

LA VALEUR DE L'IMPUTABILITÉ DANS L'ALLOCATION DES RESSOURCES AU CANADA : UNE PERSPECTIVE DE POLITIQUES PUBLIQUES

Catherine Régis*

L'auteur explore le rôle qu'occupe le principe d'imputabilité au sein des processus d'allocation des ressources publiques en santé au Canada. Pour se faire, une approche de politiques publiques, laquelle s'écarte d'une vision juridique traditionnelle, est employée. L'auteur constate que ce principe requiert la possibilité de demander des justifications et d'imposer des conséquences aux décideurs dans le système de santé. L'imputabilité demeure peu reflétée présentement dans les processus décisionnels d'allocation des ressources. Or, ce principe joue un rôle clé dans l'amélioration de ces processus et, conséquemment, de la qualité des soins et services. Qui plus est, l'imputabilité contribue à améliorer la confiance des citoyens envers leur système de santé. L'auteur termine en explorant des pistes de solution possibles afin d'augmenter la présence de cette valeur dans ce secteur névralgique d'activités et discute du rôle des mécanismes de résolution des conflits à cet égard, et de celui des tribunaux spécifiquement. Elle note que les tribunaux, bien qu'ils offrent un potentiel intéressant, n'ont pas joué un rôle prédominant en ce sens jusqu'à présent. L'affaire Auton de la Cour suprême du Canada illustre ce point. Enfin, la voie de l'ombudsman spécialisé dans le secteur de la santé représente une option à considérer pour améliorer la présence de la l'imputabilité dans les processus décisionnels d'allocation des ressources en santé.

INTRODUCTION	48
I. LES GRANDS PRINCIPES DE L'ALLOCATION DES RESSOURCES AU CANADA	49
II. L'IMPUTABILITÉ FACE À L'ALLOCATION DES RESSOURCES.....	54
III. UNE PROBLÉMATIQUE DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ.....	56
IV. L'INTERVENTION DES TRIBUNAUX : UNE PARTIE DE LA SOLUTION ?	57
CONCLUSION	63

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Le texte est inspiré d'une conférence donnée par l'auteur à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier et parue dans l'ouvrage suivant: Catherine Régis, «Allocation des ressources en santé au Canada et imputabilité: il y a loin de la coupe aux lèvres», dans *Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, 2008, pp. 235-259. Je remercie le professeur Stéphane Bernatchez pour ses précieux commentaires; l'auteur demeure toutefois entièrement responsable des propos émis dans ce texte.

INTRODUCTION

La santé—source d'intérêt et de préoccupation plurielle et transfrontalière — rassemble les patients, les familles, et les citoyens face à l'inéluctable réalité que représente la survenance de la maladie et de la mort¹. La majorité des systèmes de santé dans le monde entérine une composante importante de gestion et de financement publics, ce qui témoigne de l'ampleur de cette préoccupation au sein des sociétés. Mais comment s'assurer que les priorités des systèmes de santé rejoignent adéquatement les besoins des individus qui les financent (via leurs taxes ou à même leurs finances personnelles) et en utilisent les services ? Nous proposons que l'imputabilité, un principe clé associé à la bonne gouvernance, est nécessaire pour répondre à cette question.

La valeur d'imputabilité, un standard en émergence dans la gestion des systèmes de santé et en lien avec la montée du discours économique dans ce secteur, favorise une plus grande exploration des rôles, responsabilités, et interactions entre les différents acteurs de ces systèmes. Cette valeur s'intéresse à plusieurs questions : comment les décisions sont-elles prises ? par qui ? et pourquoi ? Elle met de plus l'emphase sur les processus décisionnels — partageant ici une préoccupation similaire à la justice procédurale avec toutefois un fondement, une portée, et un but différents. Elle propose complémentaires d'offrir une réponse à la question de savoir face à qui, ou encore vers quelle institution, un individu peut-il se tourner en cas d'insatisfaction ? En outre, l'imputabilité requiert que les personnes bénéficiant de pouvoirs discrétionnaires soient aussi transparentes que possible dans leurs décisions.

Considérant que le système de santé est au cœur des préoccupations des citoyens et des gouvernements, l'imputabilité dans les systèmes de santé devient une valeur à implanter pour faire le pont entre ces deux acteurs et assurer la pérennité des systèmes financés par les fonds publics, lesquels font face à des pressions financières et privatistes grandissantes en raison, notamment, de l'escalade des coûts liés aux médicaments. Qui plus est, certains pays dont le Canada doivent composer avec une crise de légitimité envers les institutions gouvernantes². Le système de santé canadien étant en grande partie administré (sur le plan macro) et financé par le gouvernement, notamment pour la portion ayant trait aux services *médicaux* et *hospitaliers*, cette crise de légitimité affecte directement le système³.

Or, tel que nous le verrons dans cet article, le manque d'imputabilité dans le domaine de l'allocation des ressources en santé au Canada est une problématique réelle et préoccupante qui mérite une attention particulière.

Cet article propose une réflexion sur, d'abord, l'importance de la valeur d'imputabilité dans la gestion des systèmes de santé et, ensuite, sur le rôle de l'institution judiciaire dans l'atteinte d'objectifs d'imputabilité. Nous étudions ces problématiques à la lumière d'une approche de politiques publiques, ce qui se distingue d'une analyse juridique stricte. Cet article est divisé en

¹ Bien que le concept de santé ne doive pas être limité au sens restreint de «l'absence de maladie». L'Organisation mondiale de la santé définit la santé comme suit : «La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.» Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, préambule, en ligne : <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf>.

² Canada, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Comment faire participer vraiment le public à l'élaboration et au maintien d'une vision globale du système de santé correspondant à ses valeurs et à ses principes ?* (Étude n° 33 par Harley D. Dickinson), Saskatoon, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, 2002.

³ Cette crise de confiance a été mentionnée à l'occasion du rapport final de la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada ainsi que dans la décision *Chaoulli c. Québec (P. G.)*, [2005] 1 R.C.S. 791 [*Chaoulli*]. Pour la première référence, voir : Canada, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Guidé par nos valeurs : l'avenir des soins de santé au Canada* — Rapport Final, Saskatoon, 2002 (Commissaire : Roy J. Romanow) [Commission Romanow].

trois parties. Dans la première, nous expliquons brièvement les grands principes du processus d'allocation des ressources dans le système de santé public au Canada. Dans la deuxième partie, nous définissons plus précisément ce en quoi consiste la dynamique d'imputabilité ainsi que son rôle, cette étape étant nécessaire pour aborder par la suite la problématique du manque d'imputabilité face au processus d'allocation. Enfin, dans la dernière partie, nous discutons du rôle des tribunaux face à cette problématique : représentent-ils une partie de la solution ? En d'autres mots, les tribunaux ont-ils un rôle à jouer dans l'injection d'une dynamique d'imputabilité auprès des acteurs clés du système de santé ? Nous verrons que si l'institution judiciaire offre un potentiel unique en ce sens, l'histoire nous a démontré à ce jour qu'elle a été peu disposée à jouer pleinement ce rôle pour la détermination des soins financés par les fonds publics au Canada.

I

LES GRANDS PRINCIPES DE L'ALLOCATION DES RESSOURCES AU CANADA

Avant de discuter du processus d'allocation des ressources en santé au Canada, il convient d'abord de démystifier les bases sur lesquelles le système de santé est fondé. Il ne s'agit pas ici d'exposer les subtilités financières et organisationnelles qui peuvent varier à l'échelle du pays mais de donner une perspective générale afin de mieux situer le lecteur face aux enjeux discutés dans cet article. En fait, il n'existe pas de système de santé «canadien» comme tel, mais autant de systèmes qu'il y a de provinces et de territoires au Canada puisque la santé est principalement un domaine de compétence provinciale/territoriale (et non fédérale) en vertu de la Constitution canadienne⁴. En d'autres mots, chaque province et territoire est libre d'établir les règles de financement, d'allocation, et de gestion des soins de santé qui lui semblent appropriées eu égard à sa population et ses besoins. Les systèmes provinciaux et territoriaux partagent néanmoins des caractéristiques communes qui établissent une certaine uniformité pancanadienne dans le secteur des soins de santé, et ce, en raison de l'existence de la *Loi canadienne sur la santé (LCS)*⁵. C'est donc cette loi, dont les principes ont été repris au sein de la législation provinciale/territoriale, qui a contribué à ancrer les bases fondatrices des systèmes actuels et qui permet incidemment la référence à un système de santé «canadien» en raison de l'homogénéité qu'elle crée. Pour les Canadiens, plus qu'un simple instrument juridique, cette loi a une valeur symbolique et identitaire importante⁶.

Or, comment expliquer l'existence d'une loi canadienne dans un domaine de compétence provinciale ? Le gouvernement fédéral a utilisé, comme il le fait dans d'autres secteurs d'activité provinciale, son «pouvoir de dépenser»⁷ afin de s'immiscer dans le domaine de la santé. Le but de la *LCS* consiste à mentionner les critères à respecter par les provinces et territoires dans la gestion et le financement de leur système de santé afin de recevoir une portion de financement fédéral — lequel peut être retenu ou réduit en cas de non-respect de ces critères. Les cinq conditions principales sont les suivantes : la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité, et l'accessibilité⁸. Le critère de l'intégralité est particulièrement pertinent à la détermination de la liste des soins et services financés par les fonds publics (article 9). Celui-ci requiert que les régimes provinciaux d'assurance-maladie couvrent les

⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3, art. 92, al. 7, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

⁵ R.S.C. 1985, c. C-6 [*LCS*].

⁶ Ceci a été mentionné à plusieurs reprises à l'occasion de diverses commissions sur les soins de santé, notamment la Commission Romanow, *supra* note 3, ainsi que l'arrêt *Chaoulli*, *supra* note 3.

⁷ Voir Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Rôles et responsabilités en matière de politique des soins de santé* (Étude n° 34) par Antonia Maioni, Saskatoon, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, 2002. Le pouvoir de dépenser s'infère des articles 91(1)(A), 91(3) et 106 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4.

⁸ *LCS*, *supra* note 5, art. 7.

services de santé fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes. Nous y reviendrons dans le paragraphe suivant. Pour les fins du présent article, il n'est pas pertinent de définir plus amplement ces critères. Il suffit de retenir que l'homogénéité des soins de santé au Canada tient principalement à un outil de transfert fiscal entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux. Jusqu'à présent, les provinces n'ont pas eu le luxe de pouvoir se passer de ces transferts, considérant les pressions financières croissantes exercées par l'industrie des soins de santé sur les gouvernements et les contribuables.

Les soins de santé qui doivent être assurés, en vertu du critère d'intégralité, par les provinces/territoires au sens de la LCS, englobent principalement les services «hospitaliers» et «médicaux». Les premiers sont définis comme étant les services offerts dans un hôpital ainsi que «médicalement nécessaires» et les seconds étant évasivement et circulairement définis comme étant les «services médicalement nécessaires fournis par un médecin». La LCS ne fournit aucune définition de ce qui est «médicalement nécessaire». Cette tâche revient aux provinces et territoires.

Outre les cinq conditions mentionnées précédemment, la LCS précise deux interdictions importantes à respecter par les provinces et territoires afin de ne pas être pénalisés à l'occasion des transferts fédéraux. Les gouvernements ne peuvent permettre la surfacturation⁹ et les frais modérateurs¹⁰. La première interdiction empêche les médecins de demander aux patients un montant plus élevé pour leurs services que ce qui est autrement autorisé par le régime public. La deuxième interdiction requiert que tous les services couverts par le régime d'assurance santé provincial ou territorial soient fournis sans aucune contribution directe des usagers. En d'autres mots, il n'est pas possible d'imposer un «ticket modérateur». La présence du secteur public dans les soins de santé au Canada est donc principalement sectorielle et non populationnelle, c'est-à-dire qu'elle vise des domaines précis du système de santé (surtout les soins médicaux et hospitaliers) et non des groupes de population (riches versus pauvres)¹¹.

Une première conséquence liée à l'existence de la LCS est que pour les services médicaux et hospitaliers médicalement nécessaires, il n'est pas possible, en pratique, d'acheter une assurance privée afin d'obtenir un passage permettant d'éviter la file d'attente du secteur public. Le seul critère de discrimination permis afin d'avoir accès à de tels soins au Canada est, en principe, celui basé sur les besoins des individus : «À chacun suivant ses besoins socialement reconnus»¹². C'est sur la base de ce principe de solidarité que s'est bâti le système de santé au Canada¹³. La Cour suprême du Canada est toutefois venue dire en 2005 dans l'arrêt *Chaoulli* que le gouvernement du Québec ne peut interdire la possibilité d'acheter une assurance privée pour des soins médicalement requis dans la mesure où il ne remplit pas adéquatement ses obligations dans le système public. Notamment, il se doit d'offrir des soins dans un délai raisonnable.

⁹ *Ibid.*, art. 18.

¹⁰ *Ibid.*, art. 19.

¹¹ Voir Colleen M. Flood, Mark Stabile et Sasha Kontic, «Finding Health Policy 'Arbitrary': The Evidence on Waiting, Dying, and Two-Tier Systems» dans Colleen M. Flood, Kent Roach et Lorne Sossin, dir., *Access to Care, Access to Justice: The Legal Debate Over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005 à la p. 296 [*Access to Care, Access to Justice*].

¹² Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983 à la p. 91. La traduction est celle de l'auteure. L'original se lit comme suit : «[T]o each according to his socially recognized needs.»

¹³ L'affaire *Chaoulli*, *supra* note 3, rendue en 2005 par la Cour suprême du Canada constitue une brèche importante à ce principe mais nous ne discuterons pas des détails de cet arrêt dans le présent article. Voir les nombreux articles écrits sur le sujet, notamment : Marie-Claude Prémont, «L'affaire *Chaoulli* et le système de santé du Québec : cherchez l'erreur, cherchez la raison» (2006) 51 R.D. McGill 167. Voir aussi Flood, Roach et Sossin, *Access to Care, Access to Justice*, *supra* note 11.

Une deuxième conséquence est que les conditions de la LCS liées au financement fédéral ont fait que la liste des services assurés par les régimes publics d'assurance maladie provinciaux et territoriaux (le « panier de soins ») s'est concentrée autour des soins médicaux et hospitaliers. Par conséquent, cela laisse une multitude de soins et services non couverts par cette loi face à une possibilité de financement privé, dont les médicaments¹⁴, les soins de longue durée et à domicile, les services de psychologie, *etc.* D'ailleurs les régimes publics à travers le Canada couvrent à divers degrés (parfois aucunement) ces autres composantes des services de santé. La nature et l'étendue exactes du partenariat privé/public sont régulièrement méconnues auprès des Canadiens. La participation du privé représente environ 30 % du total des services fournis en santé au Canada¹⁵ et 52 % des dépenses liées aux médicaments prescrits¹⁶. L'intervention du privé consiste en un marché florissant qui évolue parallèlement à la diversification et le développement de la médecine et de l'industrie des soins de santé ; l'expression « privatisation passive » du système de santé canadien est d'ailleurs souvent employée pour décrire cette réalité. En effet, alors que la dispensation des soins de santé se concentrait principalement autour des hôpitaux et des médecins il y a une trentaine d'années, une panoplie de nouveaux services professionnels, technologiques, et produits pharmaceutiques ont émergé depuis, les médicaments représentant maintenant la deuxième plus importante dépense dans le système de santé et celle qui a augmenté le plus rapidement depuis les dernières années¹⁷.

En ce qui a trait à l'allocation des ressources médicales à l'échelle provinciale/territoriale, la portion des soins et services médicalement nécessaires — et donc le contenu de la liste des services financés par les gouvernements — est en partie déterminée à l'occasion des négociations salariales effectuées entre les associations médicales et les délégués du gouvernement provincial/territorial. Les associations médicales discutent en compagnie des délégués de la liste des services et soins médicaux assurés (ou potentiellement assurés) tout en déterminant la rémunération des médecins associée aux actes médicaux requis pour les effectuer, ce qui inclut les demandes d'augmentation salariale¹⁸. Au Canada, la rémunération des médecins est principalement basée sur le mode du paiement à l'acte, c'est-à-dire que les médecins facturent le gouvernement pour les actes cliniques effectués suivant une tarification définie, par opposition à la réception d'un salaire fixe qui demeure exceptionnel. Le résultat de ce processus de négociation est que la liste des tarifs négociés devient la liste des soins et services financés par le gouvernement et, par conséquent, de ce qui est « médicalement nécessaire »¹⁹. Les dépenses qui seront accordées aux nouveaux services de santé et aux technologies émergentes sont déterminées en fonction de la portion du « budget santé » restant une fois l'augmentation des tarifs allouée²⁰.

¹⁴ Il s'agit ici des médicaments fournis en dehors du centre hospitalier.

¹⁵ Institut canadien d'information sur la santé, *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975 à 2007*, (Ottawa : ICIS, 2007) à la p. 10 [*Tendances*]. Ce pourcentage peut toutefois varier de province en province.

¹⁶ *Ibid.* aux pp. 21-22.

¹⁷ La première dépense demeure celle des hôpitaux qui représentent environ 28,4 % du total des dépenses en santé en 2007. *Ibid.* à la p. xiii.

¹⁸ Voir Colleen M. Flood, «The Anatomy of Medicare» dans Jocelyn Downie, Timothy Caulfield et Colleen M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Ontario, Butterworths, 2002, 1 à la p. 1 ; Joan Gilmour, «Creeping Privatization in Health Care : Implications for Women as the State Redraws Its Role», dans B. Cossman et J. Fudge, dir., *Privatization, Law and the Challenge to Feminism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, 267 aux pp. 277, 281.

¹⁹ Colleen M. Flood, Carolyn Tuohy et Mark Stabile, *What is In and Out of Medicare ? Who Decides ?*, document de travail N° 5, Projet de recherche CHSRF-MOHLTC «Defining the Medicare Basket», 2004, en ligne : University of Toronto Health Law & Policy Group <http://www.law.utoronto.ca/healthlaw/basket/docs/working5_inandout.pdf> ; Colleen M. Flood, «Just Medicare : The Role of Canadian Courts in Determining Health Care Rights and Access» (2005) 33 J.L. Med. & Ethics 669 à la p. 675 [Flood, «Just Medicare»].

²⁰ Flood, Tuohy et Stabile, *ibid.*

Le processus de détermination de ce qui est financé par les fonds publics à l'échelle provinciale/territoriale ainsi que de ce qui est «médicalement nécessaire» a soulevé des préoccupations au fil des années. Certains auteurs ont plaidé en faveur d'une procédure davantage transparente et démocratique²¹. Nous sommes convaincue que le processus actuel devrait être plus ouvert à l'évaluation et la participation publiques, sans pour autant dire que chaque soin et service devrait être discuté publiquement. Il est présentement très difficile, voire impossible, d'obtenir de l'information sur qui est impliqué plus précisément dans ce processus d'allocation, de quelle façon ainsi que sur la base de quels critères les choix des soins financés par le réseau public sont effectués. À titre d'illustration, un groupe de chercheurs de l'Université de Toronto s'est vu opposer un refus des gouvernements provinciaux face à sa demande d'avoir accès aux procès-verbaux des rencontres durant lesquelles le choix des services à ajouter ou retirer du panier de soins est discuté²². Les gouvernements ont justifié ces refus en invoquant le motif que l'accès aux informations contenues dans ces procès-verbaux pourrait miner les relations entre les gouvernements fédéral et provinciaux et révélerait des informations confidentielles²³. Au Québec, il est très ardu, voire impossible, d'avoir accès à l'information utile relativement au processus, qu'il s'agisse de passer via les associations médicales, le Collège des médecins du Québec ou le Ministère de la Santé et des Services Sociaux. Personne ne semble savoir comment les décisions sont prises précisément. Si le processus demeure obscur pour les gens impliqués dans le réseau de la santé, on peut aisément imaginer l'opacité de celui-ci pour les citoyens ordinaires.

Outre cette opacité afférente à une partie centrale du processus décisionnel de l'allocation des ressources en santé au Canada, le processus est teinté d'une apparence de conflits d'intérêts entre les besoins d'un acteur clé du système de santé, le médecin, et ceux des citoyens. Les associations médicales peuvent avoir intérêt à préserver certains services plus lucratifs pour leurs membres au sein de la liste des services assurés, même si ceux-ci mériteraient d'être remplacés par de nouveaux services ou technologies davantage efficaces. Aucune donnée n'indique que cette situation prévaut présentement mais l'apparence de conflits est problématique en soi pour le maintien de la confiance publique. Pour les décideurs politiques, le sujet est délicat (ceux-ci souhaitant rarement entrer en conflit avec les médecins) et peu payant sur le plan politique considérant le manque de connaissance de ces enjeux par les citoyens.

Cette situation, (soit un processus d'allocation des ressources en partie lié aux négociations salariales des médecins) combinée à un financement fédéral axé sur les soins médicaux et hospitaliers, peut mener à un manque de flexibilité afin d'adapter la liste des services assurés face à l'émergence de nouveaux traitements, technologies, ou produits plus efficaces et susceptibles d'offrir aux Canadiens un meilleur rapport coûts/bénéfices. Ces nouvelles options de soins, en effet, pourraient ne pas impliquer des soins administrés par des médecins ou au sein d'un centre hospitalier. Cette conjoncture favorise possiblement le maintien d'un *statu quo* dans les choix d'allocation de ressources qui contraste avec l'évolution rapide et constante de l'industrie des soins de santé.

D'ailleurs, les retraits du panier de soins sont rares et la liste des soins assurés a plutôt tendance à s'allonger sans pour autant être réaménagée. Au meilleur de notre connaissance, le

²¹ Voir par ex. l'exposé de Daniel Weinstock dans Canada, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Médicalement nécessaire : de quoi s'agit-il et qui décide ?* (Dialogue sur les politiques n° 7) (Montréal, 2002), en ligne : Santé Canada <http://www.hc-sc.gc.ca/francais/pdf/romanow/Dialogue_7_Medically_F.pdf> ; Mona Awad, Julia Abelson et Colleen M. Flood, *The Boundaries of Canadian Medicare : The Role of Medical Directors and Public Participation in Decision-Making*, document de travail N° 2, Projet de recherche CHSRF-MOHLTC, «Defining the Medicare Basket», 2004, en ligne : University of Toronto Health Law & Policy Group <<http://www.law.utoronto.ca/healthlaw/basket/index.html>> ; Commission Romanow, *supra* note 3 aux pp. 49, 53, 55.

²² Awad, Abelson et Flood, *ibid.*

²³ *Ibid.*

panier de soins au Québec — et ailleurs au Canada²⁴ — n'a jamais fait l'objet d'une révision significative ou systématique. Ce fait est d'autant plus inquiétant qu'entre 30 et 40 % des services de santé recommandés par les médecins auraient peu ou pas de preuve d'un apport bénéfique sur la santé²⁵.

Par conséquent, le panier de soins, par souci de transparence et d'efficacité, gagnerait à être révisé périodiquement par un comité d'experts neutres ayant les moyens de procéder à une analyse de son contenu et de proposer des modifications en se basant sur les données scientifiques à jour et solides. Les critères d'analyse et la composition de ce comité devraient être des informations accessibles au public. À cet égard, la récente proposition émise dans le rapport *En avoir pour notre argent*²⁶ sorti en 2008 afin de rendre le processus de décision plus transparent en y associant la participation du public et des experts est intéressante.

Soulignons que le rationnement des ressources dans le secteur de la santé est une réalité avec laquelle la plupart des systèmes de santé doivent composer dans la mesure où ils tendent à être financièrement viables. Des compromis d'allocation sont inévitables considérant la croissance exponentielle de la demande de soins et le caractère fort onéreux de ceux-ci, particulièrement dans les secteurs des technologies de pointe et pharmaceutique. Le rationnement des ressources peut s'avérer un moyen de contrôler les coûts et de favoriser, dans certains cas, le choix de services qui offrent un bon rapport coûts/bénéfices.

Au Canada, le rationnement pose possiblement un problème sur le plan juridique en raison de l'interdiction (directe ou indirecte) d'obtenir une couverture d'assurance privée²⁷ pour les soins couverts par le régime public. Tel que souligné précédemment, la décision *Chaoulli* est venue affirmer que le gouvernement du Québec ne peut interdire l'accès aux citoyens à une couverture d'assurance privée s'il ne remplit pas ses obligations dans le réseau public. Or, en principe, un accès raisonnable aux soins médicalement nécessaires doit être fourni. De ce fait, un rationnement qui exclurait clairement certains soins médicalement requis serait-il une pression suffisante pour donner ouverture à l'établissement d'un régime parallèle privé dans la province ? Une conséquence possible à ce phénomène est la survenance d'un rationnement implicite²⁸. Le Canada joue plutôt sur la conception vague de ce qui est «médicalement nécessaire» pour inclure ou exclure certains services²⁹. Par ailleurs, sur le terrain, les médecins convertissent les décisions politiques en jugements cliniques, ce qui internalise la limite des ressources et classe des priorités parmi les patients et l'accès aux soins³⁰.

Tous les gouvernements, dans la mesure où les soins de santé comportent une portion de financement public, souhaitent garder un certain contrôle sur les coûts des soins de santé, ce qui est compréhensible. Aucun gouvernement ne consent à signer un chèque en blanc quant à ce secteur d'activité, ce qui aurait d'ailleurs pour effet de remettre un pouvoir considérable entre les mains des médecins dans un programme social clé, sans contrepois démocratique.

²⁴ Pour le Canada, voir Flood, Tuohy et Stabile, *supra* note 19.

²⁵ Voir G.L. Stoddart *et al.*, *Why Not User Charges ? The Real Issues*, Ontario, The Premier's Council on Health, Well-being and Social Justice, 1993 à la p. 5.

²⁶ Québec, Groupe de travail sur le financement du système de santé, *En avoir pour notre argent*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008 à la p. 66 (Président : Claude Castonguay, Vice-Présidents : Joanne Marcotte et Michel Venne), en ligne : Groupe de travail sur le financement du système de santé <<http://www.financementsante.gouv.qc.ca/>>.

²⁷ Cette interdiction se concrétise de différentes façons au sein des législations provinciales et territoriales.

²⁸ Il faut toutefois admettre pour cela que les systèmes de santé au Canada effectuent un minimum de rationnement pour ce type de soins et services. Cela nous apparaît être un truisme de penser que tous les services médicalement requis sont offerts dans le régime public au Canada.

²⁹ Voir Timothy A. Caulfield, «Wishful Thinking : Defining 'Medically Necessary' [sic] in Canada» (1996) 4 *Health L.J.* 63.

³⁰ Keith Syrett, «Impotence or Importance ? Judicial Review in an Era of Explicit NHS Rationing» (2004) 67 *Modern Law Review Limited* 289.

Le rationnement implicite peut être jugé plus facile à assumer politiquement car il est davantage aisé et moins compromettant d'effectuer des choix délicats derrière des portes fermées que sur la place publique. Toutefois, ce choix implique trop souvent un compromis important, celui de l'imputabilité des décideurs et, incidemment, une possibilité de réviser les décisions prises par ceux-ci.

II

L'IMPUTABILITÉ FACE À L'ALLOCATION DES RESSOURCES

Avant de discuter des problématiques liées à l'imputabilité dans le processus d'allocation des ressources au Canada, il est tout d'abord utile de préciser davantage le rôle et l'importance de ce concept, ici dans le contexte d'un système de santé ayant une composante majeure de financement public.

Nous avons vu au début de cet article que l'imputabilité est un standard qui s'intéresse aux processus décisionnels et intègre un souci de transparence à cet égard. Ce standard permet ultimement de mieux explorer les rôles, responsabilités, et interactions entre les différents acteurs du système de santé, et ce, tant au niveau politique, professionnel qu'administratif³¹. La notion d'imputabilité a beaucoup évolué au cours des dernières années. Espérons-le, elle s'est éloignée d'une vision réductrice consistant à identifier le concept comme le simple fait de suivre la trace de l'argent, des dépenses des décideurs bénéficiant de pouvoirs discrétionnaires. La vision en est maintenant une plus holistique, certes plus complexe, à l'image de l'évolution des systèmes de santé.

Au plan politique, l'imputabilité est une valeur associée aux principes de bonne gouvernance et requiert des gouvernements qu'ils soient responsables de leurs décisions, à l'écoute de leurs citoyens, et qu'ils respectent leurs engagements. En d'autres mots, l'imputabilité vise à augmenter la cohésion entre les priorités politiques, qui se concrétisent dans l'action gouvernementale, et les besoins des citoyens afin de créer une société qui reflète les préoccupations de l'électorat. Ultimement, ce standard cherche à établir un pont communicationnel d'une extrémité à l'autre des pôles démocratiques. Dans le secteur de la santé, ces besoins, pour l'essentiel, incluent l'accès à des soins de qualité dans un délai raisonnable.

Deux éléments sont nécessaires pour que l'imputabilité dépasse le stade de valeur certes louable pour en arriver à un standard susceptible d'application. Il s'agit de la présence d'un devoir de *justification* des décideurs et l'imposition de *conséquences* si cette justification est insatisfaisante³². Ces éléments définissent ce qui est nécessaire pour qu'une véritable dynamique d'imputabilité se mette en place dans une organisation ou un système, ici dans les systèmes de santé au Canada. En ce qui a trait au premier élément, les individus réellement imputables peuvent s'attendre à répondre à des questions ayant trait aux motifs de leurs décisions et à donner des explications claires à cet égard. Ce devoir de justification est susceptible d'exister en vertu d'une obligation formelle (lorsque qu'elle est prévue dans la loi,

³¹ Chacun de ces niveaux correspond en fait à un modèle d'imputabilité : le modèle politique, professionnel, et administratif. Pour les fins du présent article, nous discutons uniquement du modèle politique.

³² Jennifer S. Lerner et Philip E. Tetlock, «Accounting for the Effects of Accountability» (1999) 125 *Psychological Bulletin* 255 ; Julia Abelson et François-Pierre Gauvin, *Engaging Citizens : One Route to Health Care Accountability*, Health Care Accountability Papers N° 2, Ottawa, Canadian Policy Research Networks, 2004 à la p. 13 ; Andreas Schedler, «Conceptualizing Accountability» dans A. Schedler, L. Diamond et M.F. Plattner, dir., *The Self-Restraining State : Power and Accountability in New Democracies*, London, Lynne Rienner, 1999 à la p. 13. Certains auteurs utilisent les expressions «answerability» et «responsibility» plutôt que «justification» et «conséquences». Emmanuel et Emmanuel résumant ces deux éléments lorsqu'ils mentionnent : «accountability entails the procedures and processes by which one party justifies and takes responsibility for its activities». Ezekiel J. Emanuel et Linda L. Emanuel, «What Is Accountability in Health Care?» (1996) 124 *Annals of Internal Medicine* 229, en ligne : *Annals of Internal Medicine* <<http://www.annals.org/cgi/content/full/124/2/229>>.

par exemple³³) ou informelle (en vertu d'une attente politique légitime, par exemple³⁴). En ce qui a trait aux conséquences, elles peuvent inclure une perte de pouvoir dans une organisation, une perte de privilèges ou de droits, l'imposition de sanctions financières, *etc.* À l'opposé, si les justifications fournies sont suffisantes, les conséquences peuvent être positives et, à titre d'illustrations, mener à une promotion ou à un gain de pouvoir. S'il n'est pas possible de demander aux décideurs clés d'un système de santé de fournir un certain degré de justification pour leurs décisions et de subir les conséquences de celles-ci, l'impact en sera une réelle difficulté d'évaluer la qualité des décisions — et donc de les améliorer — tant via les gouvernements (et leurs institutions) que les tribunaux et l'évaluation publique des citoyens.

Pourquoi devrions-nous mettre l'emphase sur la valeur d'imputabilité dans l'administration des programmes publics, incluant dans les systèmes de santé au Canada ? Cette valeur est importante pour plusieurs raisons. Premièrement, elle représente maintenant une composante essentielle des attentes des Canadiens face à leurs gouvernements et à la gestion publique ; elle est partie intégrante du nouveau contrat social que forment les attentes des citoyens envers les institutions gouvernementales³⁵. Dans le système de santé, ce constat s'applique avec particulièrement d'acuité tel qu'il a été confirmé par des commissions d'étude d'envergure dans ce secteur³⁶.

Deuxièmement, la demande pour une imputabilité accrue est liée à la crise de légitimité dans les institutions gouvernementales et le manque de confiance envers les médecins³⁷, ainsi que les revendications pour une plus grande participation citoyenne dans les choix d'orientations d'un programme social au cœur des préoccupations de l'électorat. Ces divers éléments ont suscité un intérêt grandissant envers l'implantation de mécanismes de surveillance indépendants des institutions gouvernementales afin de permettre une meilleure représentation des intérêts des citoyens/patients. C'est notamment pour cette raison que les mécanismes de résolution de conflits (dans leur sens libéral, soit englobant les tribunaux, les tribunaux administratifs et les ombudsmans) peuvent jouer un rôle important dans l'amélioration de l'imputabilité au sein des systèmes de santé, aspect sur lequel nous reviendrons dans la troisième partie de cet article.

Enfin, l'imputabilité est une valeur à implanter pour assurer la pérennité du système de santé public. Les travaux menés par Abelson et Gauvin indiquent que les Canadiens veulent davantage d'information sur l'endroit où va leur argent et sur comment les décisions sont prises dans le système de santé³⁸. Jusqu'à ce qu'ils aient de meilleures preuves d'une gestion

³³ À titre d'exemple, voir l'article 182.7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, qui indique :

Un établissement [de santé] doit préparer un rapport annuel de gestion.

Ce rapport doit notamment comprendre :

1° une présentation des résultats obtenus par rapport aux objectifs prévus par l'entente de gestion et d'imputabilité ;

2° une déclaration du directeur général de l'établissement attestant la fiabilité des données contenues au rapport et des contrôles afférents ;

3° tout autre élément ou renseignement déterminé par le ministre. Un établissement transmet à l'agence son rapport annuel de gestion et celle-ci le communique au ministre.

³⁴ Par exemple, les Québécois peuvent s'attendre à une explication de la part du ministre de la Santé advenant son choix de contracter avec un regroupement d'hôpitaux de Buffalo pour le transfert de certains patients québécois.

³⁵ Cathy Fooks et Lisa Maslove, *Rhetoric, Fallacy or Dream ? Examining the Accountability of Canadian Health Care to Citizens*, Health Care Accountability Papers N° 1, Ottawa, Canadian Policy Research Networks, 2004 ; Mary Pat MacKinnon *et al.*, *Citizens' Dialogue on Canada's Future : A 21st Century Social Contract*, Ottawa, Canadian Policy Research Networks, 2003.

³⁶ Notamment, il s'agit d'un des constats de la Commission Romanow, *supra* note 3.

³⁷ Voir Dickinson, *supra* note 2.

³⁸ Julia Abelson et François-Pierre Gauvin, *Transparency, Trust and Citizen Engagement : What Canadians Are Saying About Accountability* (en collaboration avec Mary Pat MacKinnon et Judy Watling), rapport de recherche

efficace des ressources — ce dont ils doutent présentement — ils demeureront peu enclins à avaliser de plus amples investissements publics dans ce secteur³⁹. Éventuellement, leur support envers le système s'amenuisera, un processus déjà entamé⁴⁰. En d'autres mots, si les gouvernements souhaitent convaincre les Canadiens de maintenir le financement et même d'investir davantage dans un système qui consume une portion aussi importante des finances publiques, ils se doivent de démontrer leur capacité de bonne gestion et d'en être imputables.

Or malgré l'importance et le rôle de l'imputabilité, cette valeur demeure peu reflétée dans le système de santé au Québec ainsi qu'ailleurs au Canada.

III

UNE PROBLÉMATIQUE DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ

Considérant le processus décisionnel provincial/territorial d'allocation des ressources en santé au Canada et ce qu'implique le concept d'imputabilité tel que défini précédemment, il est possible d'identifier certains problèmes qui limitent l'atteinte d'un tel objectif dans le système de santé. Ces problèmes correspondent principalement à la présence d'un nœud décisionnel peu transparent et donc difficilement susceptible de révision — soit pour lequel il est ardu de demander des justifications et d'imposer des conséquences.

Tout d'abord, le nœud décisionnel en matière d'allocation des ressources est enfoui au sein de l'organisation que représente le ministère de la santé. Nous avons souligné précédemment qu'il est difficile, si l'information n'est pas carrément inaccessible, de savoir qui sont les acteurs officiellement responsables des choix d'allocation de ressources. Par exemple, pour le choix des services médicaux financés par les fonds publics, nous constatons qu'il s'agit d'un processus conjoint entre les associations médicales et le gouvernement, mais il demeure difficile de savoir qui est impliqué plus précisément dans ce processus au sein des ministères de la santé⁴¹. L'équipe de chercheurs de l'Université de Toronto a toutefois réussi à identifier un fonctionnaire clé dans le processus d'élaboration du panier de soins, méconnu au sein du réseau de la santé et des citoyens, soit le «directeur médical». Cependant, nous en savons encore très peu sur les responsabilités réelles et les critères décisionnels de cet acteur. Aussi, le nœud décisionnel relatif au processus d'allocation des ressources en santé demeure nébuleux.

Ensuite, nous avons souligné plus haut que le nœud décisionnel lié à l'allocation des ressources se matérialise souvent, en pratique, via le jugement clinique au Canada. Les médecins effectuent plusieurs décisions d'allocation à l'échelle individuelle, lorsqu'ils décident des choix de traitements et soins à donner à leurs patients. Notamment, les médecins gèrent régulièrement les listes d'attente en attribuant des priorités de besoin à leurs patients, modifiant ainsi leur classement sur les listes⁴². Ces décisions d'allocation sont politiquement et

N° 5, Ottawa, Canadian Policy Research Networks, 2004 (basé sur quatre expériences de dialogue ayant impliqué plus de 1600 Canadiens).

³⁹ *Ibid.* à la p. 11. En outre, Abelson et Gauvin mentionnent, à la p. 15, que l'inclusion de participants citoyens dans le processus délibératif tend à rendre ceux-ci plus sensibles à la complexité des décisions dans le secteur de la santé et, incidemment, plus respectueux face aux décideurs actuels.

⁴⁰ L'affaire *Chaoulli*, *supra* note 3, témoigne de cette diminution de confiance dans la capacité du gouvernement du Québec à bien gérer le système de santé.

⁴¹ Lorsque j'ai demandé cette information, on m'a référé à plusieurs intervenants du secteur de la santé (au sein du ministère, des associations médicales, du Collège des médecins, etc.) qui, ultimement, n'ont jamais pu répondre à ma question.

⁴² À la suite de la décision *Chaoulli*, *supra* note 3, le Gouvernement du Québec a néanmoins décidé de proposer un mécanisme de gestion centralisé des listes d'attente pour certains soins spécialisés et surspécialisés (article 185.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 33). Ce système pourrait, en partie, améliorer l'imputabilité des décisions corrélatives aux listes d'attente. Ce mécanisme doit préciser, entre autres, les règles à suivre pour inscrire un usager sur la liste d'attente, les modalités de détermination, et de communication de la date prévisible de l'obtention de ces services à l'utilisateur. Ce mécanisme est trop récent pour en évaluer l'impact réel. Il demeure toutefois, et ce pour l'ensemble du pays, que les médecins gèrent en premier lieu les listes d'attente.

juridiquement invisibles car elles sont fragmentées à travers le temps et l'espace à l'occasion de transactions individuelles entre les médecins et les patients⁴³. Selon Harrison, cette situation peut mener à l'illusion que le système de santé est en mesure de rencontrer les besoins de tous⁴⁴. Il est, de ce fait, difficile de rendre les médecins imputables face à ce type de décisions, lesquelles incluent pourtant un volet de gestion des ressources.

Finalement, le nœud décisionnel correspondant au processus de sélection des soins médicalement nécessaires (et donc assurés) est empreint d'une apparence de conflits d'intérêts tel que discuté plus haut. Il nous semble impératif de rendre le processus de sélection et les critères liés aux choix des services assurés davantage transparents ainsi que neutres, et de rendre accessibles les critères sur lesquels se fondent les choix d'allocation de ressources (efficacité ? ; rapport coûts/bénéfices ? ; standard international ou national ?). Cette transparence et cette neutralité permettraient notamment d'améliorer les processus décisionnels au cœur du système en les rendant plus stables. En effet, les processus au sein desquels les critères décisionnels sont ambigus demeurent vulnérables aux pressions momentanées et à plus long terme, qu'elles soient financières, corporatistes, ou politiques. Sans processus solide et transparent, il y a davantage d'espace pour diverses sources d'intérêts d'influencer le processus décisionnel. Conséquemment, les décisions peuvent devenir instables et représentatives, non pas des besoins à long terme des citoyens et patients, mais de certains mouvements ou groupes d'intérêts plus influents dans le secteur des soins de santé ; par exemple, des associations de médecins ou d'infirmières ou des intérêts politiques à court terme. Les choix dans le système de santé devraient plutôt changer de manière cohérente avec l'évolution des besoins et valeurs de la société. Mais la transparence — ou minimalement le fait de tendre vers celle-ci — posera nécessairement un choc de cultures et de pratiques puisqu'elle n'a pas été un réflexe jusqu'à présent.

En résumé, il découle du processus d'allocation des ressources en santé au Canada une difficulté 1) d'accéder aux critères sur la base desquels les décisions sont prises et 2) d'évaluer et de contester la qualité des décisions. La deuxième difficulté découle de la première. Deux questions se posent alors : Comment savoir si les critères décisionnels qui prévalent présentement respectent les intérêts des citoyens (et non les intérêts politiques, corporatistes, ou autres) ? Comment s'assurer que les fournisseurs de soins utilisent les meilleures informations, preuves, et options disponibles lorsqu'ils dépensent l'argent investi par les contribuables en santé ? Ces deux questions nous conduisent à la dernière section de cet article dans laquelle nous nous demandons si les tribunaux peuvent pallier ces problèmes d'imputabilité. Autrement dit, l'institution judiciaire est-elle en mesure de créer un pont entre les instances décisionnelles en matière d'allocation des ressources en santé et les citoyens afin d'infuser le système de santé d'une dynamique d'imputabilité, d'une plus grande transparence décisionnelle, et d'une représentation adéquate des intérêts de ces derniers ?

IV

L'INTERVENTION DES TRIBUNAUX : UNE PARTIE DE LA SOLUTION ?

La question à savoir si les tribunaux représentent des outils adéquats pour injecter une plus grande dynamique d'imputabilité dans le système de santé s'inscrit, à notre avis, à l'intérieur d'une interrogation plus large, soit : quels sont les rôles du droit et des institutions juridiques dans l'atteinte d'objectifs d'imputabilité au sein de la société, incluant dans les systèmes de santé ? Le présent article n'a pas pour but de fournir une réponse définitive et exhaustive à

⁴³ S. Harrison, «The Politics of Evidence-Based Medicine in the United Kingdom» (1998) 26 *Policy and Politics* 15 à la p. 18 : "They therefore render the process of rationing as it were politically invisible, by fragmenting it across space and time into individualised and private transactions between doctors and individual patients."

⁴⁴ *Ibid.* : "The result was that the NHS was able to maintain the fiction of meeting everyone's needs ..."

cette importante mais vaste question sur laquelle nous aurons l'occasion de nous pencher à l'occasion d'autres travaux⁴⁵.

Une partie de la solution face au manque d'imputabilité et de transparence dans le processus d'allocation des ressources réside en notre capacité à augmenter la participation citoyenne dans le système de santé⁴⁶. Cette participation, ou cette aptitude à exprimer la «voix citoyenne», exercera un contrepoids face aux intérêts des autres acteurs du système⁴⁷ et se traduira en l'exigence d'une plus grande disponibilité d'information face aux enjeux et aux décisions prises dans le système de santé. Il est nécessaire de veiller à ce que les patients et les citoyens bénéficient d'avenues pour exprimer leurs préoccupations face à ce programme social clé, et ce pour des raisons démocratiques et afin de s'assurer que les autorités gouvernementales bâtissent un système en lien avec ces préoccupations. Les Canadiens seront davantage enclins à supporter un système qui s'adapte à leurs valeurs et leurs besoins, lesquels sont évolutifs. Cette solution consistant à intensifier la participation citoyenne répond ainsi, certainement en partie, à plusieurs des problèmes soulevés précédemment dans cet article.

Cependant, le souci d'accroître cette participation n'est pas nouveau et il y a eu plusieurs tentatives au fil des années pour y pallier⁴⁸. Elles ont inclus l'exigence d'impliquer des représentants de la population au sein des conseils d'administration des établissements de santé, des consultations publiques à travers le Canada, la création de comité des usagers chargés de représenter les droits et intérêts des patients dans des établissements au Québec, etc. Malgré ces efforts, nous devons néanmoins conclure à un succès fort mitigé de ces tentatives car, en pratique, des barrières significatives limitent la possibilité d'une diffusion effective et représentative de la voix citoyenne dans les systèmes de santé⁴⁹. Parmi ces obstacles, on compte celle d'une difficulté réelle à intéresser les citoyens sans liens particuliers dans le système de santé à s'investir dans un rôle de conseiller dans l'orientation du système. Ce rôle implique un investissement personnel direct (d'abord en temps) pour un retour qui se mesure en une influence généralement diffuse et indirecte dans le système de santé⁵⁰. Cette situation est peu attrayante pour les individus. Le résultat est que les personnes impliquées dans ces divers rôles de représentation sont souvent affiliées, de près ou de loin, à des groupes ayant des intérêts précis — par exemple, des syndicats ou des groupes d'usagers ayant une

⁴⁵ Nous avons eu l'occasion d'étudier cette question en lien avec les systèmes de santé à l'occasion de nos travaux de doctorat. Ceux-ci feront l'objet de publications ultérieures.

⁴⁶ En outre, James Morone indique que la voix du patient/citoyen a fait des changements durables dans la planification des soins de santé : James A. Morone, *The Democratic Wish : Popular Participation and the Limits of American Government*, New Haven, Yale University Press, 1990 aux pp. 253-321. À son plein potentiel, la participation peut impliquer le contrôle par les citoyens : voir Sherry R. Arnstein, «A Ladder of Citizen Participation» (1969) 35 *Journal of the American Institute of Planners* 216 ; Eugene Feingold, «Citizen Participation: A Review of the Issues» in Harry Rosen, Jonathan M. Metsch et Samuel Levey, dir., *The Consumer and the Health Care System : Social and Managerial Perspectives*, New York, Spectrum Publications, 1977 ; Cathy Charles et Suzanne DeMaio, «Lay Participation in Health Care Decision Making: A Conceptual Framework» (1993) 18 *J. Health Pol.* 881.

⁴⁷ La voix citoyenne est celle qui peut changer l'agenda politique ainsi que reprendre une partie de l'autorité autrement donnée à la profession médicale en la replaçant davantage entre les mains du public. Voir Morone, *ibid.*

⁴⁸ Voir Joseph Facal, *Volonté politique et pouvoir médical : La naissance de l'assurance-maladie au Québec et aux États-Unis*, Montréal, Boréal, 2006.

⁴⁹ Professeur Pivik mentionne plusieurs barrières qui limitent une participation significative des citoyens dans le système de santé dont la limite des ressources, une mauvaise communication, des définitions divergentes de la notion de participation, des conflits d'intérêts, une incongruité entre les buts mentionnés et la pratique, le manque de représentativité, une difficulté à rejoindre les populations marginalisées, les limites de temps ainsi que le manque de connaissance et de formation. Voir Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Stratégies pratiques afin de faciliter la participation réelle du public à la planification des services de santé* (Étude n° 23) par Jayne Renee Pivik, Saskatoon, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, 2002 à la p. 4.

⁵⁰ Voir par ex. Facal, *supra* note 48.

cause particulière à défendre — et donc non représentatives de l'intérêt du «citoyen ordinaire»⁵¹.

Or, nous proposons⁵² que les mécanismes de résolution de conflits (MRCs) représentent un des outils les plus efficaces, et relativement aisés à implanter, pour outrepasser ces barrières et favoriser la participation des patients et citoyens dans le système de santé⁵³. Les MRCs offrent à l'ensemble des citoyens l'opportunité d'intervenir dans le système au moment où ils en ont besoin — soit une voie de participation basée sur une problématique spécifique («*issue-based participation*»)⁵⁴ — et ce, via des institutions neutres. Plus le MRC est accessible, plus il sera possible d'obtenir une avenue représentative des divers intérêts des citoyens car un plus vaste éventail de la population pourra ainsi transmettre ses préoccupations. Qui plus est, les MRCs possèdent généralement une capacité unique de mettre en branle la dynamique d'imputabilité (soit de demander des justifications aux décideurs et d'imposer des conséquences si nécessaires). Les tribunaux représentent indubitablement une option, mais pas la seule. D'autres avenues de résolution des conflits peuvent (et doivent) être utilisées en parallèle pour contribuer à atteindre cet objectif. Nous nous limitons toutefois pour les fins du présent article à explorer brièvement, et nécessairement partiellement, le rôle des tribunaux à cet égard, à savoir si ils peuvent contribuer à rendre le gouvernement davantage imputable face à l'allocation des ressources en santé. Nous verrons que l'institution judiciaire offre un potentiel intéressant à cet égard, mais, qu'en pratique, elle fait face à des limites notables (qu'elle a parfois choisi de s'imposer). Nous émettrons quelques recommandations sur les pistes à explorer pour atténuer ce problème.

En se basant sur la définition émise plus haut de l'imputabilité, quel potentiel offrent les tribunaux de nourrir la dynamique d'imputabilité dans le système de santé ? Rappelons que nous tentons de répondre à cette question à travers une perspective de politiques publiques.

Les tribunaux ont l'avantage de représenter des mécanismes puissants et légitimes pour favoriser l'imputabilité des décideurs publics car ils sont en mesure, à travers leur rôle d'interprétation et d'application des lois (et le processus qui y conduit), de requérir des justifications et d'imposer des conséquences aux autorités et institutions gouvernementales dans une société de droit. Ils peuvent requérir des gouvernements, des autorités déléguées par ceux-ci, et de l'ensemble des citoyens des justifications sur des actions et décisions qui enfreignent, possiblement, des règles de droit. Aussi, en principe, les tribunaux peuvent imposer une obligation formelle de la part des autorités gouvernementales à fournir une explication pour certains choix d'allocation de ressources, ce que le citoyen seul peut difficilement faire. Dans la mesure où la Constitution ainsi que la loi le permettent, les tribunaux peuvent donc forcer le gouvernement à expliquer (ce qui ne veut pas nécessairement dire modifier) son processus décisionnel en matière d'allocation de ressources et ainsi favoriser la transparence des décisions en les rendant plus ouvertes à l'évaluation et à la compréhension publique. Ceci afin de contribuer à améliorer la justice interne de ce processus (tant sur le fond que sur l'aspect procédural) et, ultimement, améliorer le fonctionnement du système de santé par une possible évaluation des procédures décisionnelles clés.

En outre, dans la mesure où les institutions gouvernementales ne fournissent pas une explication adéquate aux choix qu'elles font et qu'elles enfreignent une règle de droit, les tribunaux sont en mesure d'imposer des conséquences liant le gouvernement — par exemple,

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Nous avons soutenu ce point de manière plus élaborée à l'occasion de nos travaux de doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Toronto. Ce sujet fera l'objet de publications à l'occasion des années 2008 et 2009.

⁵³ Bien que les divers types de MRCs (des modes amiables aux plus adversatifs) influencent de différentes façons et peuvent être utilisés en combinaison.

⁵⁴ Selon le professeur Pivik, le «*issue-based participation*» serait une des avenues de participation les plus efficaces. Voir Pivik, *supra* note 49.

en annulant une loi ou en octroyant une indemnité aux citoyens. Il s'agit du deuxième élément essentiel afin qu'une réelle dynamique d'imputabilité puisse s'implanter. Peu d'institutions ou d'outils (économiques, politiques, administratifs, et même juridiques) dans notre société sont ainsi en mesure de susciter une dynamique d'imputabilité au sein des autorités gouvernementales. Voilà pourquoi les tribunaux offrent un potentiel unique et significatif, en étant de surcroît neutres, de favoriser l'imputabilité dans le système public de santé au Canada.

Certes, les élections peuvent fournir une autre avenue aux citoyens afin de demander des explications au gouvernement face à sa gestion des ressources et imposer par la suite la conséquence de voter suivant leur satisfaction face aux explications et résultats donnés. L'imputabilité démocratique demeure néanmoins limitée en ce qui a trait à la gestion du système de santé car les citoyens votent principalement sur les grandes orientations du système et non sur des questions précises ayant trait à la gestion des ressources — la détermination des soins financés par les fonds publics appartenant davantage à cette deuxième catégorie. Le choix d'introduire un partenariat privé/public pour les soins médicalement requis serait davantage susceptible de faire l'objet d'un dialogue démocratique direct entre les gouvernements et les citoyens considérant qu'il s'agit d'un débat majeur pour les Canadiens et d'un enjeu politique primordial pendant les campagnes électorales, comme les dernières élections au Québec l'ont démontré.

Si les tribunaux offrent un potentiel significatif, ils demeurent néanmoins confinés dans leur capacité de rendre imputables les décideurs politiques en ce qu'ils n'ont pas la fonction de substituer leur jugement à ceux-ci en ce qui a trait aux choix politiques difficiles qui doivent être faits. Il y a une distinction à émettre entre la décision politique et la décision judiciaire. Il demeure que les tribunaux ont le mandat légitime de s'assurer de la justice de telles décisions.

L'historique des décisions rendues par la plus haute cour du Canada laisse toutefois planer le doute sur le fait que l'institution judiciaire assumera, pleinement, ce rôle de contrôler la justice des décisions gouvernementales en matière d'allocation des ressources en santé ainsi que son potentiel d'institution favorisant l'imputabilité des institutions gouvernantes dans ce domaine. Force est d'en arriver à ce constat, malgré le fait que les Canadiens se soient davantage tournés vers les tribunaux pour résoudre leurs problèmes d'accès aux soins au cours des dernières années⁵⁵. Cette augmentation de recours s'explique possiblement en raison des limites imposées par le gouvernement au sein du financement public — celui-ci tentant de contrôler les coûts d'un programme social qui consomme près de 10,6 % (en 2007) de son produit intérieur brut⁵⁶ —, de l'augmentation des attentes des individus envers la médecine et le développement des technologies, ainsi que l'impossibilité, en pratique, pour les Canadiens d'obtenir une couverture d'assurance privée pour des soins «médicalement nécessaires».

Parmi les cas ayant fait l'objet d'une évaluation par les tribunaux, ceux qui ont retenu le plus d'attention se sont basés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, laquelle fait partie de la Constitution et constitue la loi suprême du pays⁵⁷. Les gouvernements y sont soumis. De 1985 à 2002, il a eu trente-trois cas de contestation de politiques publiques liées aux coûts des soins de santé dans le secteur santé⁵⁸. En 2005, il y a aussi eu l'affaire *Chaoulli* mentionnée précédemment. De ces cas, un seul requérant du financement public pour certains soins et

⁵⁵ Notamment, il y a eu une augmentation des demandes de recours basés sur l'article 15(1) de la *Charte*. Voir Flood, «Just Medicare», *supra* note 19 à la p. 672.

⁵⁶ *Tendances*, *supra* note 15 à la p. 7.

⁵⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11.

⁵⁸ Donna Greschner, «How Will the Charter of Rights and Freedoms and Evolving Jurisprudence Affect Health Care Costs?» dans T. McIntosh, P.G. Forest et G.P. Marchildon, dir., *The Governance of Health Care in Canada : The Romanow Papers Volume 3*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, 83 à l'app. 2.

services a été décidé en faveur des plaignants, soit l'arrêt *Eldridge*⁵⁹. Dans cette affaire, un couple de gens ayant une déficience auditive a contesté l'absence de financement public pour les services d'un interprète dans les hôpitaux de la province de la Colombie-Britannique. La Cour a considéré que les plaignants avaient été victimes de discrimination en vertu de l'article 15 de la *Charte*⁶⁰ et a demandé au gouvernement de fournir lesdits services.

Outre ce cas exceptionnel, on se doit de faire le constat d'une Cour très déférente face aux décisions du gouvernement en matière d'allocation des ressources et qui hésite à créer de nouvelles attentes de la part des citoyens envers le contenu du «panier de soins». En d'autres mots, spécifiquement dans le contexte des recours basés sur la *Charte*, la Cour hésite à intervenir lorsqu'il en résulterait une obligation positive pour le gouvernement de reconsidérer son financement pour certains soins et services. En outre, la Cour a régulièrement imposé un fardeau de preuve fortement élevé aux plaignants, dans la mesure où il est presque impossible à rencontrer considérant la réalité d'un processus décisionnel peu transparent dans le secteur de l'allocation des ressources en santé au Canada⁶¹.

L'affaire *Auton*⁶² rendue en 2004 est un exemple éloquent de cette situation⁶³. Ce cas impliquait la demande de parents d'avoir accès au financement public pour un traitement controversé pour le bénéfice de leur enfant autiste (la thérapie de Lovaas). Dans ce recours, basé à nouveau sur l'article 15 de la *Charte* et alléguant que la décision du gouvernement de ne pas fournir ces services était discriminatoire, la Cour a indiqué que les plaignants auraient dû prouver que des traitements ayant le même niveau d'incertitude sur le plan de l'efficacité clinique étaient financés pour d'autres groupes de la population. Alors, les plaignants auraient pu démontrer la présence d'un comportement discriminatoire de la part du gouvernement. La question qui se pose est la suivante : Comment arriver à prouver cette «discrimination par comparaison» considérant que le processus décisionnel lié à l'allocation des ressources est enfoui au sein des ministères de la santé et que les critères qui guident ce processus demeurent occultes⁶⁴ ? Établir une telle preuve devient en pratique insurmontable pour les citoyens.

Pourtant, tel que le souligne le professeur Flood, l'affaire *Auton* fournissait une occasion en or pour la Cour d'envoyer un signal aux décideurs politiques de la nécessité d'articuler des principes clairs et justes lorsqu'ils effectuent des choix relatifs aux soins et services financés par le réseau public⁶⁵. Cette intervention aurait contribué à améliorer la justice interne du système de santé, laquelle est essentielle afin de maintenir la confiance des Canadiens dans celui-ci. Le système de santé au Canada ne survivra que si les citoyens le perçoivent comme étant juste⁶⁶.

Est-ce à dire que les tribunaux sont stériles prosaïquement comme outil juridique favorisant l'imputabilité des décideurs politiques dans le secteur de la santé ? À notre avis, tel que mentionné plus tôt, le constat est davantage que ceux-ci ne jouent pas pleinement leur rôle à l'heure actuelle à cet égard, spécifiquement lorsque les recours se fondent sur la *Charte*, alors qu'ils pourraient significativement contribuer à améliorer la justice du processus d'allocation

⁵⁹ *Eldridge c. Colombie-Britannique (P. G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

⁶⁰ L'article se lit comme suit : 15. (1) *La loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.*

⁶¹ En ce qui a trait au processus d'allocation des ressources, voir mes propos émis précédemment. Voir aussi Flood, «Just Medicare», *supra* note 19.

⁶² *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657.

⁶³ Flood, «Just Medicare», *supra* note 19.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 675.

⁶⁶ Je remercie le professeur Sujit Choudhry, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toronto, pour ce point.

des ressources en santé au Canada. Chose certaine, il n'est pas à craindre un effondrement financier du système de santé en raison de l'intervention des tribunaux dans ce secteur⁶⁷.

En outre, le difficile accès aux tribunaux fait que ce MRC demeurera toujours limité dans sa capacité à intervenir dans le secteur de la santé sur une base suffisamment régulière pour favoriser une imputabilité effective et soutenue. Pour la même raison, les tribunaux sont aussi limités dans leur aptitude à créer un dialogue démocratique entre les deux pôles de notre société qui soit pleinement représentatif des besoins évolutifs et pluriels des Canadiens en santé.

En somme, puisque les tribunaux se montrent déférents face aux décisions gouvernementales qui impliquent la détermination de ce qui est inclus et exclus du panier de soins et sont limités en pratique dans leur capacité de créer un pont entre les besoins des citoyens et les décideurs du système, y a-t-il d'autres options pour pallier cette résistance et favoriser une plus grande imputabilité des décideurs clés du système de santé ? La réponse, comme nous l'avons soulignée plus haut, se trouve en partie dans l'exploration d'autres MRCs à utiliser en combinaison avec les tribunaux.

À notre avis, une piste de solution se trouve dans la mise en place d'un ombudsman affecté au domaine de la santé afin de fournir un interlocuteur crédible et indépendant pour représenter les intérêts des citoyens dans le système de santé. Qui plus est, considérant la plus-value des MRCs tel que mentionné antérieurement, l'ombudsman devrait idéalement combiner un processus de résolution de doléances eu égard à l'administration du système de santé. L'exemple du Protecteur du citoyen, lequel s'est adjoint un vice-protecteur dédié plus spécifiquement au secteur de la santé⁶⁸ (ce dernier pourrait donc être qualifié d'«ombudsman santé»), illustre bien cette possibilité de combiner les deux rôles, via une institution aisément accessible pour les citoyens du Québec⁶⁹. Cette organisation possède une voix directe auprès des institutions gouvernementales afin d'émettre des recommandations relatives à la gestion et à l'organisation du système de santé. Le Protecteur du citoyen doit notamment transmettre un rapport annuel faisant état de ses constats devant l'Assemblée nationale du Québec. Il peut entendre, et ce suivant une procédure de résolution des conflits structurée, des doléances en provenance des usagers du système de santé, de leur famille et d'organismes représentant les patients. Il peut également agir de sa propre initiative pour investiguer les problèmes qui lui semblent nécessiter une intervention. Les pouvoirs de cet ombudsman sont néanmoins confinés à ceux d'émettre des recommandations et avis — et possiblement d'avoir recours à la pression publique en cas de refus de l'établissement ou la personne visée par la plainte de suivre une recommandation. De fait, si le Protecteur du citoyen possède différents leviers pour obtenir des justifications des divers acteurs du domaine de la santé⁷⁰, il s'en remet essentiellement à des conséquences informelles pour susciter la dynamique d'imputabilité, ce qui réduit en partie son potentiel à cet égard.

Nous pensons que l'absence de pouvoir contraignant de l'ombudsman représente une faiblesse et une force à la fois. Alors que l'ombudsman ne peut forcer légalement les décideurs

⁶⁷ Divers auteurs ont fait ce constat. Le professeur Flood mentionne que la Cour suprême du Canada semble davantage décidée à intervenir dans la balance privée/publique des soins de santé que dans l'amélioration du fonctionnement actuel du système public. Voir Flood, «Just Medicare», *supra* note 19.

⁶⁸ Le Vice-protecteur attiré au domaine de la santé se retrouve depuis quelques années sous l'égide du Protecteur du citoyen, soit l'Ombudsman général de la province du Québec. Ce vice-protecteur était auparavant une institution indépendante du Protecteur du citoyen et portait le nom de «Protecteur des usagers».

⁶⁹ Pour une description plus détaillée du rôle et des limites de l'Ombudsman santé au Québec, voir : Catherine Régis, «Enhancing Patients' Confidence in Access to Health Care : The Ontario or Québec Way ?» (2004) 12 Health L.J. 243.

⁷⁰ Il a l'avantage d'avoir une saisine beaucoup plus étendue que les cours et les tribunaux administratifs à cet égard. Il peut aussi utiliser son pouvoir d'enquête pour convoquer certains individus et obtenir des documents utiles à son enquête.

réfractaires à modifier leurs décisions ou actions, il possède toutefois un large champ d'action, probablement corrélatif de ce pouvoir limité, qui lui permet d'évaluer les décisions d'un éventail très large de décideurs impliqués dans le réseau de santé public. Aussi, il est en mesure d'intervenir sur une base régulière, surtout comparativement aux tribunaux pour lesquels l'accès demeure ardu et qui doivent attendre la survenance d'un cas judiciairisé pour intervenir⁷¹. Peut-être le pouvoir limité de l'ombudsman représente-t-il le prix à payer pour un champ d'intervention aussi étendu ? Ces considérations en lien à l'ombudsman en font donc un outil utile à combiner avec un processus plus adversatif de résolution des conflits et contraignant tels que les tribunaux.

En terminant, il est utile de mentionner l'existence depuis l'année 2006 d'un Commissaire à la santé et au bien-être au sein du réseau de la santé québécois. Cette institution a pour mandat d'apporter un éclairage au débat public et à la prise de décision gouvernementale dans le secteur de la santé, en évaluant, entre autres, la performance du système de santé⁷². Bien qu'il ne s'agisse pas d'une organisation combinant une procédure de résolution des conflits comme le Protecteur du citoyen, et donc moins susceptible de mettre en branle les deux conditions de la dynamique d'imputabilité mentionnées précédemment, elle est tout de même en mesure de favoriser la création d'attentes légitimes de justification auprès des décideurs publics. En raison de sa mission consistant à transmettre de l'information aux citoyens, le Commissaire contribue également à nourrir le lien communicationnel entre les deux pôles démocratiques. Dans la même veine, le Commissaire favorise la participation citoyenne (davantage à l'échelle sociétale qu'individuelle) via l'existence de son Forum de consultation, une instance délibérative constituée de membres du public et d'experts. L'impact réel de cette voix citoyenne sur l'orientation des politiques publiques reste à suivre bien que le processus de consultation a une valeur démocratique inhérente en lui-même. Il sera intéressant de surveiller le rôle et la place que prendra ce nouvel acteur au sein du système de santé et dans l'évaluation du processus d'allocation des ressources.

CONCLUSION

Nous avons vu dans cet article que bien que le système de santé soit le programme social au Canada requérant le plus de ressources financières prélevées à même les fonds publics, nous en savons très peu sur les processus décisionnels, à l'échelle provinciale/territoriale, qui mènent à l'allocation des ressources y afférentes. La valeur de l'imputabilité favorise une plus grande exploration des rôles, responsabilités, et interactions entre les différents acteurs du système de santé et milite en faveur d'une plus grande transparence décisionnelle. Il s'agit d'une valeur primordiale pour les Canadiens, laquelle demeure peu reflétée dans le système de santé actuel. Or en raison de ce manque d'imputabilité, il est difficile d'évaluer la qualité des décisions dans ce secteur névralgique de la société.

Malgré des opportunités en or à cet égard, les tribunaux ont peu contribué à améliorer ce manque de transparence. Ils ont ainsi significativement circonscrit une avenue possible pour améliorer la justice interne de la procédure d'allocation des ressources dans le domaine public et encourager l'imputabilité des décideurs bénéficiant de pouvoirs discrétionnaires, notamment les gouvernements. Cela dit, malgré le potentiel unique — mais sous-utilisé — que les tribunaux offrent afin de rendre imputables les acteurs clés de la société, ils demeureront néanmoins toujours limités dans leur capacité de le faire sur une base suffisamment régulière en raison de leur difficile accès et de leur incapacité à intervenir de leur propre chef.

⁷¹ Il existe une procédure spéciale d'enquête pour les actes médicaux, dentaires, et pharmaceutiques. Pour plus de détails voir Régis, *supra* note 69.

⁷² Voir la mission du Commissaire sur le site Internet de l'organisation, en ligne : Commissaire à la santé et au bien-être <www.csbe.gouv.qc.ca>.

Nous devons donc explorer d'autres mécanismes de résolution de conflits afin de nourrir cette dynamique d'imputabilité et accompagner le rôle des tribunaux qui doivent demeurer, à notre avis, la dernière voie. La disponibilité d'interlocuteurs neutres et crédibles pour représenter les intérêts des usagers et exercer un contrepoids face aux autres intérêts dominants dans le système de la santé est une solution à considérer. L'exemple du Protecteur du citoyen au Québec, lequel comprend une mission spécifique pour le secteur de la santé, représente un modèle intéressant puisqu'il allie un processus de résolution de doléances à ce rôle d'interlocuteur et est davantage susceptible d'intervenir sur une base régulière dans le domaine de la santé comparativement aux tribunaux.

L'imputabilité est une valeur essentielle qui devrait transcender les processus décisionnels au sein de tout système de santé afin d'assurer leur pérennité, surtout dans la mesure où ils sont financés par des fonds publics et requièrent la confiance des contribuables pour survivre. L'imputabilité, plus qu'une pensée après coup, se doit d'être un réflexe de bonne gouvernance. Les citoyens et les acteurs juridiques ont la possibilité de faire cause commune et requérir des décideurs politiques qu'ils rendent le système de santé plus transparent, une condition pour le rendre plus juste.