Des problèmes d'équité en découlent habituellement.

8. Pour l'Organisation Mondiale de la Santé<sup>(44)</sup> la question de l'équité est particulièrement cruciale que ce soit en termes de financement, d'accès et d'écart de santé. De façon plus étonnante, la Banque Mondiale<sup>(6)</sup> n'est pas loin de partager ces préoccupations. La santé est un atout (sens anglais de *asset*) pour le développement d'une société et le système de soins, surtout primaire, y contribue très sensiblement.
9. À l'audience, plusieurs comportements non verbaux des juges et le ton de certaines remarques furent révélateurs pour des observateurs<sup>(33,35,37)</sup>. Le visionnement du vidéo de l'audition est aussi instructif. À défaut d'avoir des responsables gouvernementaux devant eux, les juges ont littéralement passé un « savon », non juridique, aux avocats du (des) gouvernement(s). Plusieurs usagers ont probablement rêvé de pouvoir en faire autant. À tout le moins, ils furent vengés par leurs puissants pairs.

objet de fierté. Si brusquement nous apprenons que toutes les autres provinces canadiennes sont à 3/1000 ou moins, ce même taux de 4.5 deviendra insatisfaisant. Par comparaison, nous aurons appris qu'il est possible de faire mieux. Reste à savoir si cet écart est dû à la performance du système de soins et, si oui, si ce gain en vaut le coût, compte tenu des autres priorités ou gains possibles. Dans le cas des enfants, l'expérience montre que les débats seront à tout le moins houleux et qu'on monte facilement aux barricades... notamment juridiques (22,35,55).

Pour comparer adéquatement, il faut mesurer de manière similaire. À des degrés variables de précision, pratiquement tout peut l'être (ex. : qualité de vie, recours aux services, satisfaction, etc.) (1,6,8,12,18,36,40,44,57). Les discussions méthodologiques feront régulièrement rage, parfois parce que les résultats ne font pas l'affaire<sup>10</sup>. D'autres fois, parce que certains phénomènes sont plus difficilement mesurables ou comparables entre sociétés.

Plusieurs situations se prêtent bien aux comparaisons. Ainsi, au plan des assurances de santé, les situations respectives canadiennes et américaines étaient similaires avant l'introduction du système public dans les années 1960-70 (ex. : assurance par le biais de l'emploi, souvent mêmes assureurs, forte proportion de non-assurés ou de sous-assurés, etc.). À cette époque, la mortalité infantile américaine était historiquement meilleure que la nôtre. En comparant l'évolution des taux américains et canadiens, Ng (42) laisse voir un lien possible entre l'introduction du système public et nos gains majeurs à ce chapitre. Les résultats de Hodge et al. (26) vont aussi en ce sens. Nous avons supplanté les Américains. D'ailleurs, si nous n'avons pas enregistré de retour vers notre situation *ante*, malgré les multiples difficultés du système public, on le doit beaucoup aux diverses comparaisons avec les Américains. Elles nous sont généralement favorables du point de vue d'une population d'ensemble (18,27,56,57). Toutefois, en lien avec des techniques de pointe, pour des groupes spécifiques le constat peut varier (36,57). Dans leurs motifs, ce n'est pas par hasard que les juges dissidents ont fait un leitmotiv de ces références au système américain<sup>11</sup>. Les juges majoritaires s'en sont gardés, pour illustrer leur opinion l'Europe était plus invitante.

10. Ainsi, le classement de l'an 2000 de l'OMS (44) semble avoir suscité plus de réserves méthodologiques au Canada, classé 30<sup>e</sup>, qu'en France, classée 1<sup>re</sup>.

11. On peut avancer que les États-Unis recèlent le mieux et le pire. Ce sont les champions de l'évaluation et de la transparence, aussi déplaisant que soit un résultat. Ainsi, en 1990 le Veterans Health Administration (VHA) américain (5 millions de bénéficiaires sur 30 millions de vétérans) pouvait être considéré comme un

Les comparaisons font naître doutes, interrogations et contestations... notamment juridiques. Comparer conduit à former ou modifier le « jugement » que portent usagers, experts ou... juges sur un système de soins. Ainsi, dans le classement 2000 de l'Organisation Mondiale de la Santé <sup>(44)</sup>, le 30<sup>e</sup> rang obtenu par le Canada a constitué une douche froide pour ceux, nombreux, qui se gargarisaient de la détention du-meilleur-système-de-soins-au-monde-n'ayant-besoin-que-de-changements-à-la-marge !!!

De surcroît, si on oublie le cas particulier que constituent les États-Unis avec 15 % du produit intérieur brut<sup>12</sup> (PIB) consacré à la santé <sup>(2,43)</sup>, le Canada (ou le seul Québec) figure parmi la poignée de sociétés dotées des systèmes de soins les plus coûteux, accaparant plus de 10 % du PIB (ex. : France, Suisse, Allemagne) <sup>(12,43)</sup>. Parmi ces derniers, le Canada est le seul à afficher un problème systémique au plan des délais ou des listes d'attentes. Bien sûr, et avec de solides fondements, on peut discuter ou ergoter sur « qu'est-ce qu'une attente ? ». Les points observés peuvent être multiples, la standardisation est pénible, les manipulations tentantes et donc les comparaisons boiteuses. Mais, avec ou sans claudication, évoquer cette situation d'exception suscite des interrogations. Les juges en ont eu plusieurs. Avec raison, certains ont rappelé que les... *gouvernements ont à maintes reprises promis de trouver une solution au problème des listes d'attente* (page 53 in 14). J'en conclus que le problème est réel et, parmi les pays les plus coûteux, assez spécifique au Canada. D'ailleurs, trop d'indications sont congruentes <sup>(8,10,12,23,27,41,43,44,50)</sup>, malgré de récents progrès. Nos juges-usagers sont las. Si, en plus, on leur avait dit que... *ces variations ont souvent peu à voir avec la condition du patient* (page 7 in 23), quel savon supplémentaire on aurait pris ! Même les juges dissidents ne furent pas des chantres du système actuel, mais ils ont refusé de jouer aux architectes, faute d'expertise leur permettant de peser les conséquences d'un jugement dans ce domaine <sup>(35)</sup>.

---

modèle de médiocrité (coûts, satisfaction des usagers ou dispensateurs et qualité). Encore faut-il vouloir et pouvoir comparer avec d'autres formes d'assurances privées ou non et à but lucratif ou pas. Les Américains le font. Pas besoin de chercher plus loin, pour les tenants du privé à tout crin le VHA était la preuve du caractère lamentable de la gestion publique en général. Dans les années 2000, le même VHA est devenu une référence (*Gold Standard*) <sup>(46)</sup>. La revanche étant douce à l'esprit et la mémoire courte, pour les inconditionnels du secteur public cela devient la preuve de l'efficacité généralisée de la gestion publique. À mon avis, c'est à coup sûr la preuve qu'il y a intérêt à comparer pour savoir, puis à analyser pour comprendre et éventuellement en tirer des leçons pour les adapter à son propre système <sup>(9,46)</sup>.

12. Le PIB réfère à la richesse collective. Il constitue la mesure la plus utilisée pour séparer les pays consacrant relativement peu ou beaucoup à la santé.

### 3- D'IRRÉSISTIBLES TENTATIONS

L'utilisation des comparaisons présente d'immenses avantages, à telle enseigne qu'on ne saurait plus s'en passer. Cependant, elle recèle aussi certains pièges. Ainsi, on peut être tenté d'afficher une apparence de bonne performance, de délaissier le non-mesuré, de triturer les données ou de carrément tricher pour bien paraître<sup>(9)</sup>. Ces tentations ne furent évidemment pas celles affectant les juges, mais certains autres travers sont courants et transparaisent dans le jugement.

**A) Juger sur un segment.** En utilisant les comparaisons, tous les juges ont reconnu que tous les autres pays occidentaux permettent des assurances privées pour les services médicaux ou hospitaliers. Ils ont raison<sup>(37,43,47)</sup>. Leur question devient pourquoi pas nous ? On ne peut les blâmer. Surtout que la... *participation du secteur privé ne paraît pas entraîner, en fin de compte, la disparition des soins de santé publics* (page 7 in 14), ce que nous devons également leur concéder<sup>(10,34,37)</sup>. Même le cas extrême des États-Unis montre que les assureurs publics<sup>13</sup> assument 45 % des dépenses de santé<sup>(43)</sup>. Ils sont loin d'être disparus, depuis 15 ans leur position varie peu. Les assureurs privés américains ne couvrent que 35 % des dépenses et les individus directement 20 %. Les proportions respectives sont d'environ 70 %, 15 % et 15 % au Canada, un des six pays faisant le plus place à l'assurance privée de santé (Allemagne, États-Unis, France, Hollande, Suisse)<sup>(43)</sup> ! Fait dont on se vante peu et qui ne ressort pas du jugement<sup>14</sup>.

13. Le programme fédéral Medicare assure principalement les personnes âgées pour le « courte durée » (ex. : hôpital, médecin, depuis peu les médicaments). Le programme Medicaid varie selon les États mais couvre les très pauvres et le secteur de l'hébergement de longue durée lorsque des personnes, surtout âgées, ont épuisé leurs ressources. Finalement, l'armée et les vétérans (VHA) constituent deux clientèles publiques importantes. Le seul budget du VHA excède sensiblement celui du MSSS pour la province de Québec.

14. Comparativement à l'Europe, plusieurs composantes des soins primaires ne font pratiquement pas partie de la couverture canadienne, en particulier les médicaments hors CH, les non-médecins hors CH, le « gros » de la santé mentale, les soins dentaires et ceux de la vision. En tout ou majeure partie, ils sont essentiellement laissés au marché privé, à l'exception des médicaments au Québec et dans certaines provinces dotées d'assurances-catastrophes. Pour l'accès à ces soins ou services primaires, on tend à retrouver les classiques distorsions américaines sur lesquelles les juges dissidents ont insisté.

Cela dit, la question soulevée par le jugement ne porte que sur l'exclusion de l'assurance privée pour soins médicaux<sup>15</sup> et hospitaliers. Cette exclusivité ouvre la porte à une première tentation : segmenter l'analyse des systèmes de soins. On perd de vue une partie des arbitrages auxquels sont confrontés tous les systèmes de soins (6,29,31,43,44).

- B) Juger sur un terrain choisi pour sa réponse.** Les juges dissidents ont pris leurs exemples le plus souvent aux États-Unis. Les juges majoritaires ont, eux, pris leurs exemples en Europe (ex. : Allemagne, Angleterre, Autriche, France, Hollande) et en Australie. Au niveau des implications, nous avons ainsi eu une espèce de dialogue de sourds, les bases de référence étant le plus souvent différentes. Comparer implique de standardiser les points de comparaison et les contenus. Toutefois, choisir un terrain pour sa réponse constitue une tentation quasi irrésistible, si on veut étayer son point de vue<sup>16</sup>.
- C) Succomber à l'anecdote personnelle.** À la lecture du jugement, en particulier des juges majoritaires, on a parfois l'impression d'être face à des usagers en colère ayant en tête des « cas personnels »<sup>17</sup>. Ce biais est cohérent avec le signal perçu par des observateurs (33,35,37) qui ont relevé chez les juges une certaine exaspération, symptomatique de « consommateurs frustrés ».

15. Au Québec, il est à noter que des assurances privées paient déjà légalement pour des services médicaux établissant des diagnostics, mais en cabinet. Plusieurs groupes travaillant au sein de l'administration publique québécoise en bénéficient (ex. : cadres). C'est qu'une zone grise est apparue du fait de nouvelles technologies pouvant maintenant être utilisées hors des centres hospitaliers. Le service du médecin demeure assuré publiquement, mais pas la composante technique. Cette dernière tend à devenir imposante et de ce fait constitue un terrain « assumable » (ex. : 500 \$ pour une résonance magnétique). L'accès devient plus inéquitable. Car une fois un diagnostic positif en main, on tend à être traité plus rapidement. On « coupe » dans les files d'attente.

16. Le débat sur les nominations de juges à la Cour suprême des États-Unis est intéressant en ce qu'il met crûment en lumière le positionnement idéologique des juges-candidats, mais aussi de ceux déjà sur le « banc » (ex. : Thomas hyper conservateur, etc.). Je ne sais si on peut ainsi classer nos propres juges, l'exercice serait intéressant à faire en lien avec le présent jugement.

17. Ce biais est classique en santé. Même lors de sessions de travail à l'interne du MSSS ou avec des experts, on tend à utiliser nos situations personnelles ou des anecdotes, car un « cas » peut être indicatif de problèmes systémiques<sup>(49)</sup>. La tentation est plus forte lorsque le système vient près du point de rupture comme à la fin des années 1990, époque du procès initial et donc de la preuve, et qu'un vide existe au niveau des indicateurs. À défaut de données comparatives, tout « cas » devient un indicateur de l'ensemble. Or, dans un système de soins, on peut prati-

On doit reconnaître que des cas peuvent être illustratifs, mais il existe des règles à suivre pour s'assurer que l'aspect systémique est mis en lumière<sup>(49)</sup>. Faut de pouvoir, un jour, lire des notes et des délibérations, nous ne saurons jamais avec certitude si effectivement les juges ont cédé à cette tentation en coupant court dans l'utilisation de « cas ». Toutefois, le seul texte du jugement ou le visionnement du vidéo de l'audition permettent de soulever des doutes.

**D) L'art de la comparaison sélective (ou le « *cherry picking* »).** Les juges majoritaires ont eu fortement tendance à faire abstraction des autres composantes des systèmes de soins auxquels ils se réfèrent. Jamais le prix à payer pour avoir tel ou tel avantage n'est souligné. On a eu droit à un classique exercice de « *cherry picking* ». De cette façon, on peut construire le système idéal. Je vais vous l'offrir dans l'annexe 1. Certes, on doit concéder aux juges majoritaires que tous les... *gouvernements ont pris des mesures pour protéger leur régime public contre les abus* (page 48 in 14) des assurances privées. Même les Américains hyperréglementent<sup>(10,29)</sup>. Mais, en particulier, les problèmes d'équité dus à l'assurance privée refont toujours plus ou moins surface<sup>(8,29,37,39,43)</sup>. Les juges dissidents l'ont souligné dans les cas anglais et australien, assez similaires au système canadien. Pour une fois, les systèmes analysés par les juges majoritaires et dissidents étaient les mêmes, mais pas l'analyse et naturellement encore moins les conclusions.

Cette lecture sélective est aussi notable dans le cas des quatre provinces canadiennes citées, par la majorité, comme permettant l'assurance privée. Ces quatre provinces ont instauré des conditions telles que la « vie » est impossible pour l'assurance privée sur les volets hospitaliers et services médicaux<sup>(15)</sup>. Paradoxalement, c'est le Québec, que plusieurs aiment ceindre d'une auréole unique de solidarité, qui montre le plus d'ouverture à l'assurance privée (sondages), compte le plus de médecins désengagés et a accueilli la première clinique à but lucratif<sup>(9,15)</sup>.

**En résumé**, dans le jugement *Chaoulli-Zeliotis*, l'art de procéder à des comparaisons ne fut pas respecté sur plusieurs points<sup>(37)</sup>. Ce

---

quement toujours trouver un « cas » pour étayer toute théorie un tant soit peu crédible<sup>(9)</sup>. De plus, nous sommes loin d'avoir les systèmes d'information des Anglais ou des Américains et même de certaines autres provinces. Les « cas » deviennent encore plus indicatifs.

n'est pas une première. Apparaît alors la tentation du « Y'à Kâ »<sup>18</sup> (contraction argotique de « Il n'y a qu'à... ») qui précède toute proposition simpliste de solution aux difficultés des systèmes de soins. Ce peut être aussi bien à « gauche », avec Y'à Kâ *mettre les médecins à salaire*, ou à « droite », avec Y'à Kâ *mettre un ticket, le monde va comprendre*.

Pour les volets services hospitaliers et médicaux, Y'à Kâ introduire/cohabiter/s'en remettre à l'assurance privée ne s'est avéré simple nulle part, États-Unis en tête<sup>(43)</sup>. Dans notre univers de référence<sup>19</sup>, les résultats ne furent ni mirifiques ni catastrophiques. On a parfois enregistré des gains de réactivité<sup>20</sup>, mais peu ou rien aux plans efficience et qualité, sauf aux États-Unis<sup>(43,47)</sup>. En contrepartie, à l'exception du cas américain, plus marqué négativement comme positivement, les diverses formules se sont révélées un peu inéquitables, légèrement agaçantes et parfois lourdes à gérer<sup>(43,47)</sup>. Est-ce que les gains valent les irritants ? Toutes les professions de foi peuvent ici légitimement prévaloir. Quant à savoir si c'est aux juges à en décider, le jugement cette fois vous revient.

#### 4- DEUX MONDES SE RENCONTRENT

En préparant cette conférence, je suis tombé sur certains auteurs<sup>(17,19,22,29,31,51)</sup> signalant des différences de paradigmes entre les mondes de la justice et de la santé. Le jugement de la Cour suprême dans la cause *Chaoulli-Zeliotis* me semble en étayer quelques-unes. Je les soumets à votre appréciation. Si on n'en tient pas compte, il me semble qu'on ajoute aux difficultés de relations entre santé et justice.

18. C'est à André Pierre Contandriopoulos, excédé par des prises de positions sommaires provenant de divers horizons, que j'ai, il y a longtemps, commencé à emprunter cette suave contraction.
19. On ne compare habituellement qu'entre pays économiquement comparables, déjà des différences culturelles notables peuvent poser des défis (ex. : Japon). D'ailleurs, aucun juge ne base son argumentation sur des pays intermédiaires (ex. : Argentine), en développement (ex. : Chine) ou ceux de l'ancien bloc soviétique (ex. : Pologne). En particulier dans ces derniers pays, par réaction, incompétence ou pire, le recours ou l'ouverture à l'assurance privée de santé a eu parfois des effets pervers importants<sup>(6,44)</sup>.
20. L'OMS<sup>(44)</sup> a lancé le terme français de réactivité pour traduire l'expression anglaise de « *responsiveness* », soit l'écoute et la réponse sur une base de client. En 2000, c'était une des dimensions permettant de classer plus ou moins avantageusement un système de soins. Sur ce seul point, les États-Unis obtenaient une excellente note, mais perdaient sur les autres dimensions. Au total, les États-Unis étaient classés 37<sup>e</sup>, ce glissement était largement dû aux problèmes d'équité. Les juges ont retenu la leçon. Les dissidents pour mettre en garde et les majoritaires pour « coller » à l'exemple européen.

- A) Des perspectives polarisées.** Le monde de la santé est traditionnellement prêt à risquer une vie pour en sauver neuf. C'est la loi du plus grand bien pour le plus grand nombre <sup>(6,21,44)</sup>. En contrepartie, il y a longtemps j'ai lu que celui de la justice est prêt à laisser aller neuf coupables pour ne pas risquer de condamner un innocent. Ces deux perspectives m'apparaissent justes pour l'un et l'autre monde. Il me semble toutefois que leur rencontre en un même lieu peut être tumultueuse.
- B) La notion de preuve (« evidence »).** En bref, la notion de preuve et son traitement divergeraient. Eisenberg synthétise le tout en disant que la justice... *relies on evidence of the instance ; health care relies on evidence of the generalizable* <sup>(page 375 in 17)</sup>. La justice utilise beaucoup les précédents surtout de hauts tribunaux, référence ultime (*Eminence based* <sup>(17)</sup>). La façon d'y considérer ou non une expertise semble laisser une bonne part à la discrétion de chaque juge<sup>21</sup> qui peut même la déclasser à titre de simple opinion, alors qu'un éminent collègue, lui, en fait « son pain ». En santé, la pratique sur des faits probants (ex. : *evidence based medicine*) demande une vaste littérature évaluative, avec revue de pairs. De ces faits probants, on pourra généraliser des pratiques professionnelles ou des conditions d'ensemble qui deviendront des *benchmarks* (ex. : volume minimal d'interventions). On ne peut pas écarter facilement une conclusion « déplaisante ». Les bases de référence tendent à être communes aux divers acteurs, malgré d'inévitables conflits d'intérêts. Mais une certaine incertitude demeure au final<sup>22</sup>. Le jugement des tribunaux lui, sera affirmatif et même définitif.

Le juge arbitrera sur la base de ce qui lui est amené pour la cause présente et qu'il accepte de retenir <sup>(31)</sup>. Pour leur part, les avocats me semblent utiliser seulement ce qui sert la cause de leur client. On peut alors passer des points sous silence. La preuve de la défense et celle de la demande divergent. Advenant

- 
21. Ainsi, à titre de simple « amateur », dans notre jugement j'ai été surpris de la façon cavalière avec laquelle des témoignages d'experts ont été écartés sur une simple base de croyances, sans plus. Chez les juges, un biais « usagers » pourrait à la fois expliquer un tel comportement ainsi que la surprenante diversité de l'argumentaire de chaque juge.
22. Le *happy ending* de toute bonne recherche est connu : « D'autres recherches sont requises » constitue la conclusion de l'immense majorité d'entre elles. C'est ce qui s'appelle ne pas tuer la « poule aux œufs d'or ». En prime, on garde ainsi une porte de sortie advenant une utilisation, même adéquate, conduisant à des résultats décevants.



la perception d'un fait « manqué » par l'adversaire, ils n'iront pas au secours l'un de l'autre. Éthique en droit, un tel comportement serait mal jugé en santé. Des compagnies pharmaceutiques n'ayant peut-être pas tout dit sur leurs médicaments risquent de s'en rappeler longtemps.

**C) Individu ou population.** En santé publique, ainsi que pour l'évaluation des approches, techniques ou technologies, nous adorons les probabilités portant sur des populations ou clientèles. L'épidémiologie clinique et même sociale occupe une place de choix. Dans le monde juridique, vous considérez d'abord le « cas » devant vous qui peut susciter beaucoup d'émotions<sup>23</sup>, et les faits prouvés autour de celui-ci. Visiblement, tous les juges furent très sensibles à tous les cas possibles de monsieur/madame Zeliotis. Il y en a. C'est un morceau de la réalité. À cet égard, Greschner et Lewis signalent un risque au plan de la vision... *telescopic vision : focusing on the case before them magnifies the case, and removes other needs and problems from their field of vision* (page 508 in 22). Tous les groupes ne sont pas également aptes à poursuivre ou à émouvoir<sup>(22)</sup>. Ceux qui le peuvent ont plusieurs longueurs d'avance et se démarquent. Pour ramener à la situation d'ensemble, on comprend l'insistance des juges dissidents à parler de rationnement.

**D) Économie, santé et justice.** Masqué on non, le dilemme de considérer la contribution sociale<sup>24</sup> fait partie du quotidien d'un

23. À votre avis, Greschner et Lewis sont-ils en droit de prétendre que parfois « *hard cases make bad law* » (page 527 in 22) ?

24. Suivie par l'OMS<sup>(44)</sup>, c'est la Banque mondiale<sup>(6)</sup> avec son provocant indicateur, le DALY (*Disability Adjusted Life Years*), mesurant le fardeau de la maladie (*burden of disease*) qui a mis le mieux cartes sur table. Le principe en est simple, on cumule sur une même échelle incapacité et mortalité, cette dernière agissant à titre de valeur négative extrême. Tous les autres états de santé sont pondérés en fonction de leur rapport (valorisation) à celle-ci. L'expression populaire « à moitié mort » prend son sens. Les DALY biaisent grossièrement (vous diriez discriminent) en faveur des groupes d'âge jeune et de divers états pathologiques/physiologiques/mentaux. Ils jugent des états de santé supérieurs à d'autres qui ont moins de valeur, mais en revanche plus de poids (*burden*). La santé mentale ressort ainsi hautement prioritaire. Par les seuls indicateurs de mortalité, son poids est très secondaire<sup>(4,7)</sup>. De plus en plus de systèmes de soins, y compris le système canadien dont celui du Québec, utilisent ce référent du fardeau de la maladie. Un indicateur qui ne discrimine rien (âge, pathologie, déficience, sévérité, etc.) me semble dépourvu d'intérêt. Dans le procès *Auton*, un juge de la Cour d'appel aurait reconnu que puisqu'il s'agissait d'enfants, la barre était placée plus haut<sup>(22)</sup>. Sans le savoir probablement, il respectait l'idée des DALY et la valorisation sociale actuelle. On a observé le même phénomène ailleurs<sup>(25)</sup>. Y a-t-il discrimination, du moins non justifiée, pour autant ?

système de soin <sup>(19)</sup>. Dès 1994, un groupe de travail du Barreau canadien était conscient que... *nous ne pouvons pas revenir à l'époque où les considérations économiques n'avaient aucune part dans l'exercice déontologique de la médecine* (page 118 in 24). Ce n'est pas par hasard qu'un accès un peu spécial est concédé aux clients de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) et de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST), malgré tous les euphémismes/précautions/réserves/silences dont on peut l'entourer<sup>25</sup> (10). L'économie hante la santé. Il y a un prix à la vie et à la qualité de vie<sup>26</sup>, même si d'autres éléments contribuent à la décision (6,16,44,54). Le cacher ne modifie pas les faits, mais est plus confortable. En revanche, la justice tend à faire abstraction de l'économie. On m'a tout au plus mentionné de vagues études américaines sur une économie de la justice analogue à l'économie de la santé. Le prix payé n'est effectivement pas affiché, mais il y a nécessairement un coût sous forme d'accès inégal, de variations de résultats pour faits similaires, etc.

## 5- LE RATIONNEMENT ICI ET AILLEURS

La *Loi canadienne sur la santé* repose sur cinq principes <sup>(10,24)</sup>. Ils sont souvent invoqués sur un mode rapide et de façon incantatoire. On tend à les concevoir comme des évidences peu contraignantes auxquelles l'adhésion va de soi. À la réflexion, ceci constitue une erreur. Car notre forme de rationnement en découle. Ces principes sont :

- 
25. Deux assurances publiques québécoises, celle pour les accidents de travail (CSST) et celle pour les accidents de voiture (SAAQ), peuvent servir à illustrer comment des logiques d'assurances publiques peuvent différer et créer des accès différenciés. Pour des clientèles très précises et des circonstances données, ces deux assureurs (SAAQ et CSST) couvrent, à tout le moins partiellement, la perte de revenu et une gamme plus large de services que le système public de soins. Il leur est vital de réduire le risque de chronicité, car dès lors il sera à compenser sous forme de revenu, et surtout d'éviter une reconnaissance à titre d'invalidité. En conséquence, les impératifs pour favoriser une récupération rapide et un éventuel retour au travail sont décuplés. De façon beaucoup plus agressive que le système public de soins, ces deux assureurs n'hésitent pas à acheter des services privés pour éviter les attentes et accélérer le retour aux activités « normales » (principalement le travail). Cela reflète probablement une forme de consensus social.
  26. Certains gains de survie, par exemple de quelques mois, peuvent être obtenus par des traitements extrêmement coûteux. L'organisation chargée d'évaluer les technologies en Angleterre (NICE) a mis en quelque sorte une fourchette de prix au-delà de laquelle un traitement n'est plus considéré pour fins de couverture. De tels choix sont faits par tous les systèmes, mais avec de fortes variations et sans qu'il y ait débat <sup>(16)</sup>.

- A) **L'universalité.** Mais, cette universalité se réduit aux deux piliers que sont le centre hospitalier (CH) et/ou les services dispensés par un médecin.
- B) **L'intégralité ou la globalité de la couverture.** Au Canada, cette intégralité porte sur ce qui est « médicalement requis », mais au sens de ce qui est fait par un médecin ou en centre hospitalier. En conséquence, plusieurs composantes des soins primaires, courantes en d'autres systèmes publics, ne sont pas incluses ou le sont de manière aléatoire, selon les époques ou les provinces (ex. : soins dentaires, vision, physiothérapie, médicaments, services de longue durée, soins palliatifs). Des services sont ou totalement gratuits ou intégralement non assurés. Dans plusieurs cas, nous avons... *suivi la logique du tout ou rien* (page 13 in 13).
- C) **L'accessibilité.** Une accessibilité libre de tout obstacle financier conduit à une gratuité totale au moment de la consommation, mais limitée aux seuls services des centres hospitaliers ou des médecins. Ce bannissement des frais aux usagers est compensé par les « corrections » de fait apportées sous la réserve d'un accès raisonnable ou de contraintes de ressources au Québec<sup>(10)</sup>. Des freins non monétaires sont imposés aux usagers, ils peuvent s'avérer « coûteux » de leur point de vue (ex. : attentes, reports de dernière minute, discontinuités des services).
- D) **La transférabilité.** Au départ, la transférabilité s'appliquait aux déplacements entre provinces, un Canadien devant être couvert partout. Dans les faits, elle a conduit à une très grande liberté dans le choix du médecin ou de l'hôpital. En principe, elle peut s'exercer en tout temps auprès de tout établissement hospitalier et de tout médecin de famille ou même de médecins spécialistes. Tout établissement et tout médecin peuvent sporadiquement devenir responsables de tout client. La mobilité est forte, mais la responsabilité clinique sporadique et, pour rationner, l'offre est « étranglée » (ex. : prothèses, ratio de médecin).
- E) **Le caractère public.** Le caractère public de la gestion et du financement est affirmé. On en déduit qu'il existe un monopole public interdisant *de facto* l'existence d'assurances privées parallèles pour les services des deux piliers que sont le CH et le médecin<sup>(24)</sup>. Ce que remet en cause le jugement *Chaoulli-Zeliotis*.

Ces principes font qu'on peut parler d'un « modèle canadien » se démarquant des autres systèmes publics. C'est qu'une forme spécifique de rationnement résulte de l'application et de la compréhension des cinq principes de la Loi canadienne sur la santé <sup>(10,24)</sup>. Et c'est ainsi que diverses mesures de rationnement de l'offre de services font partie intégrante de la mécanique du système <sup>(page 127 in 31)</sup>. Elles diffèrent peu entre provinces, mais sensiblement des méthodes européennes. Aucune de ces dernières ne fut invoquée par les juges majoritaires. En comparaison d'autres systèmes nationaux, le rationnement canadien se manifeste par des « trous » (ex. : services non assurés) et un étranglement plus poussé de l'offre (ex. : nombre de médecins, nombre de lits, ressources intermédiaires disponibles) <sup>(10,20)</sup>. De là, la prudence face à l'extension éventuelle de l'assurance privée qui devra couvrir à partir de la même offre médicale ou hospitalière congrue. Pour rationner, les autres pays utilisent davantage d'autres contraintes ou incitatifs économiques ou non économiques (ex. : ticket orienteur, entraves aux déplacements, mode de rémunération par capitation, etc.) <sup>(10,11,44)</sup>. La comparaison sélective (*cherry picking*) permet d'éviter de mettre en balance ces choix et leurs contreparties.

Dans les textes officiels, ce rationnement est très rarement avoué au Canada et jamais décrit. Ainsi, on n'en trouve nulle mention dans le rapport Romanow <sup>(50)</sup> malgré les études commandées à Shiell et Mooney <sup>(53)</sup> et Ramsay <sup>(48)</sup>, aux conclusions aussi claires que déplaisantes. Ce silence aseptise la participation démocratique, accentue l'incompréhension et favorise l'éclosion d'une insatisfaction. Elle cherchera à s'exprimer dans le seul choix offert... *au public, les contester après coup* <sup>(page 105 in 24)</sup>. Les tribunaux peuvent répondre à l'appel, Maioni et Manfredi <sup>(35)</sup> nous signalent que nous le vérifions régulièrement. Ce me semble une forme assez fastidieuse de participation démocratique.

On doit insister sur le fait que, contrairement à une légende répandue, le Canada (peu importe la province) est un des pays faisant le plus de place à l'assurance privée de santé <sup>(43)</sup>. Cette forte présence s'explique en partie par une couverture d'assurance publique parmi les plus étroites. De plus, l'offre publique y est « étranglée », notamment par un faible ratio de médecins<sup>27</sup>. C'est un prix à payer pour une

27. Notre ratio de médecin est d'environ 2,1/1000, le plus faible des pays développés avec celui des Anglais <sup>(43)</sup>. Ces derniers sont cependant dotés d'une forte première ligne. Les médecins de famille y pratiquent en exclusivité, la clientèle est inscrite, le mode de rémunération est mixte et adéquat, le soutien paramédical et informatique incomparable. Il en est de même du ratio danois pour les seuls médecins de

gratuité d'accès aux hôpitaux ou médecins et une absence de contraintes à la mobilité<sup>28</sup>.

## CONCLUSION

Formel ou de fait, l'interdit canadien d'assurance privée pèse sur deux points : médecins et hôpitaux. C'est une exclusivité occidentale. Elle est partie intégrante de notre logique de rationnement. Si le jugement Chaoulli-Zeliotis peut modifier la forme de rationnement, il ne change pas la réalité. Dès lors, on doit reconnaître que des jugements de tribunaux dictent bien une portion de l'allocation de ressources<sup>(22,29,35,51)</sup>.

La question du rationnement est centrale<sup>29 (10,39)</sup>. Les juges dissidents l'ont bien compris. Pour Shiell et Mooney la... *plus grave menace qui pèse sur le régime est notre réticence à nous attaquer à ce problème* (pageIV in 53). Mais pour s'attaquer à un problème, il faut d'abord le reconnaître. Il reste à voir si le processus doit être explicite, ce que préfèrent de plus en plus d'auteurs ou même d'administrations, ou demeurer implicite<sup>(5,22,38,48,53,54)</sup>.

Un processus explicite peut être examiné, critiqué et jugé, dans tous les sens de ce dernier terme<sup>(53)</sup>. Un processus implicite favorise des décisions... *historically based, ad hoc, opaque, and lacking a scientific foundation* (page 506 in 22). Il devient difficile de se défendre, lorsque des comptes sont demandés<sup>(24)</sup>. Paradoxalement, il est encore plus tentant de le faire. Dans la cause *Auton*, Greschner et Lewis<sup>(22)</sup> voyaient une occasion ratée d'obliger les appareils gouver-

---

famille, ils ont toutefois plus de spécialistes. Dans les deux cas, tout usager a son médecin de famille. Après nous viennent des pays intermédiaires comme la Turquie, le Mexique, etc. Fait à noter, parmi les pays européens ayant servi aux juges à comparer, c'est en Angleterre que la coexistence assurance publique/privée semble avoir induit le plus de difficultés. Ceci dit le système survit, et plutôt bien depuis quelques années.

28. Depuis la fin des années 1990, la hausse rapide des admissions en faculté de médecine modifiera progressivement la réalité. Le ratio de médecins se haussera. Il reste à voir si les coûts exploseront simplement ou si d'autres paramètres de rationnement seront instaurés. Une assurance privée duplicative poserait alors moins de difficultés. Mais seulement moins, car des irritants demeureront (*no free lunch*).
29. C'est aux États-Unis, dans l'État de l'Oregon à la fin des années 1980, qu'est survenu le premier cas reconnu de décès dû à un rationnement explicite des soins<sup>(55)</sup>. Un enfant était touché, Coby Howard. On s'y réfère encore<sup>(45)</sup>. La transparence américaine fut exceptionnelle. On peut dire pourquoi, comment et contre qui les choix faits ont joué. Le niveau de participation et de contestation fut conséquent. Dire que cette transparence américaine n'a pas fait école est un euphémisme. Toutefois, par comparaison, elle demeure une référence pour les bio-éthiciens<sup>(5)</sup>.

nementaux à exposer le rationnel à la base des choix. Le jugement de la Cour suprême en constitue une autre. Pour Low, ce jugement lance un avertissement aux appareils gouvernementaux... *to stop speaking in platitudes* (page 5 in 33).

Pour expliquer leur positionnement en retrait, les juges dissidents ont systématiquement évoqué la réalité du rationnement. De ce fait, le problème leur paraît politique, non juridique. Or, **officiellement**, au Canada (Québec inclus) il n'y a pas de rationnement. En forum public, il ne peut donc être explicité, discuté ou comparé. Les juges dissidents ne pouvaient référer aux politiques gouvernementales pour étayer leur positionnement, seuls des avis d'experts purent être évoqués. Les pénibles questions : rationner au nom de quoi ? et par quels moyens ? restent tues. Pourtant, des individus ou groupes sont inévitablement affectés. Tous les juges ont en quelque sorte invité les citoyens à recourir aux tribunaux s'ils se croient lésés. Cette tendance était déjà notable, on peut parier sur son accentuation. Une hypothèse se dessine : en santé à tout le moins, le silence des administrations publiques suscite possiblement un sonore écho juridique.

**ANNEXE 1 : LE SYSTÈME IDÉAL**

Recourir à des pièces détachées permet de reléguer aux oubliettes les aspects déplaisants de chaque système pour rêver le modèle idéal, mais non pas le construire. En primeur, je vous l'offre. On y observerait à la fois :

- 1- Le soutien allemand aux aidants. On y a dépassé le stade de simple « danse de la pluie ». Vacances, répit, formation, etc. sont réels, prévisibles, garantis et ne changent pas en fonction du quartier ou du moment.
- 2- Les listes d'attente belges (inexistantes ou presque).
- 3- La disponibilité française de médecins ( $\pm 60$  % de plus de médecins qu'ici). Bien qu'en baisse, la visite à domicile demeure une pratique courante.
- 4- Les centres de pointe américains. Si vous êtes assurés en conséquence, le « top » de la technologie est à votre portée, peut-être même trop (risque iatrogène). Vous pouvez avoir droit à des suites hospitalières pouvant rivaliser avec les plus grands hôtels.
- 5- La gamme norvégienne de soins. Les soins primaires, tellement publicisés au Canada, y trouvent pleinement place dans la couverture d'assurance.
- 6- Les faibles coûts finlandais. Dans le pays le plus compétitif, c'est le système occidental actuellement le moins cher et avec, en prime, la plus forte satisfaction dans la population.
- 7- Les systèmes d'information anglais, un modèle étudié par plusieurs pays. Seuls des systèmes spécifiques américains peuvent rivaliser (ex. : VHA).
- 8- Les soins dentaires suédois. Ils font partie de la couverture publique, en particulier pour les enfants.
- 9- La solidarité hollandaise. On assiste même à une consolidation du secteur public.
- 10- Les soins de longue durée danois. Ils ont fait et font encore école.

- 11- Le vernis des Suisses. Les établissements et les équipements sont rutilants. Vous pourriez manger par terre.
- 12- L'universalité et la gratuité canadiennes, mais étendues à tous les éléments ici-dessus.

Comme le dit un célèbre commercial... *si ça existait on l'aurait*. Si justement nous ne l'avons pas, ni nous ni personne, c'est que divers avantages tendent à se payer par divers désavantages. Ainsi, par opposition à la situation canadienne, la participation aux coûts est variée et sensible en plusieurs endroits (ex. : Belgique, États-Unis, France, Finlande, Suisse), les contraintes à la mobilité des usagers ou médecins sont importantes (ex. : Angleterre, Danemark, Finlande, Norvège, Suède), l'universalité réduite (ex. : États-Unis), finalement divers incitatifs économiques et non économiques encadrent solidement la pratique (ex. : Angleterre, Danemark, Hollande, États-Unis, Finlande). On peut considérer des agencements comme plus satisfaisants que la situation canadienne ou offrant des enseignements précieux, mais le système idéal sur tous les plans n'existe pas.



**BIBLIOGRAPHIE**

- [1] AIKEN, L., et al., « Nurses' reports on hospital care in five countries » in *Health Affairs*, 2001, 20, 3 (May/June) : p. 43-54.
- [2] ALEXANDER, C., « The Costs of Denying Scarcity » in *Arch. Inter. Med.*, 2004, 164 (March) : p. 593-596.
- [3] ANDERSON, G.F., HUSSEY, P.S., FROGNER, B.K., WATERS, H.R., « Health Spending in the United States and the Rest of the Industrialized World » in *Health Affairs*, 2005, 24, 4 (August) : p. 903-914.
- [4] ANDREWS, G., « Managing Scarcity : A Worked Example Using Burden and Efficacy », <[www.crufad.com/research/burden.htm](http://www.crufad.com/research/burden.htm)>, Australia, UNSW, School of Psychiatry, 2001, 9 p.
- [5] BAILLY, M.A., « Managed Care Organizations and the Rationing Problem » in *Hastings Center Report*, 2003, 33, 1 (January) : p. 34-42.
- [6] BANQUE MONDIALE, « Rapport sur le développement dans le monde 1993 – investir dans la santé », Washington, Banque mondiale, 1993, 339 p.
- [7] BIJL, R.V., « The Prevalence of Treated and Untreated Mental Disorders in Five Countries » in *Health Affairs*, 2003, 22, 3 (June) : p. 122-133.
- [8] BLENDON, R.J., SCHOEN, C., DESROCHES, C.M., OSBORN, R., SCOLES, K.L., ZAPERT, K., « Inequities in Health Care : A Five-Country Survey » in *Health Affairs*, 2002, 21, 3 (May) : p. 182-191.
- [9] BRUNELLE, Y., « Des choix ? Possiblement moins, mais certainement plus de place à la contestation », Colloque des Économistes québécois, Gatineau, ministère de la Santé et des Services sociaux, 2005, 14 p.
- [10] BRUNELLE, Y., « La réponse spécifique d'un système particulier : Les groupes de médecine de famille », Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction générale des affaires médicales et universitaires, 2003, 42 p.

- [11] BUSSE, R., et al., « Health care systems in eight countries : trends and challenges » [s.1.], European Observatory on Health Care Systems, 2002, p. 1-110.
- [12] COMITÉ DE TRAVAIL SUR LA PÉRENNITÉ DU SYSTÈME, « Pour sortir de l'impasse : la solidarité entre nos générations », Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec, 2005, 145 p.
- [13] CONSEIL DE LA SANTÉ ET DU BIEN-ÊTRE, « Évolution des rapports publics-privés dans les services de santé et les services sociaux », Québec, CSBE, 1997, 60 p.
- [14] COUR SUPRÊME DU CANADA, *Chaoulli c. Québec*, 2005, <www.lexum.umontreal.ca>, Ottawa, Cour suprême du Canada, 2005, 126 p.
- [15] DERFEL, A., « Private health care isn't a Canadian reality » in *The Gazette*, 19 juin 2005.
- [16] DEVLIN, N., PARKIN, D., « Does NICE have a cost-effectiveness threshold and what other factors influence its decisions ? A binary choice analysis » in *Health Economics*, 2004, 13, 5 (May) : p. 437-452.
- [17] EISENBERG, J.M., « What does evidence mean ? Can the law and medicine be reconciled ? » in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 2001, 26, 2 (April) : p. 369-381.
- [18] FLYNN, R.J., LAPOINTE, N., WOLFENBERGER, W., THOMAS, S., « Quality of institutional and community human service programs in Canada and the United States » in *Journal of Psychiatry & Neuroscience*, 1991, 16, 3 : p. 146-153.
- [19] FORTIN, J., « Les théories de la justice et l'allocation des ressources dans les milieux de santé » dans *Allocation des ressources en cardiologie*, 1990, 39, 8 : p. 487-491.
- [20] FOURNIER, M.A., « Les politiques de main-d'œuvre médicale au Québec : bilan 1970-2000 » dans *Ruptures*, 2001, 7, 2 : p. 79-98.
- [21] GILL, D.G., INGMAN, S.R., CAMPBELL, J., « Health care provision and distributive justice : end stage renal disease and the elderly in Britain and America » in *Social Science and Medicine*, 1991, 32, 5 : p. 565-577.

- [22] GRESCHNER, D., LEWIS, S., « *Auton and Evidence-Base Decision-Making : Medicare in the Courts* » dans la *Revue du Barreau canadien*, 2003, 82 : p. 501-535.
- [23] GROUPE DE TRAVAIL SUR LES PRIORITÉS DE SERVICES [...], « Rapport du groupe de travail sur les priorités de services médicaux et les délais d'accès raisonnables aux soins médicaux », Collège des médecins du Québec, [s.1.], Montréal, 2001, 13 p.
- [24] GROUPE DE TRAVAIL SUR LES SOINS DE SANTÉ DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, « Un droit à la santé ? Réflexions en vue d'une réforme canadienne », Ottawa, Association du Barreau canadien, 1994, 122 p.
- [25] HAM, C., « Tragic choices in health care : lessons from the child B case » in *British Medical Journal*, 1999, 7219 : p. 1258-1261.
- [26] HODGE, M.J., DOUGHERTY, G.E., PLESS, B., « Pediatric mortality and hospital use in Canada and the United States, 1971 through 1987 », in *American Journal of Public Health*, 1995, 85, 9 : p. 1276-1279.
- [27] HORNBERGER, J.C., GARBER, A.M., JEFFERY, J.R., « Mortality, hospital admissions and medical costs of end-stage renal disease in the United States and Manitoba, Canada » in *Medical Care*, 1997, 35, 7 : p. 686-700.
- [28] HOUDART, P., MALYE, F., VINCENT, J., « Le palmarès des hôpitaux » dans *Sciences et Avenir*, 1998 (sept.) : p. 32-70.
- [29] JENSEN, G.A. MORRISEY, M.A., « Employer-sponsored health insurance and mandated benefit laws » in *The Milbank Quarterly*, 1999, 77, 4 : p. 425-459.
- [30] LAJOIE, A., « Les instruments juridiques » dans Colloque Jean-Yves Rivard, « La réforme des affaires sociales au Québec : instruments et contraintes », 1<sup>er</sup> Colloque, Montréal, Université de Montréal, Éditions administration et santé, 1979, p. 9-14.
- [31] LAVERDIÈRE, M., « Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la Charte canadienne des droits et... », dans la *Revue de Droit*, 1998, 29, 1-2 : p.117-221.

- [32] LEENEN, H.J.J., « Euthanasia, assistance to suicide and the law : developments in the Netherlands » in *Health Policy*, 1987, 8 : p. 197-206.
- [33] LOW, M.D., WAKULOWSKY, L., MYOSA, G., « Failing on the fundamentals : The Chaoulli decision », Toronto, McMillan Binch Mendelsohn LLP, 2005, 5 p.
- [34] MAARSE, H., PAULUS, A., « Has Solidarity Survived ? a Comparative Analysis of the Effect of Social Health Insurance Reform in Four European Countries », *Journal of Health Policy and Law*, vol. 28, n. 4, [s.1.], 2003, p. 585-614.
- [35] MAIONI, A., MANFREDI, C., « When the Charter Trumps Health Care – A Collision of Canadian Icons » in *Options Politiques*, 2005 (septembre) : p. 52-56.
- [36] MARK, D.B., et al., « Use of medical resources and quality of life acute myocardial infarction in Canada and the United-States » in *New England Journal of Medicine*, 1994, 331, 17 : p. 1130-1135.
- [37] MARMOR, T., « An American in Canada – Another View of the Supreme Court Decision on Health Care » in *Policy Options*, 2005 (September) : p. 63-65.
- [38] MARMOR, T.R., BOYUM, D., « Medical care and public policy : the benefits and burdens of asking fundamental questions » in *Health Policy*, 1999, 49, 1-2 : p. 27-43.
- [39] MAYNARD, A., DIXON, A., « Private health insurance and medical savings accounts : theory and experience », Funding health care : options for Europe, Buckingham, Josep Figueras, Martin McKee, Elias Mossialos and Richard B. Saltman, 2002, p. 109-127, *European Observatory on Health Care Systems Series*.
- [40] MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, « Le Québec comparé : Indicateurs sanitaires, démographiques et socio-économiques », Évolution de la situation québécoise, canadienne et internationale, Québec, MSSS, Direction générale de la planification et de l'évaluation, 1995, 288 p.

- [41] MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, « Rapport comparatif sur la santé de la population québécoise et sur la performance du système de santé québécois » Indicateurs et tendances, Faits saillants, Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, Québec, 2002, p. 1-12.
- [42] NG, E., « Recul de la mortalité par âge chez les enfants et les aînés, au Canada et aux États-Unis, 1971-1989 », dans *Rapports sur la santé*, 1992, 4, 4 : p. 367-378.
- [43] ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, « L'assurance-maladie privée dans les pays de l'OCDE », Paris, Organisation de coopération et de développement économique, 2004, 264 p., Le projet de l'OCDE sur la santé.
- [44] ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, « Rapport sur la santé dans le monde 2000 », Résumé et rapport, Genève, OMS, 2000, p. 0-237.
- [45] PATEL, K., « Euthanasia and Physician-Assisted Suicide Policy in the Netherlands and Oregon : A comparative Analysis » in *Journal of Health and Social Policy*, 2004, 19, 1 : p. 37-55.
- [46] PERLIN, J.B., KOLODNER, R.M., ROSWELL, R.H., « The Veterans health Administration : Quality, Value, Accountability and Information as Transforming Strategies for Patient-Centered Care » in *Healthcare Papers*, 2005, 5, 4 : p. 9-24.
- [47] POLTON, D., ROCHAIX, L., « Partage optimal entre assurance maladie privée et publique : la situation française au regard des expériences étrangères », Économie publique, Marseille, Institut d'économie publique, 2004, 19 p., *Revue de l'Institut d'économie publique*.
- [48] RAMSAY, C., « Un cadre de détermination de l'ampleur du financement public des programmes et services », Ottawa, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, 2002, p. 1-36, Étude #16.
- [49] ROCHEFORT, D.A., « The role of anecdotes in regulating managed care » in *Health Affairs*, 1998, 17, 6 : p. 142-149.

- [50] ROMANOW, R.J., « Guidé par nos valeurs », Ottawa, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, 2002, 389 p.
- [51] RUNCIMAN, W.B., MERRY, A.F., TITO, F., « Error, Blame and the Law in health Care – An Antipodean Perspective » in *Annals of Internal Medicine*, 2003, 138, 12 (June) : p. 974-979.
- [52] SCHIEBER, G.J., POULLIER, J.-P., « International health care expenditure trends : 1987 », in *Health Affairs*, 1989, 8, 3 : p. 169-177.
- [53] SHIELL, A., MOONEY, G., « Cadre d'évaluation de la portée du financement public des programmes et des services », Ottawa, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, 2002, p. 1-33, Étude #6.
- [54] SYRETT, K., « A technocratic Fix to the Legitimacy Problem ? », The Blair Government and Health care Rationing in the United Kingdom, in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 2003, 28, 4 (August) : p. 715-746.
- [55] U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, EVALUATION OF THE OREGON MEDICAID PROPOSAL, « Evaluation of the Oregon Medicaid proposal », Washington, D.C., Congress of the United States, Office of Technology Assessment, 1992, 327 p.
- [56] WOOLHANDLER, S., CAMPBELL, T., HIMMELSTEIN, D.U., « Costs of Health Care Administration in the United States and Canada » in *New England Journal of Medicine*, 2003, 349, 8 (August) : p. 768-775.
- [57] WORKING GROUP ON QUALITY INDICATORS, « First Report and Recommendations of the Commonwealth Fund's International Working Group on Quality Indicators », <[www.cmwf.org](http://www.cmwf.org)>, The Common Wealth Fund, 2004, 118 p.