



UNIVERSITE DE RENNES 1 / EHESP

Faculté de Droit et de Science Politique / École des Hautes Études en Santé Publique

MEMOIRE DE MASTER 2 « DROIT DE LA SANTE ET ETHIQUE »

Parcours : Droit et Éthique des Professions et des Institutions en Santé

La qualité de l'expertise en responsabilité médicale

Mémoire soutenu par **Arnaud Léger**

Sous la direction de **Monsieur le Professeur Philippe Pierre**

Le 5 Septembre 2022

Jury :

Philippe Pierre, Professeur à l'Université de Rennes 1, Directeur de l'Axe Responsabilité/Sécurité de l'IODE (UMR CNRS 6262),

Directeur de mémoire,

Gaëtane Thomas-Tinot, Docteur en droit public, Université de Rennes 1, Avocat au barreau de Nantes,

Suffragant.

À Mathilde, Margot et Romane.

REMERCIEMENTS

Je remercie Madame le Professeur Marie-Laure Moquet-Anger et Madame Catherine Keller de m'avoir permis de suivre ce master et pour la qualité de l'enseignement dispensé.

Je remercie Monsieur le Professeur Philippe Pierre d'avoir accepté de diriger ce travail et pour ses enseignements qui m'ont apporté une approche enrichissante du droit de la responsabilité médicale.

Je remercie Maître Gaëtane Thomas-Tinot d'avoir accepté d'évaluer ce travail et pour ses riches enseignements en matière de déontologie médicale.

Je remercie Monsieur le Docteur Dominique Montpellier d'avoir éveillé mon intérêt pour la médecine légale, l'expertise médicale et la matière juridique au sens large.

Je remercie Madame le Professeur Cécile Manaouil pour son enseignement de grande qualité en médecine légale et en expertise de responsabilité médicale.

SOMMAIRE

Première partie : L'influence des compétences techniques et déontologiques de l'expert sur la qualité du processus expertal

Chapitre 1 : Les compétences techniques de l'expert en responsabilité médicale

Chapitre 2 : Les compétences déontologiques et la responsabilité de l'expert en responsabilité médicale

Deuxième partie : L'influence de l'ordonnance d'une mesure d'expertise et son interprétation par le juge sur la qualité du processus expertal

Chapitre 1 : La qualité de l'ordonnance d'une mesure d'expertise par le magistrat

Chapitre 2 : La qualité de l'interprétation du rapport d'expertise par le magistrat

TABLE DES ABBREVIATIONS

AIPP : Atteinte permanente à l'Intégrité Physique ou Psychique

AMEDOC : Association des Médecins Experts en Dommage Corporel

ANADOC : Antenne nationale de documentation sur le dommage corporel

ANM : Académie Nationale de Médecine

ANSM : Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des produits de santé

AP-HP : Assistance publique des Hôpitaux de Paris

AREDOC : Association pour l'étude de la Réparation du Dommage Corporel

CA : Cour d'appel

CAA : Cour Administrative d'appel

CAPEDOC : Certificat d'Aptitude à l'Expertise du Dommage Corporel

CCI : Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux

CE : Conseil d'État

CEACC : Compagnie des Experts agréés par la Cour de Cassation

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

CVEDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme

CERFAPS : Centre Européen de Recherche en droit des Famille, des Assurances, des Personnes et de la Santé

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CNAMed : Commission Nationale des Accidents Médicaux

CNCEJ : Conseil national des compagnies d'experts de justice

CPC : Code de Procédure Civile

CPMJ : Capacité de Pratiques Médico Judiciaires

CRCI : Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation

CSP : Code de la Santé Publique

CSS : Code de la Sécurité Sociale

DES : Diplôme d'Études Spécialisées

DESC : Diplôme d'Études Spécialisées Complémentaires

DIUEAM : Diplôme Inter Universitaire national d'Expertises en Accidents Médicaux

DU : Diplôme Universitaire

EFF : Expertise Fondée sur les Faits

FGTI : Fonds de Garantie des victimes d'actes de Terrorisme et autres Infractions

HAS : Haute Autorité de Santé

MFF : Médecine Fondée sur les Faits

OMS : Organisation Mondiale de la Santé

ONDPS : Observatoire National de la Démographie des Professions de Santé

ONIAM : Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux

ORM : Observatoire des Risques Médicaux

PU-PH : Professeur des Universités-Praticien Hospitalier

RMO : Recommandation Médicalement Opposable

SMLC : Société française de Médecine Légale et de Criminologie

INTRODUCTION

« *L'édifice de l'expertise restera debout sans solidité, comme bâti sur le sable, tant que la sagesse législative n'aura pas pris les mesures indispensables pour affirmer d'abord la qualité* », Louis Pénard, 1883.

L'expertise en responsabilité médicale telle que nous la connaissons aujourd'hui est le fruit d'un long processus évolutif, médical et juridique, faisant cohabiter ces deux disciplines. La qualité du processus expertal est fondamentale pour les parties. Elle est impactée par de multiples facteurs, intrinsèques et extrinsèques, liés à la fois aux compétences des experts et à la qualité du travail des magistrats qui les désignent. Pour comprendre les problématiques de ce sujet, il est important de s'attacher à l'histoire et à l'évolution de la responsabilité médicale et de l'expertise.

« *On peut gâter un homme sans qu'il en coûte rien. Les bévues ne sont point pour nous, et c'est toujours la faute de celui qui meurt. Enfin le bon de cette profession est qu'il y a parmi les morts une honnêteté, une discrétion la plus grande du monde ; et jamais on n'en voit se plaindre du médecin qui l'a tué* »¹. Dans cet extrait du « Médecin malgré lui », Molière retranscrit le sentiment populaire de l'irresponsabilité du médecin dans la France du XVII^e siècle. Cette réplique laisse songeur le médecin de notre époque, sensibilisé dès le début de ses études au risque de mise en cause de sa responsabilité. Pourtant, l'irresponsabilité du médecin a été de mise durant de longs siècles.

Dans la Rome antique, le médecin était également prêtre. Il était entouré d'un respect quasi religieux. Son impunité était de coutume comme en témoigne Pline l'Ancien (23 à 79 apr. J.C.) : « *ils s'instruisent à nos risques et dépens ; la mort des hommes est pour eux une série d'expériences ; seuls ils jouissent du privilège de tuer les hommes impunément* »². On dit souvent que la médecine est un sacerdoce, ce qui étymologiquement signifie « *fonction sacrée* ». Au XVI^e siècle, Ambroise Paré écrivait « *Je le pansai, Dieu le guéri* ». Longtemps, par le prisme de la religion catholique, la mort était dans l'ordre naturel des choses. Le médecin luttait contre les « *forces occultes du mal* » et son activité relevait plus du surnaturel que de la science. Le praticien n'avait pas à répondre de ses actes devant les hommes mais

¹ MOLIÈRE, *Le Médecin malgré lui*, Paris, Larousse, 1990.

² PLINE L'ANCIEN, *Histoire naturelle. Livre XXIX*, 1962.

devant Dieu. Le contact physique entre le médecin et le malade étant prohibé, le lien de causalité entre son acte et la survenue d'un dommage était difficile à matérialiser. L'acte médical « matériel » était réalisé par le barbier, ancêtre du chirurgien. La responsabilité de ce dernier était souvent engagée à l'inverse de celle du médecin. L'activité du barbier-chirurgien, portant atteinte au corps humain, était considérée par l'Église catholique comme de second ordre. Elle exclura d'ailleurs les barbiers-chirurgiens de ses Universités. Ainsi, en France, les premiers arrêts mettant en œuvre la responsabilité médicale datent du XV^e siècle et concernent quasiment tous les interventions des barbiers-chirurgiens. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la mise en œuvre de la responsabilité des médecins est exceptionnelle. Il faudra attendre un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1835, l'arrêt Thouret-Noroy (du nom du médecin) aussi connu sous le nom d'arrêt Guigne (du nom du malade), pour voir la première condamnation d'un médecin au titre de la responsabilité médicale³.

Malgré cette apparente impunité des médecins dans l'histoire, de nombreux textes ou codes faisant état d'une mise en cause de la responsabilité médicale ont été retrouvés. Les premières traces remontent à l'antiquité, aux prémices de l'écriture humaine. En France, jusqu'au code civil napoléonien de 1804, les responsabilités pénale et civile du médecin étaient confondues. Dans l'histoire, la responsabilité médicale à type de sanction fût longtemps privilégiée même si la responsabilité médicale indemnitaire existait et devint par la suite prépondérante⁴.

En Mésopotamie du sud, la plus ancienne trace de responsabilité médicale à type de sanction est illustrée par le code d'Hammourabi (vers -1792/-1750 av. J.C.). Il propose un système compensatoire du dommage, basé sur une sanction de l'auteur de la faute, via la loi du Talion (« œil pour œil et dent pour dent »). Dans le nord de la Mésopotamie, les lois assyriennes (vers -1200/-1300 av. J.C.) ressemblent au code d'Hammourabi mis à part une déconsidération de la femme qui peut subir une sanction sans la proportionnalité du Talion. En Égypte antique, des écrits regroupant les bonnes pratiques médicales apparaissent dans les « registres salutaires » que les prêtres inséreront ensuite dans un code nommé « livre sacré ». Le roi perse Darius (-522 à -486 av. J.C.) fait également rédiger un code des bonnes pratiques médicales. Dans les deux exemples précédents, le respect de ces textes entraînait

³ ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d expertises médicales*, Sauramps Medical.

⁴ L. DEMONT, « 4 000 ans de responsabilité pénale médicale », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 12, n° 3, 1999 ; ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d expertises médicales, op. cit.* ; M. FAISANT, F. PAPIN-LEFEBVRE, P. LABURTHE-TOLRA et C. ROUGÉ-MAILLART, « Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 1 : histoire de la réparation du dommage corporel depuis l'antiquité jusqu'à l'époque moderne », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 4, n° 4, 1 décembre 2013.

l'irresponsabilité des médecins, peu importe le résultat du traitement. En revanche, le non respect de ces codes était puni de sanctions allant jusqu'à la peine de mort, quelle que fut l'issue de la maladie. La liberté des médecins dans l'exercice de leur art restait très limitée et leur responsabilité était engagée, principalement à risque de sanction⁵.

En Grèce antique furent appliqués le droit de vengeance et la loi du Talion. Les peines encourues étaient laissées à la libre appréciation du juge jusqu'à l'apparition du code de Zaleucos (vers -663 av. J.C.) qui fixe, à la manière du code pénal actuel, les peines encourues en fonction des fautes commises.

En droit romain, les médecins pouvaient être punis pour leur négligence. La *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis* énumère toute une série de crimes relatifs à l'art médical avec de nombreuses dispositions pénales s'appliquant aux praticiens. Par ailleurs, la loi romaine dite des 12 tables (vers -451 av. J.C.), *Lex Duodecim Tabularum*, n'autorise l'application du Talion qu'en cas d'échec de l'accord amiable des parties. Elle donne ainsi priorité absolue à un accord amiable, sans guide barémique. Les invasions barbares introduisent de nouvelles règles de droit mais c'est bien le principe de sanction du médecin qui persiste en matière de responsabilité médicale. Ainsi chez les Ostrogoths, en cas de décès du patient, le médecin est mis au service de la famille du défunt qui peut également le tuer. Des peines corporelles sont infligées suivant le même principe que la loi du talion.

En chine, le *Ta-Tsing-leu-lée*, code appliqué de 1644 à 1931, propose uniquement des compensations basées sur des sanctions allant d'un coup de bambou à la peine capitale par strangulation ou décapitation. Le Moyen Age occidental connaît aussi son lot de condamnation de praticiens, avec les mises à morts des médecins du Pape Jean XXII (1249-1334) et de Laurent de Médicis (1449-1492), pour mauvaise médication.

En Europe, du XIII^e siècle jusqu'à la révolution française, très peu de documents significatifs connus abordent la réparation du dommage corporel. Du XVI^e au XVIII^e siècles, la doctrine était divisée sur la question de savoir si les médecins devaient encourir une responsabilité pénale ou civile⁶. Si certains auteurs comme Ferrière ou Domat étaient attachés au principe de responsabilité civile du médecin, d'autres, comme Berault-Godefroy, restaient fixés sur le principe de responsabilité pénale. En 1556, Henri II rédigeât un édit déclarant que « *sur la plainte des héritiers des personnes décédées par la faute des médecins, il en serait informé et rendu justice comme de tous autres homicides* ». Par la suite, ni les textes révolutionnaires, ni

⁵ EDOUARD HÛ, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel*, Thèse de Droit, Faculté de Paris, 1880.

⁶ *Ibid.*

même le Code Pénal de 1810 ne contiennent de dispositions relatives aux sanctions pénales de la responsabilité médicale.

Depuis les origines de la civilisation, la sanction du médecin a souvent été prononcée pour réparer le dommage corporel du malade. Pourtant, parallèlement à ce principe, les prémices d'une idéologie indemnitaire pour réparation du dommage corporel apparaissent dès l'antiquité⁷.

Bien avant le code d'Hammourabi, la responsabilité médicale de type indemnitaire existe dans le sud de la Mésopotamie. En témoigne le code d'Ur-Nammu, rédigé à la demande du roi éponyme (vers -2100/-2050 av. J.C.). Ce code propose une réparation du dommage corporel des malades par une compensation financière. Cette idéologie occulte toute sanction par mutilation en proposant une monétisation du dommage.

En droit judéo-araméen, le traité du *baba kama* prévoit une réparation proche de notre système actuel. Elle est basée sur l'indemnisation de postes de préjudices tels que *le Shevet* (perte de revenu pendant la récupération de la blessure subie) ou *le Ripouy* (coût des frais médicaux).

En droit coranique, la *chari'a* (« *chemin pour respecter la loi* ») ne se limite pas à la responsabilité de sanction connue en raison de la sévérité de ses châtements. Elle fixe également un tarif compensatoire en fonction de la faute commise. Pour exemple, un homicide vaut le tarif de 100 chameaux payable en 1 an à la victime.

L'empire byzantin applique un droit issu de la tradition romaine. Le *code de Justinien* (vers 527) crée un système d'indemnisation ressemblant au *baba kama* du droit juif.

Avec Charlemagne et la refonte des droits de l'Europe occidentale, les lois barbares disparaissent, laissant place à une multitude de barèmes d'indemnisation très précis. Cette approche de la réparation du dommage corporel est bien illustrée par la loi Gombette (501 apr. J.C.) ainsi que par les lois franques, salique et ripuaire (6^e au 7^e siècles apr. J.C.). La loi salique supprime totalement la loi du Talion tandis que la loi ripuaire constitue un mélange entre loi salique et gombette avec une alternance de responsabilité sanction et indemnitaire. Les responsabilités pénale et civile du médecin évoluent donc en parallèle depuis l'antiquité. En France, il faudra pourtant attendre la période révolutionnaire et le premier Empire pour

⁷ L. DEMONT, « 4 000 ans de responsabilité pénale médicale », *op. cit.* ; ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales*, *op. cit.* ; M. FAISANT, F. PAPIN-LEFEBVRE, P. LABURTHE-TOLRA et C. ROUGÉ-MAILLART, « Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 1 », *op. cit.*

que le droit indemnitaire se dissocie du droit pénal⁸.

Le Code civil napoléonien de 1804 va définitivement dissocier les fautes pénales, passibles de sanctions pour l'auteur de la faute, et les fautes civiles, entraînant une indemnisation de la victime par l'auteur de la faute. Ce texte subordonne l'indemnisation de la victime à l'existence d'une faute prouvée. La faute comprend un élément objectif, la violation d'une règle, et un élément moral, un jugement de valeur sur une conduite humaine. Il faut attendre la fin du XX^e siècle pour que l'élément moral, rémanence de l'amalgame que l'on faisait au Moyen Âge entre faute et péché, n'ait plus sa place dans le droit de la responsabilité civile. L'article 1382 du Code civil de 1804 (« *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ») prévoit la réparation intégrale du dommage corporel et place ainsi la victime au centre du processus de responsabilité médicale⁹. Or, jusqu'au milieu du XX^e siècle, le paternalisme médical est de mise et la responsabilité du médecin n'est presque jamais mise en cause. Même si l'arrêt Thouret-Noroy/Guigne de la Cour de cassation de 1835 précise bien la responsabilité délictuelle du médecin¹⁰, cette dernière reste rarement engagée comme en témoigne Charles Nicolle, prix Nobel de médecine en 1928 : « *Les médecins reçoivent mission de veiller sur la santé des hommes. La sagesse est de s'en remettre à eux* ». En 1936, l'arrêt dit Mercier de la Cour de cassation marque une rupture¹¹. Il introduit la notion de relation contractuelle entre le médecin et son patient. Ce contrat, nommé « contrat médical », est conclu *intuitu personae* rendant unique chaque relation médecin patient et impliquant une relation de nécessaire confiance. Il est également synallagmatique et comporte des obligations réciproques à la charge des parties. Dès lors, le médecin engage sa responsabilité contractuelle lorsqu'il exerce son art. Pour les situations hors contrat (intervention en urgence, patient inconscient), il continue d'engager sa responsabilité délictuelle. Elle diffère notamment en matière de délai de prescription de la faute. Ce régime de responsabilité basé sur le contrat va persister jusqu'à la loi Kouchner du 4 mars 2002. Elle fait disparaître la dichotomie contractuelle et délictuelle de l'arrêt Mercier, en créant un régime de responsabilité médicale légal et statutaire¹². Il est inscrit dans le Code de la Santé Publique (CSP), le code de déontologie médicale étant intégré

⁸ NAPOLÉON ET AL., *Code civil des Français de 1804*, Paris, Imprimerie de la république, 1804 ; *Code des délits et des peines (Code pénal napoléonien de 1810)*.

⁹ Code civil - Article 1382, *Code civil*, 1382, 1804.

¹⁰ S. BAUZON, « Aux origines du biodroit : la responsabilité médicale délictuelle (1835-1936) », in *La personne biojuridique*, Quadriga, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2006, p. 71 à 81.

¹¹ *Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier*.

¹² Marie-Laure Moquet-Anger, *Droit hospitalier*, LGDJ, 6e.

à cette occasion à la partie réglementaire du CSP (articles R4127-1 à R4127-112). Pour autant, la loi du 4 mars 2002 reprend les grands principes du contrat médical de l'arrêt Mercier. Le médecin, librement choisi par le patient¹³, s'engage à prodiguer des soins consciencieux, attentifs, conformes aux données actuelles de la science¹⁴, après avoir informé le patient¹⁵ et recueilli son consentement éclairé¹⁶. En contrepartie, le patient s'engage à collaborer avec le médecin, sans mentir ou dissimuler son état de santé. Il s'engage également à suivre les prescriptions qui lui sont délivrées et à rémunérer le praticien. Il est interdit au médecin d'abaisser ses honoraires dans un intérêt de concurrence¹⁷. La relation médecin-patient s'inscrit désormais dans une relation de confiance, qualifiée par certain de « contrat de confiance ». Au cours du XXe siècle, cette relation de confiance entre le médecin et son patient a fortement évolué. Nous avons assisté à la désacralisation de la fonction médicale et les progrès techniques ont considérablement augmenté les chances de guérison des malades. Tous ces éléments auraient pu laisser présager une quasi-disparition des recours des patients contre les médecins. Au contraire, la réparation du dommage corporel n'a jamais été autant recherchée par les patients. Dès la révolution industrielle, le principe de la responsabilité pour faute s'est heurté à celui de la réparation intégrale du dommage corporel, faisant émerger la problématique de la protection de la créance d'indemnisation de la victime. Cette époque marque la naissance du principe de responsabilité sans faute en matière d'indemnisation du dommage corporel¹⁸.

Afin de respecter l'article 1240 du Code civil et d'éviter qu'une victime ne puisse être indemnisée en l'absence de faute, la doctrine a élaboré la théorie du risque-profit admettant l'idée d'une responsabilité sans faute dite objective. Cette théorie, élaborée par Raymond Saleilles et Louis Josserand en 1897, vient répondre à la problématique des dommages causés par des machines sur les travailleurs de la fin du XIX^e siècle. Elle aura une influence majeure sur la jurisprudence et la législation, avec la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. Ce texte attribue de plein droit la responsabilité à l'employeur avec une indemnisation automatique sans avoir à démontrer de faute de ce dernier. L'assurance en responsabilité

¹³ Article R4127-6 - Code de la santé publique.

¹⁴ Article R4127-32 - Code de la santé publique.

¹⁵ Article R4127-35 - Code de la santé publique ; Article L1111-2 - Code de la santé publique.

¹⁶ Article R4127-36 - Code de la santé publique ; Article L1111-4 - Code de la santé publique.

¹⁷ Article R4127-67 - Code de la santé publique.

¹⁸ L. DEMONT, « 4 000 ans de responsabilité pénale médicale », *op. cit.* ; ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales*, *op. cit.* ; M. FAISANT, F. PAPIN-LEFEBVRE, P. LABURTHE-TOLRA et C. ROUGÉ-MAILLART, « Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 1 », *op. cit.*

civile s'est alors considérablement développée afin de socialiser le risque, en le transférant de l'individuel au collectif. Les risques sont répartis sur une collectivité, la communauté nationale ou une mutualité d'assurés gérée par un assureur, et non sur un seul individu. Ce n'est plus la faute de l'assuré qui importe mais ses conséquences sur la victime. L'assurance acquiert ici, outre la fonction économique, une fonction sociale. Elle pallie l'insolvabilité du responsable pour garantir la réparation du dommage¹⁹. C'est dans cet esprit qu'émerge la loi du 5 juillet 1985, dite Badinter, relative à l'indemnisation des accidents de la circulation. Elle instaure, au sein du droit commun de la responsabilité civile, un régime de responsabilité objective, sans recherche d'un coupable, sans égard à la faute. Au début du XXI^e siècle, ce principe de responsabilité sans faute est repris en matière médicale par la loi Kouchner du 4 mars 2002. Elle met en place un régime de responsabilité spécifique applicable aux dommages causés par des actes de prévention, de diagnostic ou de soins²⁰. Elle distingue les dommages secondaires à une faute ou sans faute. Même si elle rappelle que le principe de la responsabilité médicale reste la responsabilité pour faute, elle reprend le principe de la jurisprudence administrative de l'arrêt Bianchi du Conseil d'État (CE) de 1993²¹. Elle admet ainsi l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, dans certaines conditions. La loi du 4 mars 2002 prévoit ainsi la prise en charge, au titre de la solidarité nationale, de différents dommages liés à l'activité médicale en l'absence de faute ou pour faute présumée (dommages liés aux accidents médicaux, infections nosocomiales et affections iatrogènes graves). Cette solidarité nationale est assurée par la création des Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation (CRCI) devenue Commissions de Conciliation et d'Indemnisation (CCI), et l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM)²². La création des CCI ouvre une perspective d'indemnisation extra-judiciaire pour les victimes d'accidents médicaux avec un règlement amiable. En 2022, selon son mode d'exercice, le médecin est soumis à différents régimes de responsabilité régis par différentes règles de droit, restant essentiellement basés sur l'existence d'une faute. La victime peut quant à elle prétendre à des voies d'indemnisation judiciaire et extra-judiciaire, en présence d'une faute ou en l'absence de faute sous certaines conditions.

¹⁹ R. BIGOT, A. CAYOL et D. NOGUÉRO, *Le droit des assurances en tableaux*, Paris, Ellipses, 2020.

²⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

²¹ *Conseil d'Etat, Assemblée, du 9 avril 1993, 69336, publié au recueil Lebon.*

²² P. LUCAS, *Histoire de la réparation des préjudices corporels: de la vengeance à l'indemnisation sans égard à la responsabilité*, 2020.

« *L'expert est celui qui en sait de plus en plus sur de moins en moins* », Nicholas Murray Butler. Cette citation du siècle dernier n'a jamais été autant d'actualité. Depuis le XX^e siècle, la médecine n'a cessé de se spécialiser. Pour exemple, jusqu'aux années 1950, l'anesthésie était pratiquée par le chirurgien assisté d'un membre du corps infirmier²³. Les chirurgiens étaient eux-mêmes le plus souvent généralistes et pouvaient intervenir sur le corps entier. Aujourd'hui, la médecine est divisée et cloisonnée en spécialités enseignées au sein de Diplômes d'Études Spécialisées (DES). On décompte 44 DES en 2022, au sein desquels il existe des sur-spécialisations enseignées par des Diplômes Universitaires (DU)²⁴. Ainsi, certains chirurgiens orthopédistes n'interviennent que sur les membres supérieurs quand d'autres n'opèrent que les membres inférieurs. Cette évolution est probablement à l'origine, ou la conséquence, de l'apparition d'une quasi-obligation de résultat en matière chirurgicale. La jurisprudence impose au chirurgien, depuis les années 2000, une obligation de précision millimétrique²⁵. C'est une entorse à l'obligation de moyen normalement exigée en matière de responsabilité médicale²⁶. Aujourd'hui, le médecin est soumis dans sa pratique au respect d'un certain nombre d'exigences légales et réglementaires. Elles figurent dans le CSP, dans les dispositions de la loi du 4 mars 2002 et dans le code de déontologie médicale. Le médecin est également soumis aux décisions jurisprudentielles. Elles contribuent à dire le droit et ont considérablement fait évoluer les obligations du médecin et la mise en œuvre de sa responsabilité. Pour exemple, l'arrêt Hédreul de la Cour de cassation de 1997 renversera la charge de la preuve du devoir d'information du patient vers le médecin²⁷. Par ailleurs, le législateur est parfois en désaccord avec les décisions des juges. L'indemnisation d'un enfant au préjudice d'être né handicapé par la Cour de cassation²⁸ fût ainsi limitée par la loi du 4 mars 2002 prévoyant uniquement l'indemnisation de ses parents.

La jurisprudence de la Cour de cassation a depuis longtemps affirmé le principe de

²³ A. LIENHART, *Anesthésie, analgésie, réanimation, Samu: notre histoire, de 1945 aux années 2000. Tome 1*, Paris, Ed. Glyphe, 2014.

²⁴ Arrêté du 21 avril 2017 relatif aux connaissances, aux compétences et aux maquettes de formation des diplômes d'études spécialisées et fixant la liste de ces diplômes et des options et formations spécialisées transversales du troisième cycle des études de médecine.

²⁵ Cour de cassation, 18 septembre 2008, *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 septembre 2008, 07-12.170, Publié au bulletin*, 07-12.170, *Publié au bulletin* ; Cour de cassation, 20 mars 2013, *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 mars 2013, 12-13.900, Inédit*, 12-13.900, *Inédit* ; Cour de cassation, 26 février 2020, *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 26 février 2020, 19-13.423 19-14.240, Publié au bulletin*, 19-13.423 19-14.240, *Publié au bulletin* ; Cour de Cassation, *Chambre civile 1, du 23 mai 2000, 98-19.869, Publié au bulletin*.

²⁶ *Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier, op. cit.* ; Article L1142-1-1 - Code de la santé publique.

²⁷ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1997, 94-19.685, Publié au bulletin*.

²⁸ *Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Publié au bulletin, dit Arrêt Perruche*.

responsabilité pour faute du médecin, que ce soit dans l'arrêt Thouret-Noroy/Guigne de 1835, dans l'arrêt Mercier de 1936, ou encore dans l'arrêt du 8 novembre 2000²⁹. La loi du 4 mars 2002 a fini par légiférer ce principe à l'article L.1142-1 du CSP. Ainsi les professionnels de santé, comme les établissements de santé, ne sont responsables des dommages liés à leur activité qu'en cas de faute³⁰. Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 s'appliquent quel que soit le mode d'exercice du médecin. Elles ont diminué les différences jurisprudentielles qui existaient entre les secteurs public et privé. Pour exemple, la loi a uniformisé le délai de prescription pour rechercher la responsabilité du médecin. Elle l'a porté à dix ans à compter de la consolidation du dommage, alors qu'il était auparavant de quatre ans dans le secteur public et de dix ans dans le secteur privé. Pour autant, la loi du 4 mars 2002 n'a pas supprimé la dichotomie droit administratif et droit civil en matière de responsabilité médicale. Les juridictions civiles restent compétentes à l'égard des professionnels de santé exerçant leur activité à titre libéral, les juridictions administratives connaissent des fautes commises par les salariés des établissements publics de santé. Les juridictions pénales sont compétentes à l'égard de tout praticien, quel que soit son statut. Les juridictions disciplinaires peuvent prononcer des sanctions professionnelles en cas de manquements aux règles déontologiques, indépendamment du statut du médecin. La loi du 4 mars 2002 a rendu obligatoire l'assurance en responsabilité médicale. En réalité, les professionnels de santé exerçant leur activité à titre libéral étaient déjà tous assurés contre ce risque. En effet, ils répondent eux-mêmes de leur responsabilité civile et de celle des personnes placées sous leur contrôle, par le principe de la responsabilité du fait d'autrui. La loi du 4 mars 2002 ne fait pas état de cette dernière qui est toujours sous le joug du code civil³¹. Sur ce même principe, la responsabilité des fautes commises par un médecin salarié d'un établissement de santé privé est assumée par ce dernier, malgré l'indépendance professionnelle du médecin³². La Cour de cassation a rappelé ce principe dans un arrêt du 9 novembre 2004³³, à la condition que le salarié ait agi dans les limites de la mission qui lui était impartie. Concernant les établissements de santé publics, ils assument en principe la responsabilité des médecins salariés, sauf en cas de faute détachable du service public. La faute strictement personnelle du praticien reste exceptionnelle et n'a

²⁹ S. BAUZON, « Aux origines du biodroit : la responsabilité médicale délictuelle (1835-1936) », *op. cit.* ; *Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier, op. cit.* ; *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 novembre 2000, 99-11.735, Publié au bulletin.*

³⁰ Article L1142-1 - Code de la santé publique.

³¹ Article 1242 - Code civil.

³² Article R4127-5 - Code de la santé publique.

³³ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 novembre 2004, 01-17.908, Publié au bulletin.*

jamais été appliquée à une faute technique, mais uniquement à des fautes éthiques³⁴. Bien entendu, les fautes pénales et disciplinaires engagent la responsabilité personnelle de leurs auteurs, qu'ils soient libéraux ou salariés. Elles ne sont pas assurables à l'inverse des fautes civiles ou administratives. Au regard de ces éléments, nous comprenons aisément les questions financières qui découlent de l'engagement de la responsabilité médicale, que ce soit pour les assurances de médecins libéraux ou celles des établissements de santé. Le budget alloué à l'ONIAM pour l'indemnisation des dommages secondaires aux accidents médicaux non fautifs, aux infections nosocomiales et aux affections iatrogènes graves, ne cesse de croître depuis sa création en 2002.

Parallèlement aux enjeux éthiques et juridictionnels, l'enjeu financier de la responsabilité médicale est majeur. En France, c'est l'Observatoire des Risques Médicaux (ORM), placé près de l'ONIAM, qui analyse les dépenses liées au risque médical. Son rapport basé sur les données de 2009 à 2014 rapporte une charge globale du risque médical d'environ 1 milliard 91 millions d'euros sur cette période, soit une moyenne de 180 millions d'euros par an. Ce montant est assumé à 63% par les assureurs des professionnels et des établissements de santé et à 35,5% par l'ONIAM (le reste étant à la charge de l'Assistance publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP) qui est son propre assureur)³⁵. Le montant des indemnisations versées aux victimes d'accidents médicaux par l'ONIAM ne cesse de croître. En 2021, 95% des offres d'indemnisation proposées par l'ONIAM ont été acceptées et versées aux victimes, soit environ 157 millions d'euros. Cela représente une hausse de plus de 33% par rapport à 2020. Chaque année en France, environ cent mille expertises judiciaires sont demandées en matière médicale³⁶. Très peu d'informations sont accessibles et vérifiables concernant le coût global de ces expertises et la rémunération des experts. En 2021, l'ONIAM a vu revaloriser son budget alloué aux experts intervenant pour la CCI, représentant une hausse de 4,8 millions d'euros pour une revalorisation de l'expertise de 700 à 900 euros³⁷.

En matière de responsabilité médicale, les enjeux humains sont considérables. Pour les victimes, dont la vie peut être transformée en fonction d'une bonne ou d'une mauvaise prise

³⁴ *Conseil d'Etat, 5 SS, du 4 juillet 1990, 63930, mentionné aux tables du recueil Lebon ; Conseil d'Etat, 4 / 6 SSR, du 28 décembre 2001, 213931, publié au recueil Lebon.*

³⁵ OBSERVATOIRE DES RISQUES MÉDICAUX, *Rapport d'Activité de l'Observatoire des risques médicaux - Période 2009 à 2014*, 2015.

³⁶ Proposition de loi du Sénat N°384 du 25 janvier 2022 visant à inciter l'expert médical à déclarer ses intérêts pour prévenir d'éventuels conflits.

³⁷ ONIAM, *Rapport d'activité* - <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>, 2012.

en charge de leurs préjudices. Pour les professionnels mis en cause, de par la charge morale et financière que peuvent représenter une procédure judiciaire et la reconnaissance ou non d'une faute médicale. Cela est particulièrement vrai pour les médecins libéraux, directement exposés, quand leurs confrères salariés sont « protégés » par l'engagement de la responsabilité administrative de l'établissement qui les emploie. Les chiffres des rapports de l'assurance MACSF sont un bon reflet du secteur libéral car cette dernière assure environ 140 000 médecins libéraux. Parmi les médecins assurés auprès de la MACSF en 2020, le taux de sinistralité (ratio financier entre le montant des sinistres à dédommager et celui des primes encaissées) des médecins généralistes était de 0,77 % alors que celui des neurochirurgiens était de 66,38 %³⁸. En résulte une grande variabilité des polices d'assurance des médecins selon leur secteur d'activité et leur spécialité. Pour exemple, la police d'assurance en responsabilité civile médicale d'un médecin généraliste libéral est de l'ordre de 360 à 500 euros par an, alors que celle d'un neurochirurgien libéral est de 22 000 à 35 000 euros par an³⁹. Concernant le secteur hospitalier, l'assureur principal des établissements est la SHAM. Elle assure 60 % des lits d'hospitalisation français et 70% des lits d'hospitalisation du secteur public. Selon les données publiées par la SHAM entre 2003 et 2009, le nombre de recours devant les CCI a été multiplié par cinq. Selon les données des années 2010 à 2014, les plaintes administratives et judiciaires ont augmenté de 19 %, dont 57,2 % d'entre elles concernaient la responsabilité médicale⁴⁰. La charge mentale de la procédure judiciaire n'est pas anodine sur le corps médical et fait courir le risque d'une « médecine défensive » dans laquelle les praticiens sont davantage soucieux d'éviter un contentieux que de prodiguer des soins consciencieux. Pour autant, ce « risque médico-légal » est aussi une stimulation certaine pour le médecin de mettre à jour ses connaissances, devoir déontologique qui lui incombe⁴¹. L'évolution des règles de droit s'appliquant à la responsabilité médicale, tout comme les conséquences humaines et financières de l'engagement de cette responsabilité, expliquent l'importance du contentieux dans ce domaine. Pour les magistrats, la technicité élevée de la médecine rend incontournable l'éclairage par des hommes de l'art.

Le mot expert, issu du latin *expertus*, signifie « éprouvé, qui a fait ses preuves ». Cet adjectif

³⁸ « Responsabilité médicale : le rapport 2021 de la MACSF marqué par la crise sanitaire ».

³⁹ ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales*, op. cit.

⁴⁰ *Ibid.* ; SHAM, *Chiffres clés du risque médical en Établissements - Bilan 2019*.

⁴¹ Article R4127-11 - Code de la santé publique.

désigne un individu expérimenté qui a acquis par la pratique une compétence et une habileté⁴². L'expert se caractérise par la détention d'un savoir spécifique de compétences techniques et/ou méthodologiques, mises au service d'une action en réponse à une demande sociale, politique, publique ou privée⁴³. L'expertise médicale est certes ancienne, mais bien moins que la notion de responsabilité médicale que nous avons développée précédemment. Pendant longtemps, les juges ont rendu leurs décisions sans l'aide d'avis techniques. Dans l'empire Byzantin, le droit issu des lois romaines laissait au demandeur le devoir d'évaluer son dommage, le juge pouvant accorder ou non cette somme, ou la minorer⁴⁴.

En matière pénale, dans la France du XVI^e au XVIII^e siècles, l'impéritie comme le dol du médecin ne se présumaient jamais. Dans la plupart des cas, le juge pénal se prononçait sur la responsabilité des médecins à partir de rapports d'experts désignés. Les décisions des juges de l'époque font état de « *médecine trop forte* », de remède « *téméraire* » ou « *inconsidéré* », ou encore de « *médecin hasardeux, digne de peine* ». Pour condamner au titre de la responsabilité médicale, les magistrats exigeaient déjà un lien de causalité entre l'intervention du médecin et le décès du patient. Ils avaient dès lors à cet égard un pouvoir d'appréciation souverain. Cependant, la jurisprudence de l'époque dont nous disposons laisse penser que les décisions pénales étaient peu sévères à l'égard des médecins⁴⁵.

En matière de responsabilité médicale civile, Henri IV prescrivit dans un édit de janvier 1606 que « *son premier médecin commettrait dans les villes, bourgs et lieux du royaume, un ou deux chirurgiens pour assister aux visites et rapports qui se feraient par ordonnance de justice et autrement* ». C'est la toute première trace de désignation judiciaire civile d'un expert médecin en France.

Au début du XIX^e siècle, la codification des droits civils et pénaux s'accompagne d'une codification des procédures. Ce sera la création de l'expertise judiciaire, définie comme une « *mesure d'instruction* », dans laquelle un « *technicien* », mandaté par un juge, doit répondre à des « *questions de fait* » par un rapport conclu par un avis⁴⁶. Les listes de médecins experts près des tribunaux apparurent à la fin du XIX^e siècle, à la suite d'une loi du 30 novembre

⁴² ACADÉMIE FRANÇAISE, Dictionnaire de l'académie française - expert, -erte, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E3436> ; Dictionnaire de l'Académie française - expertise, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E3438>.

⁴³ L. BANTIGNY, « Usages, mésusages et contre-usages de l'expertise. Une perspective historique », *Histoire@Politique*, vol. 14, n° 2, 2011, p. 3.

⁴⁴ M. FAISANT, F. PAPIN-LEFEBVRE, P. LABURTHE-TOLRA et C. ROUGÉ-MAILLART, « Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 1 », *op. cit.*

⁴⁵ L. DEMONT, « 4 000 ans de responsabilité pénale médicale », *op. cit.*

⁴⁶ Nouveau Code de Procédure Civile; Chapitre V : Mesures d'instruction exécutées par un technicien. (Articles 232 à 284-1).

1892. Plus récemment, une loi de 1957 a prévu, en matière pénale, l'élaboration de listes d'experts établies par les cours d'appel et par le bureau de la Cour de cassation. La loi n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires a prévu l'établissement de listes d'experts en matière civile. Les listes en matières civile et pénale ont ainsi été fusionnées par cette loi de 1971⁴⁷. En 2004, une réforme générale de l'expertise est portée par le ministère de la justice, son décret d'application⁴⁸ renforçant le processus de sélection des experts missionnés par les juridictions dans l'ensemble des matières, dont l'expertise en responsabilité médicale⁴⁹. En tant qu'auxiliaire du magistrat qui le désigne, l'expert participe aux activités juridictionnelles durant le temps de sa mission. À ce titre, il est soumis à quelques grands principes procéduraux dont l'obligation de réserve, équivalent au civil du secret de l'instruction pénale. De même, il est soumis au respect du caractère contradictoire des opérations. L'expertise en contentieux extrajudiciaire et amiable via les CCI réserve une déontologie aussi exigeante que celle des experts judiciaires.

En 1946, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) a défini la santé comme un « *état de complet bien-être physique, mental et social* »⁵⁰. Cette vision très large, toujours d'actualité en 2022, laisse entrevoir le champ des réclamations possibles en matière de santé. Depuis quelques décennies, le nombre de procédures engageant la responsabilité médicale double tous les dix ans. Certes le nombre de patients et d'actes médicaux ne cesse d'augmenter, mais il existe aussi une certaine confusion entre « droit à la santé » et « droit à la guérison ». Aujourd'hui, les tribunaux et les CCI sont de grands « consommateurs » d'expertises en matière de responsabilité médicale, alors que la pénurie de médecins experts est forte. Les qualités exigées de ces derniers sont multiples. Elles doivent allier compétences théorique et pratique, objectivité, impartialité, indépendance et disponibilité. Les conclusions expertales ont un impact majeur sur les décisions de justice et la preuve expertale est souvent

⁴⁷ SÉNAT, *Projet de loi réformant le statut de certaines professions judiciaires, des experts judiciaires et des conseils en propriété industrielle, 2004* - <https://www.senat.fr/rap/102-226/102-22613.html> ; Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

⁴⁸ Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires., *2004-1463*, 23 décembre 2004.

⁴⁹ D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale : de critiques en réformes », *Les Tribunes de la santé*, vol. 27, n° 2, 2010, p. 101 à 110 ; Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

⁵⁰ Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé, 1946.

prépondérante⁵¹. De fait, il semble fondamental que la qualité de l'expertise en responsabilité médicale soit irréprochable.

Les conséquences d'une expertise de qualité médiocre sont multiples. En matière de responsabilité indemnitaire, les victimes risquent un défaut d'indemnisation alors que les assureurs risquent d'indemniser à tort, engendrant des possibles surprimes pour les professionnels et établissements de santé. En matière de responsabilité de sanction, il existe un risque de ne pas sanctionner un professionnel dangereux ou de sanctionner à tort un professionnel compétent. Au regard de ces graves conséquences, il paraît primordial de limiter le risque de processus experts de mauvaise qualité. Afin d'atteindre cet objectif et de promouvoir la qualité de l'expertise en responsabilité médicale, plusieurs éléments de réflexion sont nécessaires. Ainsi, après avoir déterminé quels sont les marqueurs qualitatifs d'une expertise en responsabilité médicale, il faut rechercher les facteurs améliorant ou dégradant ces indicateurs de qualité. Le prérequis à cela est de déterminer ce qu'est une expertise en responsabilité médicale de bonne qualité. Dans ce travail, nous souhaitons évaluer la qualité du processus expertal de responsabilité médicale tel qu'il est actuellement conçu en France et rechercher d'éventuelles pistes d'amélioration de sa qualité. Nous nous cantonnerons à l'analyse des mesures d'expertises demandées par les tribunaux et les CCI. Nous n'aborderons pas ici la question de la qualité des expertises relevant de la médecine de conseil pour compagnies d'assurance ou de victimes. Même si ces types d'expertises cohabitent avec les expertises pour tribunaux ou CCI, l'évaluation de leur qualité soulève d'autres problématiques qui pourraient faire l'objet d'un travail distinct.

L'avis technique de l'expert correspond à un exercice diagnostique du savoir⁵². Semblable à celle d'une étude scientifique, la qualité de l'expertise en responsabilité médicale dépend à la fois de sa validité interne et de sa validité externe. Elle doit ainsi être de qualité technique irréprochable et parfaitement intelligible pour le magistrat qui l'interprète. Le rôle de l'expert en responsabilité médicale est alors complexe. Il consiste à la fois à évaluer l'engagement de la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé et à quantifier un éventuel préjudice chez la victime. Pour réaliser un travail de qualité, l'expert doit posséder des

⁵¹ J. HUREAU et D.G. POITOUT, *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, 2010 ; A. LACASSAGNE, *Les Médecins-experts devant les Tribunaux, et les honoraires des médecins d'après le décret du 21 nov. 1893*, Storck, 1894.

⁵² *Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel. Autres regards que celui de l'assureur - Philippe Donnou, Yann Ferguson, Eric Péan*, LEH Edition, 2020.

compétences techniques et respecter des règles déontologiques et procédurales (Première partie). Le rôle du magistrat est également prépondérant dans le processus expertal de responsabilité médicale et conditionne sa qualité. Tout d'abord par l'ordonnance de la mesure d'expertise qui fixe les missions de l'expert et cadre son travail, et ensuite par l'interprétation du rapport d'expertise permettant de rendre une décision de justice (Deuxième partie). Experts et magistrats sont des maillons indissociables dans la promotion de la qualité du processus expertal de responsabilité médicale.

PREMIÈRE PARTIE : L'influence des compétences techniques et déontologiques de l'expert sur la qualité du processus expertal

L'expert en responsabilité médicale se doit d'être un bon technicien, car c'est la mission première de son travail d'expert (Chapitre 1). Ses compétences techniques sont nécessaires mais non suffisantes pour réaliser une expertise de qualité. Il doit aussi avoir des compétences déontologiques, notamment d'indépendance et d'impartialité, et respecter le secret professionnel qui lui incombe (Chapitre 2). En plus de ces exigences, au cours de l'accès, l'expert doit faire preuve d'écoute, d'empathie et de psychologie. L'impact de ses conclusions sur les parties est majeur, particulièrement en matière de responsabilité médicale où les enjeux moraux et financiers sont parfois élevés. Afin d'assurer le bon déroulement du processus expertal, le médecin expert doit également avoir des connaissances juridiques et procédurales pour ne pas altérer le processus expertal et juridictionnel.

Chapitre 1 : Les compétences techniques de l'expert en responsabilité médicale

La finalité de l'expertise en responsabilité médicale est multiple : évaluer le caractère fautif d'un acte de soins et son lien de causalité avec un dommage, et évaluer l'importance du dommage corporel à partir de postes de préjudices. L'expert doit ainsi maîtriser son domaine médical (Section 1) et l'évaluation du dommage corporel (Section 2).

Section 1 : Les compétences médicales de l'expert en responsabilité médicale

L'expertise en responsabilité médicale est un exercice à part, varié, allant de l'évaluation de l'erreur médicale à celle du dommage corporel (§1), et dont la qualité doit être sans cesse évaluée et améliorée (§2).

§1 La double compétence de l'expert en responsabilité médicale : l'expertise médicale et l'expertise en évaluation du dommage corporel

La qualité de l'expertise en responsabilité médicale dépend à la fois de la qualité des références scientifiques utilisées par l'expert dans son rapport (a) et de la qualité avec laquelle il évalue le dommage corporel de la victime (b).

a) De l'expertise clinique à l'expertise fondée sur les faits

La *Médecine Fondée sur les Faits* (MFF) (traduction de l'expression anglo-saxonne « *Evidence-Based Medicine* ») est née dans les années 1980-1990. L'un des pères fondateurs de ce concept, David Laurence Sackett, a fondé le premier département d'épidémiologie clinique au Canada à l'Université McMaster. La MFF est définie par ses fondateurs comme « *l'utilisation consciencieuse et judicieuse des meilleures données actuelles de la recherche clinique dans la prise en charge personnalisée de chaque patient* »⁵³. Ce concept a remis en question le fondement des savoirs pratiques existant en médecine depuis des décennies. Il était alors basé sur l'intuition, l'utilisation d'observations non systématiques issues de l'expérience clinique, la physiopathologie et parfois même l'intime conviction. La MFF considère les recommandations des anciens maîtres et experts comme non valides⁵⁴. Le processus décisionnel de la MFF s'articule en plusieurs étapes : transformer le problème clinique envisagé en une question individualisée et soluble, rechercher la meilleure information qui permettra de répondre à la question (en se référant aux meilleures sources), puis évaluer de façon critique la réponse obtenue (degré de validité, impact et utilité pratique). Enfin, elle vise à évaluer l'applicabilité des résultats au patient. La « force de la preuve » est un élément central de la MFF qui permet aux résultats des études scientifiques d'être transformés en un « niveau de recommandation » pour la pratique clinique. Ainsi, le plus haut niveau de recommandation est accordé aux revues systématiques d'essais contrôlés randomisés. La MFF balaye l'ancien dogme d'une médecine où l'expérience clinique formait une base suffisante pour la construction des guides de la pratique clinique.

Nous avons vu en introduction que la loi du 4 mars 2002, confirmant l'arrêt Mercier de 1936, impose une obligation de moyen aux médecins. Ils s'engagent à prodiguer aux patients des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données actuelles de la science⁵⁵. Avec la MFF, la conformité aux données actuelles de la science prend une nouvelle dimension. Le médecin doit dès lors s'appuyer sur les recommandations de bonnes pratiques et les conférences de consensus basées sur des preuves scientifiques avérées. Cela introduit en expertise le concept d'Expertise Fondée sur les Faits (EFF). Ainsi, l'expert en responsabilité

⁵³ D.L. SACKETT et al., « Evidence based medicine: what it is and what it isn't. », *BMJ : British Medical Journal*, vol. 312, n° 7023, 13 janvier 1996, p. 71 à 72.

⁵⁴ EVIDENCE-BASED MEDICINE WORKING GROUP, « Evidence-Based Medicine. A New Approach to Teaching the Practice of Medicine », *JAMA*, vol. 268, n° 17, 4 novembre 1992, p. 2420 à 2425.

⁵⁵ *Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier, op. cit. ; Article R4127-32 - Code de la santé publique, op. cit. ; Article L1142-1-1 - Code de la santé publique, op. cit.*

médicale se doit de rechercher le caractère fautif d'un acte de soins en se basant sur les données médicales de MFF. Dans le concept d'EFF, l'expert ne peut compter sur sa notoriété pour masquer ses lacunes bibliographiques⁵⁶.

En pratique, l'EFF diffère quelque peu de la MFF. A l'inverse de l'acte médical qui se déroule dans un temps souvent court, l'expert dispose de temps pour analyser la situation qui a conduit à la survenue du dommage. Il intervient a posteriori. Il doit étayer son argumentation à partir d'une recherche bibliographique consciencieuse sur les meilleures données disponibles de MFF. Ensuite, grâce à son expertise clinique, il doit faire une évaluation critique des données de la littérature scientifique pour les adapter à la situation singulière du cas qu'il étudie. L'expert doit donc, dans sa démonstration comme dans sa conclusion, faire émerger la vérité scientifique du dossier. Une mauvaise expertise, même bourrée de références médicales et d'expressions savantes, ne fait pas illusion. En 2019, on estime que seulement 10 à 20 % des activités et des décisions médicales étaient effectivement fondées sur des preuves scientifiques⁵⁷. Le concept de MFF développé par les épidémiologistes n'a visiblement pas supplanté les autres modes décisionnels du médecin. Dès lors, l'expert est-il fondé à évaluer le caractère fautif des décisions médicales en se basant sur des éléments de preuves utilisés dans moins d'un quart des cas ? La question est ouverte. Malgré l'avènement de la MFF, l'expertise clinique du praticien et de l'expert tient toujours une place importante en 2022.

Philippe Bizouarn, médecin anesthésiste-réanimateur et docteur en philosophie, explicite bien le principe de l'expertise clinique : « *la maîtrise du geste, aussi bien technique qu'intellectuel, implique une connaissance qui est la plus fondamentale qui est. L'expertise clinique est de cette nature. Elle est l'élaboration d'un travail de synthèse que son indicibilité pourrait dévaloriser. Mais elle est au cœur du métier de médecin*⁵⁸ ». Contrairement aux modèles de la MFF, il ne suffit pas de rassembler différentes informations explicites (médicales, personnelles et sociales) pour prendre une décision qu'un ordinateur pourrait alors prendre à la place du médecin⁵⁹. La décision médicale ne repose pas uniquement sur les données de la MFF. De même, le travail de l'expert en responsabilité médicale ne consiste pas uniquement à

⁵⁶ C. RACINET et C. CATTEAU, *La qualité de l'expertise médicale en question: exemples en périnatalité pour l'adoption de la méthode fondée sur les faits*, Montpellier, Sauramps éditions, 2019.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ P. BIZOUARN, « Evidence-Based Medicine et expertise clinique », *Multitudes*, vol. 75, n° 2, 2019, p. 103 à 113.

⁵⁹ E.H. SHORTLIFFE et M.J. SEPÚLVEDA, « Clinical Decision Support in the Era of Artificial Intelligence », *JAMA*, vol. 320, n° 21, 4 décembre 2018, p. 2199 à 2200.

déclarer si oui ou non le médecin a respecté les recommandations tirées de la littérature et de la MFF. Si tel était le cas, un étudiant en médecine sachant utiliser un moteur de recherche sur internet serait à même de réaliser une expertise en responsabilité médicale. Même avec le concept d'EFF, l'expérience professionnelle et la pratique clinique de l'expert restent fondamentales. De fait, les conditions de recrutement des experts encouragent le recrutement de professionnels en activité, ou encore au fait de la pratique. L'expertise médicale est sans aucun doute un acte technique, singulier, dans lequel chaque expert aura sa vision de la qualité de l'acte médical⁶⁰. Cela nous mène à la notion « d'écoles médicales ». D'un pays à un autre, voire d'une faculté de médecine française à une autre, les définitions médicales ne sont pas toujours les mêmes. Tous les domaines n'ont pas fait l'objet d'essais contrôlés randomisés à l'instar de la MFF. Pour exemple, en France, le terme gestationnel d'une grossesse est évalué à 41 semaines d'aménorrhée alors que la définition internationale l'évalue à 42 semaines⁶¹. Ces variabilités complexifient la pratique de l'expert en responsabilité médicale. Pourtant il se doit de pratiquer un travail de qualité irréprochable sur le plan technique, au risque de dégrader le processus expertal et d'engager sa propre responsabilité. En cas d'erreur technique dans son rapport, la responsabilité de l'expert peut être engagée sur le fondement de « l'erreur manifeste ». C'est certainement un encouragement à produire un rapport de qualité pour le médecin expert. Le statut de l'expert judiciaire ne constitue pas au sens strict un statut professionnel puisqu'il exerce par ailleurs sa profession⁶². Il est un collaborateur occasionnel de la justice. Si l'expert commet une erreur manifeste d'appréciation dans ses conclusions, le justiciable dispose du recours de droit commun en matière de responsabilité civile, applicable à tout professionnel dont la faute serait à l'origine d'un dommage⁶³. L'erreur manifeste peut survenir dans l'évaluation d'une erreur de la part du professionnel ou établissement de santé tout comme dans l'évaluation du dommage corporel de la victime.

b) L'évaluation du dommage corporel

La compétence en évaluation du dommage corporel est indispensable pour l'expert en responsabilité médicale. En France, il existe plusieurs formations à cette évaluation. Elles sont principalement organisées par les médecins légistes et les assureurs du dommage corporel.

⁶⁰ D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale », *op. cit.*

⁶¹ H.-J. PHILIPPE, « Grossesses prolongées », *EMC obstétrique*, janvier 1998.

⁶² Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires., *op. cit.* ; Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, *op. cit.*

⁶³ Article 1240 - Code civil.

La médecine légale est la première à avoir organisé l'enseignement de l'évaluation du dommage corporel. Les légistes sont les spécialistes de la description des lésions corporelles. C'est une loi du 14 frimaire an III sous le Premier Empire qui crée des chaires de médecine légale dans les facultés de médecine de France. Les trois écoles spéciales de santé, qui deviennent facultés de médecine en 1808, dispensent un enseignement de médecine légale dont Paul Augustin Olivier Mahon est le premier titulaire de la chaire parisienne. Un décret de 1811, fixant le montant des vacations et la promulgation du Code d'instruction criminelle, réorganise la médecine légale. Pourtant, celle-ci n'apparaît pas comme une branche noble et autonome. Après la chute du premier empire et jusqu'à la monarchie de juillet, les rapports d'expertise sont souvent réalisés par des officiers de santé et non par des docteurs en médecine. Au cours du XIXe siècle, le corps des experts manque d'unité et connaît un processus de spécialisation se traduisant par la disparition de la polyvalence. Le « médecin légiste » ou « spécialiste en médecine légale », qui désignait au préalable l'expert judiciaire du domaine médical, voit son domaine d'action se restreindre. Celui qui était chargé de « l'ouverture des cadavres » et de la détection de poison dans les viscères ne peut plus exercer ces deux fonctions, la deuxième devenant l'apanage des toxicologues. La médecine légale est alors une mosaïque d'experts de différents domaines réunis par un seul et même objectif, apporter une réponse à une question posée par la justice⁶⁴. La médecine légale est donc née d'interrogations de la justice vers la médecine, via l'expertise judiciaire. Elle s'est naturellement organisée autour de cet objectif. L'évaluation du dommage corporel est depuis longtemps une préoccupation de la justice des Hommes, et donc de la médecine légale. Au cours du XX^e siècle et jusqu'en 2017, les médecins légistes sont restés un corps hétérogène composé de médecins de différentes spécialités. Une sur-spécialisation en médecine légale via un Diplôme d'Études Spécialisé Complémentaire (DESC) ou une Capacité de Pratiques Médico-Judiciaires (CPMJ) était dispensée par les facultés. L'expertise médicale et l'évaluation du dommage corporel ne font pas partie des enseignements du tronc commun des études médicales. Elles étaient dispensées dans des Diplômes Universitaires (DU) et Diplômes interuniversitaires (DIU), accessibles à partir du troisième cycle des études médicales, jusqu'à la création d'un DES de « médecine légale et expertises médicales » en 2017. Il reconnaît l'évaluation du dommage corporel et l'expertise médicale comme parts intégrantes de la médecine légale, devenant alors une véritable spécialité médicale. Même si la création de ce DES ne fait pas disparaître les DU et DIU, il prouve la volonté

⁶⁴ CHAUVAUD FRÉDÉRIC, *Les experts du crime: la médecine légale en France au XIXe siècle*, Paris, Aubier, 2000.

d'uniformisation de la formation à l'expertise médicale⁶⁵. L'Association Française pour la Qualité de l'Expertise Médicale (AFQEM), créée en 2017, dispense depuis 2018 une Qualification en Droit de l'Expertise Médico-Légale (QUADEM). Cette formation remplace le DIU d'expertise médico-légale commun à Paris et Montpellier. La QUADEM est décrite, par les médecins légistes l'ayant créée, comme une formation théorique et pratique destinée aux professionnels de santé souhaitant solliciter leur inscription sur les listes d'experts judiciaires et/ou pratiquer l'expertise comme conseil de parties. En parallèle de ces enseignements dispensés par les médecins légistes universitaires s'est développé un enseignement spécialisé en évaluation du dommage corporel à la charge des assureurs. Comme nous l'avons développé précédemment, la révolution industrielle a propulsé le développement des assurances en responsabilité civile. En tant que garant de l'indemnisation des victimes de dommage corporel, c'est tout naturellement que les assureurs se sont intéressés de près à l'évaluation du dommage corporel.

L'expert judiciaire est le seul qui peut se prévaloir du titre d'expert. Pourtant, ce sont bien les médecins-conseils de compagnies d'assurances qui réalisent le plus d'expertises de dommage corporel et assistent au plus grand nombre d'expertises en responsabilité médicale⁶⁶. La formation médico-légale de l'évaluation du dommage corporel, initialement confiée à la médecine légale universitaire, s'est aujourd'hui largement développée via le Certificat d'Aptitude à l'Expertise du Dommage Corporel (CAPEDOC), diplôme dispensé par l'Association pour l'étude de la Réparation du Dommage Corporel (AREDOC). Cette association est un organisme professionnel réunissant assureurs, réassureurs et médecins experts intéressés par la question du dommage corporel. Le CAPEDOC a pour objectif de transmettre aux nouvelles générations de médecins conseils des compagnies d'assurance, outre des connaissances théoriques de haut niveau, un « savoir-faire » leur permettant d'exercer le métier particulier qu'est l'évaluation médico-légale du dommage corporel. Il est possiblement regrettable que la formation initiale échappe autant au secteur universitaire par concurrence d'un organisme émanant des assureurs, même parfaitement organisé, documenté

⁶⁵ ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales, op. cit.* ; Arrêté du 21 avril 2017 relatif aux connaissances, aux compétences et aux maquettes de formation des diplômes d'études spécialisées et fixant la liste de ces diplômes et des options et formations spécialisées transversales du troisième cycle des études de médecine, *op. cit.*

⁶⁶ ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales, op. cit.*

et efficient⁶⁷. L'influence de l'AREDOC n'est plus à démontrer puisque celle-ci assure la formation de la plupart des médecins de compagnie d'assurance. Elle a imposé, par l'immense travail méthodologique qu'elle a opéré, ses missions types, assorties des documents complémentaires visant à en assurer l'application. En réponse à la puissance financière de l'AREDOC, a été créée plus récemment l'Antenne Nationale de documentation sur le Dommage Corporel (ANADOC). Gérée par les associations de victimes de dommage corporel, elle propose également des formations pour les médecins conseils de victimes. Elle vise à opérer une proposition alternative aux missions types de l'AREDOC et une formation des médecins experts dans une perspective assumée de défense des droits des victimes. L'ANADOC semble être un contrepoids intéressant à l'AREDOC afin d'équilibrer les forces lors de la réunion d'expertise⁶⁸.

Depuis quelques années, la médecine légale tente d'uniformiser les formations en matière d'évaluation du dommage corporel et de reprendre la main sur cet enseignement. Pourtant, nous constatons que les trois types d'intervenants médecins à l'expertise en responsabilité médicale que sont l'expert judiciaire, le médecin conseil de compagnie d'assurance et le médecin conseil de victime, conservent des formations différentes en matière d'évaluation du dommage corporel. Celle-ci fait partie intégrante de l'expertise en responsabilité médicale. Pourtant, elle est loin d'être maîtrisée par tous les experts de ce domaine, souvent recrutés par les magistrats pour leur spécialité médicale en rapport avec l'affaire qu'ils ont à juger. Seule une petite proportion des experts en responsabilité médicale sont médecins légistes, peu ont suivi le CAPEDOC. Les experts inscrits sur les listes des cours d'appel, ou sur la liste de la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed) pour les expertises des CCI, doivent normalement avoir suivi une formation en réparation du dommage corporel. Pour autant, la pénurie de médecins experts favorise les inscriptions sans ce préalable et le recours de plus en plus fréquent à des experts hors listes. Il est à noter que la validation d'un DU ou DIU de réparation du dommage corporel ne rivalise pas avec l'expérience pratique d'un médecin légiste qui évalue les lésions physiques dans sa pratique quotidienne.

Devant ce constat de nombre d'expertises en responsabilité médicale dont le niveau de preuve

⁶⁷ AREDOC, « QU'EST CE QUE L'AREDOC ? », *Aredoc*, <https://www.aredoc.com/> ; *Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel. Autres regards que celui de l'assureur - Philippe Donnou, Yann Ferguson, Eric Péan, op. cit.*

⁶⁸ ANADOC, Fiches consultables sur le site de l'ANADOC ; *Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel. Autres regards que celui de l'assureur - Philippe Donnou, Yann Ferguson, Eric Péan, op. cit.*

scientifique ou d'évaluation du dommage corporel n'est pas suffisant, la médecine et la justice tentent de trouver des solutions pour évaluer et promouvoir la qualité technique de l'expertise en responsabilité médicale. Il en va de la qualité du jugement rendu dont découlent l'indemnisation des victimes et la condamnation des professionnels ou établissements de santé.

§2 Évaluation et pistes d'amélioration de la qualité technique des expertises en responsabilité médicale

L'expertise en responsabilité médicale n'est pas un acte médical classique au sens habituel du terme. Néanmoins, elle nécessite une connaissance approfondie de la pratique médicale aussi bien diagnostique que thérapeutique afin d'émettre un avis justifié par une expérience confirmée. Comme tout acte médical, l'expertise peut être critiquée, engageant la responsabilité de l'expert, notamment sur la base de l'article L 1241 du code civil⁶⁹. La qualité médicale et scientifique de celui qui est appelé à évaluer ses pairs est un point clef de la qualité du processus expertal. Pourtant, la qualité technique des expertises en responsabilité médicale ne fait pas l'objet d'un contrôle organisé, ni par la profession médicale (a), ni par la justice (b).

a) Qualité technique de l'expertise en responsabilité médicale : limites et pistes d'amélioration du point de vue de la profession médicale

En comparaison aux pratiques antérieures, la MFF est un gage de qualité scientifique. Mais la qualité des recommandations basées sur la MFF est elle-même variable, comme en témoigne la notion de « niveaux de preuve ». Les sociétés savantes et la Haute Autorité de Santé (HAS) devraient insister sur les difficultés qu'elles rencontrent pour définir les données acquises de la science et sur la nécessité pour les experts et les juges de tenir compte de la diversité des doctrines qui peuvent exister sur certaines questions médicales importantes⁷⁰. La HAS définit quatre niveaux de preuve allant du niveau 1, représenté par les études avec une preuve scientifique établie, au niveau 4, représenté par les études de faible niveau de preuve. Après ce 4^{ème} niveau viennent les « avis d'experts », non classés par la HAS, mais apparaissant dans de nombreuses recommandations de bonnes pratiques des sociétés savantes

⁶⁹ C. RACINET et C. CATTEAU, *La qualité de l'expertise médicale en question*, op. cit. ; Article 1241 - Code civil.

⁷⁰ RÉMI PELLET, « Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions », *JDSAM*, n 2018, p. 7 à 33.

médicales⁷¹. Ces avis d'experts sont en règle générale rédigés par des universitaires. Les professeurs d'université de médecine ont un rôle complexe combinant des activités de recherche, d'enseignement, d'administration d'unités et/ou de pôles médicaux et de pratique clinique. Force est d'admettre qu'ils consacrent moins de temps à cette dernière activité qu'un praticien classique pour lequel elle représente la quasi-totalité de son temps de travail. Il faut remercier les professeurs d'université pour leur littérature abondante à l'origine de la MFF produite par leur activité de recherche. Nous ne reviendrons pas de nouveau sur son important apport à la pratique médicale moderne. Pour autant, les avis d'experts qu'ils rédigent ne sont pas basés sur la MFF, mais uniquement sur l'expertise clinique que nous avons détaillée précédemment. Une amélioration de ces « recommandations d'experts », certes à faible portée juridique, mais à portée expertale indéniable, serait d'envisager leur rédaction par des collectifs de praticiens (universitaires ou non) sélectionnés sur leur expérience clinique. Si la portée scientifique des avis d'experts est faible, l'expert de responsabilité médicale ne pourra pas les ignorer et devra s'y référer en l'absence d'étude scientifique de niveau de preuve supérieur. Le magistrat ne maîtrisant pas le domaine technique, ne fera pas de différence et se basera sur les conclusions de l'expert. Ainsi, la décision de justice risque de se baser sur une expertise de faible niveau de preuve, sans que le magistrat ne puisse le déceler.

Indépendamment du niveau de preuve des études scientifiques, celles-ci peuvent être biaisées par les conflits d'intérêts de leurs auteurs. En 2002, l'analyse des résultats d'une enquête publiée dans une célèbre revue médicale montrait que 87 % des 192 auteurs répondants, ayant participé à l'élaboration de 44 recommandations américaines et européennes pour la pratique clinique, entretenaient des liens avec l'industrie⁷². Même si l'expert en responsabilité médicale est impartial et indépendant, il se peut qu'il fonde ses conclusions sur des données scientifiques de la MFF dont les auteurs n'ont pas ces qualités. Le processus expertal s'en retrouve impacté, sans même que ses acteurs en aient conscience. A l'inverse, certains experts ne revêtent pas les compétences médicales nécessaires à leur fonction.

Certaines études récentes laissent penser que la compétence médicale de certains experts en responsabilité médicale n'est pas optimale. Deux chercheurs nantais et toulousain ont réalisé un questionnaire évaluant les connaissances scientifiques d'experts psychologues et

⁷¹ HAS, *Niveau de preuve et gradation des recommandations de bonne pratique - État des lieux*, 2013.

⁷² N.K. CHOUDHRY, H.T. STELFOX et A.S. DETSKY, « Relationships between Authors of Clinical Practice Guidelines and the Pharmaceutical Industry », *JAMA*, vol. 287, n° 5, 6 février 2002, pp. 612-617.

psychiatres. Le résultat a fait grand bruit dans la presse : « *deux chercheurs français en psychologie [...] ont soumis un questionnaire à 120 experts et ont eu la mauvaise surprise de constater qu'ils avaient des connaissances plus que limitées sur la mémorisation. Leur score moyen n'était que de 6 bonnes réponses sur un total de 14 questions. Un résultat légèrement moins bon que d'autres psychologues et psychiatres qui ne sont pas experts auprès des tribunaux*⁷³ ». Encore trop de rapports d'expertise ne sont pas étayés de données validées scientifiquement. Cela peut conduire à des fiascos juridiques comme l'affaire Hayum. Elle a vu se succéder quatre expertises judiciaires en vingt ans de procédure, certaines réalisées par des professeurs des universités experts près de la Cour de cassation, dont les conclusions se sont avérées être basées uniquement sur des dogmes. Ainsi, le Dr Hayum, médecin obstétricien, a été condamné à tort civilement et pénalement. Les avis de leaders d'opinion peuvent conduire à de lourdes conséquences. L'affaire d'Outreau est un autre exemple où la presse s'est emparée du sujet de la compétence des experts, lourdement mise à mal⁷⁴. Ainsi, les rapports d'expertise ne reposant sur aucun niveau de preuve documenté devraient maintenant être systématiquement rejetés par les magistrats⁷⁵.

Le corps médical tente de proposer des pistes d'amélioration pour contrôler la qualité des expertises et les compétences médicales des experts. Une étude en 2021 s'est intéressée à la compétence de 136 experts judiciaires en anesthésie-réanimation et médecine d'urgence (Cours d'appel, Cours administratives d'appel et Cour de cassation)⁷⁶. Le critère de jugement principal choisi était le volume des publications scientifiques des experts. Son résultat montrait que 27 % des experts évalués n'avaient aucune publication scientifique à leur nom et 35 % aucune en premier auteur. Les experts qui exerçaient en secteur privé avaient un volume de publication significativement plus faible que les experts exerçant en secteur public. Les auteurs appréciaient le fait que le nombre de publications des experts entre dans le cahier des charges de recrutement des experts de CCI. Ils concluaient à l'existence d'un « *problème dans le mode de sélection des experts et du fonctionnement du processus de l'expertise* » et proposaient « *que les sociétés savantes, garantes du savoir, soient impliquées dans le*

⁷³ « Les experts judiciaires ont un problème avec la mémoire », *LE FIGARO*, 20 septembre 2017.

⁷⁴ « L'expertise psychologique mise à mal au procès d'Outreau », *Le Monde.fr*, 17 novembre 2005, https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/11/17/l-expertise-psychologique-mise-a-mal-au-proces-d-outreau_711473_3224.html, consulté le 21 juillet 2022.

⁷⁵ J. DESBORDES et S. MERCIER, « Retour d'expérience sur l'expertise médicale ordonnée par le juge projet », *Sciences de la société*, n° 95, 1 décembre 2015, p. 27 à 37.

⁷⁶ J.X. MAZOIT et H. BOUAZIZ, « Les publications des experts médicaux : l'exemple de l'anesthésie-réanimation », *Médecine & Droit*, vol. 2021, n° 169, 1 août 2021, pp. 59-63.

processus de nomination des experts judiciaires ». Ils ajoutaient que « *l'état des connaissances scientifiques est de façon quasi consensuelle réglée à l'heure actuelle par l'usage d'un marqueur de substitution, le niveau de production scientifique* » et que « *la production scientifique validée par les pairs sous-entend que la connaissance est inhérente à la production* ». Pourtant, ils reconnaissaient que leur « *critère [de jugement principal] ne tient pas compte de la pratique journalière des praticiens* » et que « *la compétence pratique est difficile à mesurer* ». Cette étude nous semble intéressante à bien des égards. Elle considère que les médecins produisant les études de la MFF sont les mieux qualifiés pour pratiquer l'expertise en responsabilité médicale. En cela, les auteurs semblent prendre certains raccourcis en omettant des facteurs de confusion. L'activité de recherche des médecins universitaires explique en grande partie le volume important de publications à leur actif. De même, les médecins du secteur public ont généralement plus de temps alloué à des activités extra-cliniques, de recherche et d'enseignement, que les médecins du secteur privé. Cela favorise mathématiquement le nombre de publications. L'argument consistant à dire qu'une grande production scientifique signifie une grande compétence nous paraît fragile. Comme nous l'avons vu précédemment, la compétence médicale de l'expert nécessite de s'appuyer sur les études de la MFF mais aussi d'avoir une expérience et une pratique clinique solides. En ce sens, la proposition de recrutement des experts sur l'unique base de leur volume de publications nous semble un indicateur fragile qui risque d'évincer de nombreux experts compétents. Des méthodes de recrutement basées sur un marqueur combinant le niveau de preuve des références scientifiques présentes dans les rapports de l'expert, ainsi que sur la validation de son expérience clinique, nous paraissent plus adéquates. L'idée d'associer les sociétés savantes au recrutement des experts semble une piste intéressante qui pourrait être couplée au recrutement effectué par la justice. La création en 2017 du DES de « médecine légale et expertises médicales » et de l'AFQEM va dans ce sens et montre une réelle volonté du corps médical d'améliorer la qualité médicale des expertises en responsabilité médicale. Ces expertises participent à la fois à la promotion d'un savoir médical de haute qualité scientifique et un contrôle des compétences médicales. En cela, l'Ordre des Médecins (ODM) devrait largement se préoccuper de sa qualité. Pourtant, les procédures ordinales envers les experts pour erreur manifeste des conclusions de leur rapport sont peu fréquentes. Un contrôle de la qualité des expertises et des compétences des experts en responsabilité médicale organisé par une formation dépendante de l'ODM serait une piste intéressante. Cette formation pourrait s'articuler avec celles des sociétés savantes gérées par les médecins

universitaires. Elle viendrait en aide à la justice qui tente depuis de nombreuses années de promouvoir la qualité technique des experts qu'elle nomme.

b) Qualité technique de l'expertise en responsabilité médicale : limites et pistes d'amélioration du point de vue des juges

Sur le plan juridique, la doctrine a débattu et débat toujours sur la portée des recommandations basées sur la MFF. Concernant les conférences de consensus établies par des jurys d'experts, certains auteurs, comme Pierre Sargos, considèrent qu'elles font partie des règles de l'art médical⁷⁷. D'autres, comme Jean Penneau, pensent que la méthode construisant ces conférences est elle-même contestable car peu suffisamment objective⁷⁸. En pratique, comme le montrent les jurisprudences civile et administrative, les conférences de consensus n'ont pas de valeur normative, mais sont très suivies et considérées comme faisant partie du « droit mou ». Le juge, rejetant le caractère normatif des conférences de consensus, retient néanmoins que celles-ci sont nécessairement révélatrices des données médicales avérées dont l'efficacité a subi l'épreuve du temps. Ces dernières doivent être distinguées des simples données actuelles, en ce qu'elles n'ont pas subi cette épreuve du temps. Ainsi, seul le praticien qui aura méconnu les données acquises, commettra une faute de nature à engager la responsabilité de l'établissement⁷⁹. Concernant les recommandations établies par la HAS ou l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des produits de santé (ANSM), leur caractère opposable est inscrit dans le Code de la Sécurité Sociale (CSS)⁸⁰. Les recommandations médicalement opposables (RMO) font partie du « droit dur » et leur valeur normative est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir du magistrat. Malgré tout, leur valeur normative divise la doctrine. Jean Penneau considère que l'autorité des RMO est nulle, aussi bien sur le plan de la responsabilité civile que pénale, car leur élaboration est déconnectée des préoccupations de responsabilité et ne s'ajuste pas assez vite à l'évolution des bonnes pratiques médicales. Pour lui, le médecin qui ne les suit pas ne commet pas de faute. A l'inverse, Anne Laude considère que les RMO étant actualisées régulièrement en fonction des données de la science, doivent être prises en compte pour évaluer les règles de

⁷⁷ P. SARGOS, « Références médicales opposables et responsabilité des médecins », *Médecine & Droit*, vol. 1998, n° 28, 1 janvier 1998, pp. 9-12.

⁷⁸ M. PENNEAU et J. PENNEAU, « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale », *Médecine & Droit*, vol. 1998, n° 28, 1 janvier 1998, pp. 4-6.

⁷⁹ P. PIERRE, « Chronique de jurisprudence: Responsabilité civile médicale », *Médecine & Droit*, vol. 1999, n° 35, 1 avril 1999, pp. 13-21 ; Cour de cassation, 3 novembre 2010, *Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 novembre 2010, 08-43.708, Inédit*, 08-43.708, *Inédit*.

⁸⁰ Article L162-12-15 - Code de la sécurité sociale.

l'art. Un praticien pourrait ainsi envisager un recours pour excès de pouvoir contre une RMO qui lui est opposée⁸¹. Pour Philippe Pierre, il est également possible de présumer qu'un praticien ayant respecté une RMO s'est conformé aux règles de l'art, et il appartient alors à la victime de démontrer qu'elle n'était pas conforme à ces dernières. En sens inverse, le fait de ne pas respecter une RMO peut accréditer l'idée de faute, sous réserve d'une démonstration par le praticien du caractère obsolète de la RMO⁸². Ainsi, lors du respect des RMO par le médecin, certaines décisions de justice dégagent sa responsabilité alors que d'autres retiennent tout de même une faute⁸³.

La finalité de l'expertise médicale étant de faciliter et d'éclairer la décision des juges, ces derniers devraient pouvoir contrôler efficacement sa qualité technique. Malheureusement, ce contrôle se trouve confronté depuis longtemps à des facteurs limitants. Le 3 novembre 1880, lors d'une audience solennelle, le procureur général Dauphin déclarait que « *les expertises se font sans l'inculpé par des hommes pour qui leurs opinions scientifiques personnelles, des négligences inévitables dans des opérations sans contrôle et la trop longue fréquentation des chambres d'instruction sont autant de causes d'erreurs* ». A la suite de ce discours, les Professeurs Lasègue et Brouardel, représentant les médecins experts devant les tribunaux de la Seine, se rendirent au cabinet du chef du parquet de la cour d'appel (CA) expliquant que les experts ne répondraient plus aux réquisitions tant que des excuses n'auraient pas été faites. Le lendemain, le procureur général Dauphin fit publier la note suivante dans les journaux judiciaires : « *le procureur général près la cour de Paris a appris que MM. les médecins et chimistes, chargés à Paris des expertises dans les affaires criminelles et correctionnelles, ont considéré une phrase du discours prononcé par lui à l'audience de rentrée de la cour, comme impliquant une critique de la manière dont ils accomplissent leur mission. Il tient à repousser cette interprétation tout à fait contraire à sa pensée et à l'opinion qu'il professe sur le savoir, l'impartialité et le dévouement consciencieux de MM. les experts* »⁸⁴. Cet exemple illustre bien la force du corporatisme médical, frein important dans le contrôle par la justice de la qualité des expertises judiciaires. Aujourd'hui, ce contrôle est prévu par l'article 23 du décret

⁸¹ A. LAUDE, « La force juridique des références médicales opposables », *Médecine & Droit*, vol. 1998, n° 28, 1 janvier 1998, p. 1 à 3.

⁸² P. PIERRE, « Chronique de jurisprudence », *op. cit.*

⁸³ Cour de cassation, 8 novembre 2018, *Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 8 novembre 2018, 17-19.556, Inédit*, 17-19.556, *Inédit* ; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 4 janvier 2005, 03-14.206, *Inédit*.

⁸⁴ CHAUVAUD FRÉDÉRIC, *Les experts du crime, op. cit.*

n°2004-1463 du 23 décembre 2004⁸⁵. Il s'exerce à l'occasion du rapport annuel d'activité de l'expert judiciaire qu'il doit présenter au juge du contrôle des expertises. Ce rapport doit mentionner le nombre de rapports déposés par l'expert au cours de l'année précédente et pour chacune des expertises en cours, la date de la décision qui l'a commis, la désignation de la juridiction qui a rendu cette décision et le délai imparti pour le dépôt du rapport. L'expert doit également détailler la formation continue qu'il a suivie dans l'année écoulée, incluant le type de formation et l'organisme l'ayant dispensée. Ce contrôle peut paraître suffisant sur le papier. En réalité, il n'existe aucun dispositif permettant une évaluation objective de la pertinence du raisonnement, des arguments et des conclusions des rapports d'expertise. La faiblesse des moyens qui sont dévolus au magistrat chargé de ce contrôle le rend peu efficient⁸⁶. A la vue de ces éléments, il semble plus que jamais nécessaire de renforcer le contrôle des compétences techniques des experts en responsabilité médicale par la justice.

La justice propose déjà des pistes d'amélioration en la matière. Certains auteurs préconisent que seuls les professionnels en activité, encore au fait de la pratique, puissent devenir ou rester experts⁸⁷. Michel Delevoye, Médiateur de la République en 2009, a rendu un rapport qui proposait une série de mesures visant à améliorer la qualité des expertises judiciaires médicales. Ce rapport prévoyait la création d'un système de contrôle de la pertinence scientifique des arguments et des conclusions des experts, et l'évaluation par les magistrats de la qualité des réponses obtenues aux questions posées. Il préconisait l'obligation de présentation d'un pré-rapport explicitant la démarche méthodologique, qui serait soumis à un débat contradictoire⁸⁸. Le Médiateur proposait la mise en place d'un véritable service judiciaire de contrôle des expertises au sein de chaque tribunal, composé d'un ou de plusieurs magistrats et de greffiers dédiés à cette fonction, auxquels pourraient être ponctuellement adjoints des conseillers techniques selon le domaine médical concerné. Le magistrat aurait à sa disposition une assistance technique médicale, assurée par des conseillers techniques médecins agréés par l'administration judiciaire, différents des médecins experts. Leur mission s'exercerait tout d'abord en amont, afin d'éclairer les magistrats sur les conditions de

⁸⁵ Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires., *op. cit.*

⁸⁶ M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire*, Paris, Documentation française (La), 2009.

⁸⁷ D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale », *op. cit.* ; M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire*, *op. cit.*

⁸⁸ M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire*, *op. cit.*

réalisation de la mission d'expertise, les intervenants nécessaires, le délai et le coût prévisibles de celle-ci, les compétences et les qualités requises du ou des experts appropriés, ainsi que sur les questions à poser à l'expert. Ces conseillers pourraient également être sollicités par le service chargé du contrôle, a posteriori des expertises. Enfin, le Médiateur de la République proposait que les parties puissent, dans un délai défini après le dépôt du rapport, saisir ce service de contrôle des expertises pour une enquête immédiate. Le juge chargé de ce contrôle convoquerait la ou les parties demandeuses ainsi que l'expert pour recueillir leurs informations et rendre un avis communiqué au juge du fond. L'objectif serait de diminuer fortement le nombre de contre-expertises⁸⁹. Une autre piste d'amélioration serait d'interdire la nomination d'expert n'étant plus en activité. Comme le rappellent Michel Desbordes et Samuel Mercier : « *du point de vue des praticiens mis en cause, il serait préjudiciable à la qualité de l'avis de l'expert que ce dernier tende accorder plus de temps à son activité d'expert qu'à son activité de médecin. Cette situation pourrait générer, à un terme plus ou moins éloigné, une déconnexion avec les pratiques et leurs évolutions* »⁹⁰.

Nous avons abordé précédemment le défaut de compétence fréquent des experts de responsabilité médicale en matière d'évaluation du dommage corporel. Afin de pallier à cela, la CNAMed montre l'exemple en proposant la nomination de duo d'experts, l'un spécialiste du dommage corporel, l'autre du domaine médical mis en cause par la procédure. Ce système de grande qualité se heurte lui aussi à la pénurie d'experts, particulièrement forte en responsabilité médicale. Celle-ci est favorisée par la pénurie globale de médecins en France, la difficulté des expertises en responsabilités médicales et leur faible rémunération en comparaison des expertises pour compagnies d'assurances. Pour limiter cette pénurie, la CNAMed suggère de créer des listes d'experts communes entre les juridictions civiles et administratives, et d'alléger le travail administratif de l'expert⁹¹. Dans son rapport de 2009, le Médiateur de la République encourage les tribunaux, au titre de l'article 264 du code de procédure civile (CPC) (« *il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs* »), à pratiquer la collégialité en matière d'expertises complexes, tout comme le font les CCI au titre de l'article L1142-12 du CSP⁹².

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ J. DESBORDES et S. MERCIER, « Retour d'expérience sur l'expertise médicale ordonnée par le juge projet », *op. cit.*

⁹¹ *Code de Procédure Civile, Article 276, Version En Vigueur Depuis le 01 Mars 2006.*

⁹² M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire, op. cit.*

Lors d'une table ronde en 2022, les médecins experts et juristes membres des CCI demandent que ce principe soit généralisé à l'ensemble des expertises de responsabilité médicale⁹³.

Nous avons montré que les compétences techniques des experts en responsabilité médicale sont primordiales et qu'elles font l'objet de nombreuses pistes d'amélioration. Pour autant, elles ne doivent pas dissimuler les autres qualités requises du médecin expert.

Section 2 : Les compétences juridiques et procédurales des experts en responsabilité médicale

La finalité de l'expertise en responsabilité médicale consiste à décrire les actes médicaux ou de soins qui ont été réalisés, dire le cas échéant s'ils ont été fautifs car non conformes aux données acquises de la science, rechercher un lien de causalité entre l'acte et le dommage puis évaluer ce dernier à partir de différents postes de préjudices⁹⁴. La mission de l'expert, à la frontière de la médecine et du droit, nécessite des connaissances juridiques et procédurales (§1) lui permettant de répondre aux appréciations d'ordre juridique qui lui sont confiées (§2).

§1 Les connaissances procédurales de l'expert en responsabilité médicale

Lacassagne au XIX^e siècle évoquait déjà la formation juridique des experts médicaux : « il avait été signalé par l'Association des médecins de France, qu'on devrait instruire, former des médecins légistes. Les jeunes docteurs qui se destineraient à cette situation auraient passé un certain temps, un an ou six mois par exemple, dans les laboratoires des Facultés, pour faire de la pratique médico-légale [...]. Une fois ce stage accompli on leur accorderait un diplôme qui permettrait aux magistrats de fixer leur choix sur des médecins entraînés, compétents et ayant le goût de ces études juridiques »⁹⁵. La formation juridique et procédurale des experts en responsabilité médicale (a) est ainsi débattue depuis des décennies et son état actuel fait encore l'objet d'améliorations (b).

⁹³ BÉNÉDICTE PAPIN, RENAUD BOUGEARD, MURIEL DURAND, « Table ronde sur l'expertise en Commission de Conciliation et d'Indemnisation », *Responsabilité civile et assurances*, vol. Responsabilité civile et assurances, n° 4 avril 2022, 1 avril 2022, p. Dossier 8.

⁹⁴ C. RACINET et C. CATTEAU, *La qualité de l'expertise médicale en question*, *op. cit.*

⁹⁵ A. LACASSAGNE, *Les Médecins-experts devant les Tribunaux, et les honoraires des médecins d'après le décret du 21 nov. 1893*, *op. cit.*

a) La formation juridique et procédurale des experts en responsabilité médicale

Le DIU National d'Expertises en Accidents Médicaux (DIUNEAM), piloté par des médecins légistes universitaires (amiénois et bordelais) et des magistrats du CERFAPS (Centre européen de recherche en droit des familles, des assurances, des personnes et de la santé), propose une formation orientée en responsabilité médicale. Elle donne un socle indispensable pour pratiquer les expertises en responsabilité médicale. Elle permet d'exercer aussi bien en tant qu'expert judiciaire près des tribunaux, près des CCI ou en tant que médecin conseil pour des compagnies d'assurances spécialisées en responsabilité médicale. Elle apporte aux médecins les connaissances juridiques et aux juristes les connaissances médico-légales qu'ils leur manquent⁹⁶. Parmi les missions confiées à l'expert en responsabilité médicale figurent la recherche du caractère fautif d'un acte de soins et d'un lien de causalité permettant d'établir l'imputabilité de cet acte, fautif ou non fautif, au dommage ayant conduit la victime à engager une procédure.

L'expert en responsabilité médicale se doit de maîtriser les notions juridiques de faute, de lien de causalité et d'imputabilité. En pratique, il n'appartient pas à l'expert de qualifier les faits juridiques. Il doit rechercher la présence d'une erreur médicale et non d'une faute, qualification qui revient au magistrat. De même, c'est au juge de qualifier un aléa thérapeutique en accident médical non fautif. L'expert évalue des préjudices quand le magistrat indemnise des dommages. Il est le spécialiste de l'analyse des faits dont le juge a besoin⁹⁷. Les experts en responsabilité médicale sont amenés à répondre à des missions confiées par les juges en procédure pénale, civile, administrative ou encore ordinaire. Il est donc souhaitable qu'ils maîtrisent à la fois l'organisation judiciaire de la France mais aussi les notions de bases des différentes procédures et leur articulation. Une faute procédurale peut être préjudiciable pour les parties et rendre inutilisable la preuve expertale pourtant irréprochable sur le plan scientifique. Les notions juridiques sont totalement abstraites et étrangères à la plupart des médecins. En effet, elles ne sont pas dispensées dans le tronc commun de l'enseignement des facultés de médecine. Seul le troisième cycle des études médicales du DES de médecine légale et expertise médicale les abordent. La formation juridique dispensée aux experts en responsabilité médicale leur permet ainsi de savoir ce que

⁹⁶ « DIU national d'expertise en accidents médicaux », <https://cerfaps.u-bordeaux.fr/Formations/DIU-national-d-expertise-en-accidents-medicaux>, consulté le 21 juillet 2022.

⁹⁷ B. PY, « Expert: un métier, une fonction, une adulation », *Médecine & Droit*, Colloque CEPRISCA : Expertises judiciaires en responsabilité médicale et expertises CRCI, vol. 2013, n° 120, 2013, pp. 53-56.

le magistrat attend d'eux. Déjà en 1893, Lacassagne précisait que : « *les juges attendent surtout du médecin qu'il rédige une déposition courte, claire et précise dans laquelle il soutiendra fermement les conclusions d'un rapport qui est souvent la seule base de l'accusation* »⁹⁸. Ce qu'ignorait Lacassagne à l'époque, c'est la lenteur que prendrait le rendu de la justice française en 2022. Les magistrats souhaitent, presque autant qu'une expertise de qualité, une expertise rendue dans les délais. L'article 155 du CPC a créé un poste de « juge du contrôle des expertises ». Il est spécialisé dans le contrôle de l'exécution des missions judiciaires confiées aux techniciens. L'expert doit le tenir informé de l'avancée de ses travaux et les parties doivent lui fournir sans délai tous les documents nécessaires à la réalisation de la mission de l'expert⁹⁹. Malheureusement, le manque de magistrat empêche le bon fonctionnement de ce système. Pour exemple, en 2014 à Montpellier, le juge du contrôle des expertises devait traiter 2000 dossiers par an en consacrant un jour par semaine à cette tâche¹⁰⁰. Il serait donc nécessaire d'améliorer les compétences juridiques et procédurales des experts en responsabilité médicale, mais la justice est bien mal armée pour cela.

b) Les connaissances juridiques et procédurales des experts en responsabilité médicale : état des lieux et pistes d'amélioration

Un rapport ministériel de mars 2011, émanant de la commission de réflexion sur l'expertise, fait un constat peu élogieux sur les compétences juridiques des experts médicaux. Il déclare : « [Qu'en dépit des efforts du] *Conseil national des compagnies d'experts de justice [CNCEJ] et sa « commission formation et qualité dans l'expertise » qui conçoit et édite des modules de formation diffusés aux présidents des compagnies et à des formateurs identifiés, la formation des experts est assurée de manière inégale et disparate sur l'ensemble du territoire national et ne permet pas de garantir, lors de leur inscription ou à l'occasion de la réinscription sur les listes, leur compréhension du processus judiciaire et leur maîtrise des outils juridiques nécessaires à l'accomplissement de leur mission* ». Le rapport explique que le ministère ne peut ni définir le contenu de la formation des experts judiciaires, ni agréer les organismes qui la dispense car ce n'est pas une formation réglementée. Selon les rapporteurs, imposer une qualification pour accéder à l'expertise risquerait de décourager beaucoup de candidat alors que la justice manque déjà cruellement de médecins experts. Cependant, ils insistent sur l'importance de la preuve expertale et la nécessité de s'assurer de la capacité des

⁹⁸ A. LACASSAGNE, *Les Médecins-experts devant les Tribunaux, et les honoraires des médecins d'après le décret du 21 nov. 1893, op. cit.*

⁹⁹ Article 245 - Code de procédure civile.

¹⁰⁰ ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales, op. cit.*

experts à maîtriser l'organisation et le fonctionnement des institutions judiciaires et administratives¹⁰¹. Le rapport précise que l'inégal encadrement dans la formation procédurale de l'expert judiciaire justifie que l'expert candidat offre des garanties au travers d'une acquisition ou d'une confirmation de connaissances sur les principes fondamentaux du procès et des règles découlant de sa mise en œuvre. Pour tenter de résoudre cette problématique, les rapporteurs proposaient plusieurs pistes. Tout d'abord que les experts judiciaires suivent, après leur prestation de serment, une formation initiale dispensée par l'École nationale de la magistrature (ENM) en partenariat avec le CNCEJ¹⁰². En parallèle, toujours sous l'égide de l'ENM, une formation serait dispensée aux enseignants de la formation initiale des experts pour diffuser une culture adaptée sur la procédure, l'expertise, l'environnement judiciaire et la comparution de l'expert à l'audience¹⁰³. Ces propositions sont intéressantes pour harmoniser les connaissances juridiques des experts en responsabilité médicale et réduire les erreurs procédurales. Par ailleurs, il faudrait l'étendre aux experts inscrits sur la liste de la CNAMed. De meilleures compétences juridiques permettraient aux experts d'éviter des erreurs sur les notions de faute, d'aléa et d'imputabilité.

§2 Les appréciations d'ordre juridiques confiées à l'expert en responsabilité médicale : erreur médicale, aléa thérapeutique, imputabilité et état antérieur

L'expertise doit théoriquement porter sur une question de fait¹⁰⁴. Mais l'expert va nécessairement, en vertu de sa mission, dépasser ce cantonnement en opérant une pré-qualification. C'est une source d'enrichissement en même temps que de difficultés pour le magistrat. Les notions d'erreur, d'aléa (a), d'imputabilité et d'état antérieur (b) sont autant de connaissances que l'expert doit maîtriser pour ne pas dépasser son rôle et fausser les décisions rendues par les CCI et les tribunaux.

a) Erreur médicale et aléa thérapeutique

Il n'appartient pas à l'expert en responsabilité médicale de qualifier la faute. Son rôle est d'évaluer la présence ou non d'erreur à l'origine du préjudice. Pourtant, les missions d'expertises mentionne fréquemment la recherche du « caractère fautif » de l'acte. Comme l'a

¹⁰¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *L'expertise. Rapport de la commission de réflexion* - <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/l'expertise-rapport-de-la-commission-de-reflexion-22179.html>, 2011.

¹⁰² C. BUSSIERE ET S. AUTIN, *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise*, 2011.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Article 232 - Code de procédure civile.

démontré Philippe Pierre, il existe des responsabilités qui ne découlent pas d'une erreur, et des erreurs qui n'engendrent pas de responsabilité¹⁰⁵. Ces ambiguïtés sont difficilement saisissables par le médecin. En pratique, elles impactent peu la qualité du travail de l'expert. A l'inverse, la différenciation de l'erreur et de l'aléa thérapeutique, complexe pour le médecin, a des conséquences directes sur les décisions des CCI et des tribunaux.

A l'occasion d'une expertise en responsabilité médicale pour les CCI, toutes les parties sont représentées sauf l'ONIAM. Dès lors, et c'est humain, la « facilité » est de reconnaître l'existence d'un accident médical non fautif indemnisable par l'ONIAM quand certains critères de gravité sont réunis. A l'issue de cette conclusion expertale, la victime est satisfaite car elle sera certainement indemnisée par l'ONIAM, l'expert n'a pas à expliquer à son confrère qu'il a commis une erreur et le professionnel mis en cause ne voit pas sa police d'assurance impactée. De plus, si l'ONIAM pense que l'acte médical est fautif, il devra tout de même indemniser la victime avant de se retourner contre l'assureur du professionnel dans une procédure en action subrogatoire. Nous pouvons aisément comprendre que ce système, sans représentant de l'ONIAM aux expertises, favorise à tort la conclusion à des accidents médicaux non fautifs¹⁰⁶. L'irruption de la problématique de l'aléa dans le champ de la pratique de l'expertise en responsabilité médicale a déstabilisé plus d'un expert pour qui l'aléa est devenu l'explication de l'inexpliqué. Pourtant, de la même manière qu'il n'appartient pas à l'expert de qualifier juridiquement la faute ou la responsabilité médicale, il ne lui appartient pas de qualifier l'aléa indemnisable¹⁰⁷. L'ONIAM, chargé d'indemniser les aléas thérapeutiques avec des dommages graves, observe avec un œil critique cette tentation de qualifier d'aléa tout dommage invoqué en l'absence de faute. La Cour des comptes lui reproche de négliger les procédures de recouvrement, notamment lorsque l'office a indemnisé les victimes en substitution aux assureurs¹⁰⁸. Elle lui reproche également d'avoir abandonné depuis 2012 le recouvrement des frais d'expertise que les assureurs des professionnels de santé ou des établissements déclarés fautifs sont tenus de rembourser¹⁰⁹.

¹⁰⁵ P. PIERRE, « Erreur médicale et faute juridique : brèves réflexions à propos d'un thème en renouvellement », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 19, n° 2, 2006, pp. 181-193.

¹⁰⁶ ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales*, *op. cit.*

¹⁰⁷ D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale », *op. cit.*

¹⁰⁸ COUR DES COMPTES, *Le rapport public annuel 2017 | Cour des comptes - Tome I - L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux : une mise en oeuvre dévoyée, une remise en ordre impérative*.

¹⁰⁹ C. MANAOUIL, M. ARMANDE CARDON et O. JARDÉ, « Sévérité de la Cour des comptes vis-à-vis du dispositif d'indemnisation des accidents médicaux », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 9, n° 3, 1 septembre 2018, p. 91 à 95.

b) Imputabilité notion d'état antérieur

La recherche du lien d'imputabilité médicale est fondamentale dans le travail de l'expert en responsabilité médicale. En droit commun, le tiers responsable doit réparer tout le dommage, rien que le dommage, en replaçant autant que faire se peut la victime dans la situation où elle se serait trouvée en l'absence de l'acte dommageable¹¹⁰. C'est à la victime de prouver la relation de cause à effet entre les préjudices constatés par l'expert et les faits motivant l'expertise. L'imputabilité, notion médicale, ne doit pas être confondue avec la causalité, notion juridique. L'expert en responsabilité médicale doit fournir des éléments objectifs et solides, scientifiques, qui permettront au magistrat ou à la CCI de proposer ou non une indemnisation à la victime. En aucun cas l'expert ne doit aborder la question des théories de la causalité juridique, causalité adéquate ou équivalence des conditions. Il ne peut que parler d'imputabilité directe, indirecte ou partielle. La notion d'imputabilité n'est pas toujours bien maîtrisée par les experts. Nous avons illustré ce phénomène dans une étude de 2020 s'intéressant à 14 expertises de responsabilité médicale demandées par la CCI des Hauts de France¹¹¹. Si les experts différenciaient bien l'erreur médicale de l'aléa, ils commettaient plus d'erreurs sur la notion d'imputabilité. En effet, parmi les sept expertises étudiées concluant à un accident médical non fautif, seules trois présentaient un diagnostic de certitude permettant d'établir un lien de causalité entre l'acte de soins et le dommage. Si en matière fautive les experts recherchent activement l'imputabilité, cela semble beaucoup moins vrai en matière d'aléa. Une récente décision de justice du 26 avril 2022 illustre ce phénomène. La Cour Administrative d'appel (CAA) de Douai a ainsi rappelé « *qu'il n'appartient pas à un expert de se prononcer sur la qualification juridique des faits* » et a rejeté la qualification d'accident médical non fautif des experts. Elle a considéré qu'en raison de l'absence d'un lien de causalité suffisant entre l'acte de soin et le dommage revendiqué par la victime, l'accident médical non fautif ne pouvait être qualifié. La victime n'a pas perçu l'indemnisation à laquelle elle aurait pu prétendre au titre de la solidarité nationale au regard des conclusions des experts missionnés par la CCI¹¹². La science médicale et la justice n'ont pas les mêmes finalités. En l'absence de vérité scientifique, parfois par manque de puissance des études, le magistrat devra tout de même rendre une décision dans une situation singulière. Il arrive ainsi qu'une causalité juridique soit reconnue en l'absence de causalité scientifique avérée.

¹¹⁰ Article 1240 - Code civil, *op. cit.*

¹¹¹ A. LÉGER, D. MONTELLIER et C. MANAOUIL, « Embolie pulmonaire postopératoire et responsabilité médicale », *Anesthésie & Réanimation*, vol. 6, n° 4, 1 juillet 2020, p. 383 à 395.

¹¹² 26 avril 2022, CAA de DOUAI, 2ème chambre, 26/04/2022, 21DA00720, *Inédit au recueil Lebon*, 21.

L'exemple du lien de causalité entre la vaccination contre le virus de l'hépatite B et la survenue de maladie démyélinisante de type sclérose en plaque en est une illustration. Alors que ce lien de causalité n'a jamais pu être prouvé scientifiquement, les juges de la Cour de cassation l'ont reconnu juridiquement par une présomption de causalité¹¹³. Leur décision d'indemnisation des victimes a été confirmée par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)¹¹⁴.

Tout comme la notion d'imputabilité, celle d'état antérieur n'est pas toujours bien maîtrisée par les hommes de l'art. Dans notre étude de 2020, nous avons mis en évidence une négligence fréquente de l'état antérieur des victimes par les experts¹¹⁵. Lors de son évaluation de l'imputabilité, l'expert se doit de rechercher l'existence d'un état antérieur. Pourtant, c'est une notion qui reste floue, à la frontière du juridique et du médico-légal. En 2011, Philippe Pierre s'inquiétait du désengagement d'indemnisation du risque médical par les assureurs de l'ONIAM au titre de l'existence d'un état antérieur chez la victime : « *que penser alors de ces dires d'experts qui, répondant à une demande de description des causes du dommage, imputent l'état du patient aux « aléas de la vie » ?* ». L'état antérieur entre aussi bien en « compétition » avec le fait générateur du dommage qu'avec le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. L'expert en responsabilité médicale doit décrire l'imputabilité médico-légale, sur des critères scientifiques, et le juge ou la CCI évaluer la causalité juridique. Cette dernière, démontrée par la victime, ne devrait pas être limitée par l'existence d'antécédents médicaux. Il appartient au magistrat d'analyser *in concreto* l'état dans lequel vivait la victime avant et après la survenue du dommage, afin d'évaluer l'impact de ce dernier, abstraction faite de l'état antérieur médical éventuellement décrit par l'expert¹¹⁶. Les CCI suivent les conclusions des experts en responsabilité médicale dans la majorité des cas. La loi du 4 mars 2002 permet la prise en charge d'un dommage (au delà d'un seuil de gravité) au titre de l'aléa thérapeutique si les conséquences des actes de soins sont anormales au regard de l'état de santé du patient comme de son évolution prévisible¹¹⁷. A partir de cette notion d'anormalité, l'état antérieur de la victime est ainsi devenu la première cause de refus

¹¹³ Cour de cassation, 22 mai 2008, *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 22 mai 2008, 06-10.967, Publié au bulletin*, 06-10.967, *Publié au bulletin*.

¹¹⁴ CJUE, *Communiqué de presse n°66/17, Luxembourg, 21 juin 2017*.

¹¹⁵ A. LÉGER, D. MONTELLIER et C. MANAOUIL, « Embolie pulmonaire postopératoire et responsabilité médicale », *Anesthésie & Réanimation*, vol. 6, n° 4, 1 juillet 2020, p. 383 à 395.

¹¹⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*, 6e ed., 2012.

¹¹⁷ Code de la santé publique - Article L1142-1, *Code de la santé publique*, L1142-1.

d'indemnisation par l'ONIAM alors que l'avis de CCI préconise une indemnisation de la victime¹¹⁸. L'évaluation de l'état antérieur de la victime est donc une notion complexe que les experts en responsabilité médicale doivent maîtriser, car elle peut entraîner des refus d'indemnisation par les magistrats, les CCI et l'ONIAM, en influant notamment sur la causalité juridique ou l'anormalité du dommage. En 2014, le défenseur des droits Jacques Toubon avait proposé de modifier l'alinéa 1 de l'article L 1142-8 du CSP pour exclure l'appréciation de l'état antérieur lors de l'examen de la recevabilité de la demande d'indemnisation par les CCI¹¹⁹. Cette proposition n'a jusqu'alors pas été retenue.

L'expert en responsabilité médicale doit bien différencier la faute de l'erreur et l'imputabilité de la causalité juridique. Ce sont des notions voisines, mais dont les finalités diffèrent. Son travail rigoureux doit éviter que les assureurs ou l'ONIAM puissent se désengager des indemnisations de victimes, s'engouffrant dans la brèche du manque de causalité ou de la présence d'un état antérieur. Nous voyons que le rôle de l'expert est complexe, maîtrisant à la fois la médecine et des notions juridiques et procédurales. De plus, il se doit de connaître les règles déontologiques auxquelles il est soumis afin de ne pas altérer la qualité du processus expertal et de ne pas engager sa propre responsabilité.

Chapitre 2 : Les compétences déontologiques et la responsabilité de l'expert en responsabilité médicale

Comme nous l'avons développé précédemment, le savoir technique ou scientifique de l'expert est nécessaire mais pas suffisant. Le Président Pierre Drai disait que l'expert est un « *amicus curiae* ». Il est l'homme de l'art, riche de ses compétences et de ses savoirs, mais aussi celui en qui le juge place sa confiance et il lui emprunte les exigences déontologiques d'indépendance et d'impartialité¹²⁰ (Section 1). Le droit souple de la déontologie expertale n'a pas la valeur réglementaire de la déontologie médicale. Le contrôle de son application reste partiel et engage rarement la responsabilité de l'expert¹²¹ (Section 2).

¹¹⁸ PHILIPPE PIERRE, « Le passé de la victime : l'influence de l'état antérieur », n° 98 à 99, 8 avril 2011, p. 15 à 20.

¹¹⁹ C. MANAOUIL, M. ARMANDE CARDON et O. JARDÉ, « Sévérité de la Cour des comptes vis-à-vis du dispositif d'indemnisation des accidents médicaux », *op. cit.*

¹²⁰ V. BLANCHET et al., « Réactions », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 21, n° 4, 2018, pp. 34-45.

¹²¹ *Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel. Autres regards que celui de l'assureur - Philippe Donnou, Yann Ferguson, Eric Péan, op. cit.*

Section 1 : L'impartialité et l'indépendance de l'expert en responsabilité médicale

L'article L.1452-1 du CSP stipule que « *l'expertise sanitaire répond aux principes d'impartialité, de transparence, de pluralité et du contradictoire* ». La formation à l'expertise ne peut donc se limiter à un aspect purement scientifique et juridique, mais doit comporter une formation sur les obligations déontologiques et les règles de procédure relatives au principe du contradictoire, à l'indépendance, à la neutralité et à l'impartialité de l'expert. Comme le précise le CPC, le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité¹²². La qualité de l'expertise en responsabilité médicale dépend tout autant du respect du principe du contradictoire (§1) et de l'indépendance de l'expert (§2) que de la qualité technique de son rapport.

§1 La place du contradictoire dans l'expertise en responsabilité médicale

Dans son arrêt du 18 mars 1997, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a précisé que même si les conclusions des expertises ne lient pas juridiquement le juge, elles sont « *susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits* »¹²³. La cour a aussi rappelé que « *l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 [art. 6-1 de la CEDH] est le caractère contradictoire de celle-ci* ». Le rapport de la Cour de cassation de 2012 concluait que « *le champ du contradictoire doit s'étendre, avec toute sa rigueur, à l'expertise* ». Le respect de ce principe par l'expert en responsabilité médicale est fondamental pour la qualité du processus expertal. Le principe du contradictoire est cependant limité par certains facteurs (a) dont les conséquences sont concrètes, avec des pistes d'amélioration envisageables (b).

a) Le principe et les limites du respect du contradictoire dans le processus d'expertise en responsabilité médicale

En procédure indemnitaire, amiable via la CCI ou juridictionnelle via les tribunaux civils et administratifs, le principe du contradictoire est fondamental. C'est un pilier du droit français, mais aussi européen et international. Il suppose la transparence des informations et l'échange d'arguments entre les parties¹²⁴. Le caractère contradictoire des opérations d'expertises a bien été rappelé à l'État français et aux experts par l'arrêt Mantovanelli contre

¹²² Article 237 - Code de procédure civile.

¹²³ CEDH, Cour (chambre), AFFAIRE MANTOVANELLI c. FRANCE, 18 mars 1997, 21497/93.

¹²⁴ M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire, op. cit.

France (CEDH, 18 mars 1997)¹²⁵. Les chartes de déontologie élaborées par les compagnies d'experts sont ainsi basées sur les dispositions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) relevant du droit pour l'être humain de bénéficier d'un procès équitable¹²⁶. L'article 16 du CPC prévoit que le juge « *ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Le principe du contradictoire prévu par cet article s'applique à toutes les procédures de preuve, notamment la preuve expertale¹²⁷. En application de ce principe toutes les parties doivent être convoquées aux opérations d'expertise¹²⁸ et il leur appartient de remettre sans délai à l'expert tous les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission¹²⁹. Au cours d'un procès, chacune des parties doit être mise en mesure de discuter à la fois l'énoncé des faits et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposés. Ainsi, en matière de procédure de mise en cause de la responsabilité médicale, l'expertise doit être transparente.

Le principe du contradictoire est atténué lors des procédures pénales, inquisitoires, où l'expert est soumis au secret de l'instruction¹³⁰. En effet, en matière pénale, la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 a renforcé l'équilibre de la procédure en conférant tout de même à l'expertise médicale un caractère contradictoire. Pour préserver la finalité de la procédure pénale, le législateur a prévu des dérogations au principe du contradictoire dans quatre hypothèses : lorsque les opérations d'expertise doivent intervenir en urgence et ne peuvent être différées pendant le délai de dix jours, lorsque la communication risque d'entraver l'accomplissement des investigations, lorsqu'il s'agit d'expertises dont les conclusions n'ont pas d'incidence sur la détermination de la culpabilité et dont la liste est fixée par décret et lorsque les parties ont déclaré renoncer à bénéficier de ces dispositions¹³¹. Il appartient au juge d'instruction de bien motiver sa demande de dérogation au principe du contradictoire sous peine de voir sa mesure censurée. Un risque particulier de dépérissement des preuves ou d'exigence technique prescrivant aux experts d'agir promptement a par exemple été jugé insuffisant par la chambre

¹²⁵ J. HUREAU et D.G. POITOUT, *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, op. cit.

¹²⁶ Article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

¹²⁷ Article 16 - Code de procédure civile.

¹²⁸ Article 160 - Code de procédure civile.

¹²⁹ Article 275 - Code de procédure civile.

¹³⁰ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical: contentieux médical, responsabilité pénale, droits du patient*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, une marque de lextenso, 2019.

¹³¹ Article 161-1 - Code de procédure pénale.

criminelle de la Cour de cassation¹³². Si les règles du contradictoire sont clairement établies dans les textes, leur application en pratique n'est pas toujours aisée.

Au cours du processus expertal, les parties ont souvent du mal à se faire préciser la méthodologie de l'expertise et à pouvoir discuter les conclusions de l'expert. Les experts eux-mêmes regrettent de ne pas disposer d'informations sur le devenir de leurs rapports et sur l'appréciation qui en a été faite par le juge et les parties au procès¹³³. Il est intéressant de comparer les procédures françaises et anglo-saxonnes en matière d'impartialité et de contradictoire. Dans les procédures de « *common law* », chaque partie choisit ses propres experts. Seul le juge revêt le caractère d'impartialité et non les experts. Dans ce dispositif, la vérité unique portée par un expert unique n'existe pas. Elle est considérée comme portant atteinte à l'autorité du juge. Dans les procédures françaises, l'expert instruit à charge et à décharge, comme le fait le juge d'instruction en procédure pénale. Ce rôle suppose une impartialité constitutionnelle s'appuyant sur une histoire juridique (procédure inquisitoire et non accusatoire) et une histoire médicale différentes de celles des pays du « *common law* ». Si le modèle anglo-saxon semble assurer une meilleure impartialité de la procédure judiciaire, il présente l'inconvénient d'une procédure beaucoup plus longue et très onéreuse pour les parties, notamment en matière d'expertise médicale, source d'inégalités. Dans les deux modèles, il est tout aussi indispensable que les intervenants au contradictoire soient de bonne qualité. Le risque d'inégalité des parties se situe tantôt devant le juge aux États-Unis et tantôt devant l'expert en France. L'expertise en responsabilité médicale en procédure amiable devant les CCI pose un problème singulier. Ce dispositif construit sur un principe de rapidité laisse peu de temps à la procédure expertale. La représentation par un avocat n'est pas obligatoire et les parties ne sont pas nécessairement dans une situation d'égalité. Cela limite l'intérêt des dires, qui pourraient même se retourner contre le demandeur non représenté¹³⁴.

Le principe du contradictoire est ainsi un principe fort de la règle de Droit qui entraîne des conséquences en cas de non respect et mérite des améliorations afin de garantir l'équité des parties au procès.

¹³² Cour de cassation, 22 novembre 2011, *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 22 novembre 2011, 11-84.314, Publié au bulletin, 11-84.314, Bull.*

¹³³ M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire, op. cit.*

¹³⁴ D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale », *op. cit.*

b) Conséquences d'un défaut d'application du contradictoire et pistes d'amélioration

Le non respect du principe du contradictoire au cours du processus expertale peut avoir des conséquences juridiques. Une partie qui estime que ce principe a été violé peut invoquer, soit l'inopposabilité du rapport d'expertise, soit la nullité du rapport d'expertise.

La Cour de cassation affirme que « *les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du Code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure, régies par l'article 112 du même code* »¹³⁵. Un rapport d'expertise judiciaire est inopposable à une partie qui n'a été ni appelée ni représentée aux opérations d'expertise. L'expert doit soumettre aux parties les résultats des investigations techniques qu'il a réalisées sans leur présence afin d'assurer un débat contradictoire avant le dépôt de son rapport. Un rapport d'expertise déposé par un expert judiciaire est inopposable à un tiers qui n'a été appelé ni à l'instance initiale, ni en ordonnance commune, ni représenté au cours des opérations d'expertise. La Cour de cassation estime depuis longtemps que les conclusions d'une telle expertise, non contradictoire, pouvaient être opposées à un tiers à deux conditions. D'une part, si le rapport a été régulièrement versé aux débats et soumis à une discussion contradictoire. D'autre part, si la décision rendue n'a pas été exclusivement fondée sur ce seul et unique rapport. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation tant au visa des dispositions de l'article 16 que de l'article 160 du CPC¹³⁶. A moins de prouver qu'il est victime d'une fraude, l'assureur ne peut se prévaloir de l'inopposabilité du rapport d'expertise sur la base duquel l'assuré a été condamné pour prétendre à ne pas verser d'indemnisation¹³⁷. Une sanction autre que l'inopposabilité peut atteindre un rapport d'expertise, il s'agit de la nullité.

La nullité frappe seulement les opérations d'expertises qui ont été effectuées en méconnaissance du principe du contradictoire. Une partie seulement du rapport d'expertise

¹³⁵ O. KHALAK, « La jurisprudence récente en matière d'expertise judiciaire », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 29, n° 2, 2016, pp. 25-45 ; Cour de cassation, 28 septembre 2012, *Cour de cassation, Chambre mixte, 28 septembre 2012, 11-11.381, Publié au bulletin*, 11-11.381, *Publié au bulletin* ; Article 175 - Code de procédure civile ; Article 112 - Code de procédure civile.

¹³⁶ Article 16 - Code de procédure civile, *op. cit.* ; Article 160 - Code de procédure civile, *op. cit.* ; Cour de Cassation, *Chambre civile 1, du 7 mars 2000, 97-20.017, Publié au bulletin* ; Cour de Cassation, *Chambre civile 2, du 14 septembre 2006, 05-14.333, Publié au bulletin*.

¹³⁷ Cour de Cassation, *Chambre civile 1, du 15 mars 1988, 86-15.783, Publié au bulletin*.

peut ainsi être frappée de nullité. Pour illustration, les seules conclusions d'un sапiteur peuvent être frappées de nullité sans annuler la totalité de l'expertise¹³⁸. Le juge peut ordonner la reprise des opérations d'expertises ayant violé le principe du contradictoire sans annuler toute la procédure expertale. L'article 16 du CPC s'applique également aux expertises extra-judiciaires, unilatérale et amiable, tout comme les expertises demandées par les CCI. Ce point est fondamental car nous verrons par la suite que les expertises des CCI sont de plus en plus souvent réutilisées par les juges en procédure contentieuse. Le respect ou non du principe du contradictoire conditionne ainsi la valeur probante des expertises en responsabilité médicale.

Afin de mieux respecter ce principe, de multiples pistes d'amélioration ont été proposées depuis 2005, par des entités variées, mais restent peu suivies d'effet.

En 2005, un groupe de travail de la Cour de cassation proposait que les parties choisissent l'expert après un débat entre elles, comme dans les procédures anglo-saxonnes. Concernant les expertises de CCI, ce même groupe de travail proposait d'étendre l'application de l'article R.1142-16 du CSP (« *la commission peut entendre le ou les experts qu'elle a désignés* ») aux parties en organisant des réunions préparatoires entre experts et parties. L'arrêt CEDH du 12 juin 2003 (Van Kück c/Allemagne, n° 35968/97) illustre cette dernière proposition (« *les tribunaux allemands auraient dû demander au docteur H. [l'expert], ou à tout autre expert en médecine, des explications orales ou des écritures complémentaires* »). Pour finir, le groupe de travail de la haute juridiction déclarait que l'audition de l'expert au procès devrait être systématique, comme en cour d'assises, et qu'il serait utile que le juge provoque un débat sur la définition de la mission de l'expert.

En 2009, le Médiateur de la République publiait un rapport proposant également une série de mesures pour améliorer le caractère contradictoire des expertises médicales. Il conseillait en premier lieu de rendre obligatoire la réalisation d'un « rapport d'étape » soumis aux observations des parties et discuté contradictoirement avant l'expertise finale. Selon l'article 276 du CPC, « *L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent [...] l'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donné aux observations ou réclamations présentées* ». Pourtant, ces dispositions visant à faire respecter le principe du contradictoire s'effectuent généralement au stade ultime du processus d'expertise, par voie

¹³⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 12 juin 2003, 01-13.502, Publié au bulletin.

écrite. En pratique, elles font peu évoluer le rapport définitif de l'expert. L'optimisation de l'assistance des victimes dans le processus d'expertise était la seconde préconisation du Médiateur. Pour ce dernier, il existe une inégalité d'assistance par les avocats et les médecins conseils entre les parties. En effet, les professionnels ou établissements de santé bénéficient souvent d'une très bonne assistance fournie par leur assurance en responsabilité, alors que les victimes sont bien moins assistées, voire aucunement. Ce déséquilibre défavorable à la victime nuit au respect du contradictoire. Le Médiateur proposait d'informer explicitement les victimes de leur droit d'être accompagnées du médecin de leur choix lors de l'examen médical par l'expert. Il proposait aussi de constituer une liste nationale de médecins-conseils de victimes. Pour finir, il préconisait de renforcer le droit d'accès de l'expert à toutes les informations nécessaires à sa mission et de sanctionner plus efficacement la non communication par un établissement ou un professionnel de santé des informations médicales demandées¹³⁹.

En 2018, des membres de l'Institut Droit et Santé (IDS), équipe juridique labellisée par l'Inserm au sein de l'Université Paris Descartes, et des membres des organismes agréés (OA) par la HAS pour l'accréditation des médecins, se sont réunis pour émettre une série de recommandations visant à améliorer la qualité de l'expertise en responsabilité médicale. Ces OA, dans le sens des préconisations faites par l'Académie Nationale de Médecine (ANM) en 2011, pourraient être amenées à jouer un rôle dans la formation des experts intervenant dans les procédures contentieuses ou amiables via les CCI. Concernant la promotion du principe du contradictoire, le rapport conjoint de IDS-OA préconisait de rendre systématique le dépôt d'un pré rapport en matière civile, tout comme il est préconisé en matière amiable via les CCI. De plus, il insistait sur la nécessité d'une publication anonymisée des expertises et des avis de CCI jusque là refusée par l'ONIAM. Ainsi serait ouverte aux parties la possibilité de demander au juge ou à la CCI de saisir un OA pour qu'il apprécie la qualité de la méthodologie de l'expert. Ce mécanisme apparaît particulièrement justifié quand l'expert a été choisi hors liste, pratique de plus en plus fréquente des CCI. Pour finir, les débats IDS-OA ont fait ressortir la nécessité de mieux préparer les médecins aux règles procédurales de l'expertise de responsabilité médicale, avec des enseignements dispensés au sein des facultés de médecine.

Nous remarquons que les préconisations des différents organismes précédents se recoupent.

¹³⁹ M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire, op. cit.*

Pourtant, elles ont du mal à se mettre en place, probablement à cause du manque de moyens financiers et humains injectés dans le système des procédures en responsabilité médicale. LE principe du contradictoire est ainsi menacé, tout comme l'indépendance de l'expert.

§2 L'indépendance de l'expert en responsabilité médicale

« *Il ne faut pas confondre l'indépendance qui est un statut avec l'objectivité qui est une vertu* », Robert Badinter.

a) Les principes et les limites de l'indépendance de l'expert en responsabilité médicale

Nous avons montré que la qualité du processus expertal en responsabilité médicale réside en partie dans l'impartialité de l'expert. L'article 237 du CPC énonce que « *le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité* ». Les experts en responsabilité médicale inscrits près d'une cour d'appel s'engagent ainsi à respecter leur indépendance lors d'une prestation de serment. Ils s'interdisent ainsi d'accepter des missions privées de conseil ou d'arbitrage, à la demande de l'une ou l'autre des parties. Malgré tout, cette règle d'indépendance n'est pas toujours respectée et elle est mise à mal par la pénurie actuelle d'expert en responsabilité médicale. De nombreux experts judiciaires exercent également une activité pour des compagnies d'assurance en tant que médecins conseils. Des conflits d'intérêts peuvent aussi exister entre les experts et l'industrie, notamment pharmaceutique. Cela peut lourdement compromettre la qualité des expertises en matière de responsabilité de produits de santé défectueux¹⁴⁰. Pour exemple, un scandale a éclaté en 2013 autour de recommandations des sociétés européennes et américaines de cardiologie concernant un traitement préventif des dyslipidémies¹⁴¹.

En matière de responsabilité médicale, afin de prévenir le risque de collusion, l'expert n'exerce généralement pas dans la même région que le praticien mis en cause. Cependant, que ce soit au cours de leur formation, au sein des sociétés savantes, ou au travers de participation à des colloques, le lien entre les médecins spécialistes est incontournable, d'autant plus s'ils exercent une fonction universitaire. Ces liens sont par ailleurs indispensables au partage des savoirs permettant de faire progresser la science médicale. En 2011, le CE a ainsi cassé une

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ FORMINDEP, « Recommandations sur la prise en charge des dyslipidémies: farcies d'intérêts et fortement biaisées », *Formindep*, 24 février 2013, <https://formindep.fr/les-dernieres-recommandations-europeennes-americaaines-et-francaises-sur-la-prise-en-charge-des-dyslipidemies-sont-farcies-dinterets-et-fortement-biaisees/>, consulté le 7 avril 2022.

décision des juges du fond sur le motif d'un manque d'indépendance de l'expert en responsabilité médicale. Ce dernier, neurochirurgien, avait rédigé des travaux scientifiques avec le médecin mis en cause¹⁴². Plus récemment, le CE a jugé que « *si l'exercice de responsabilités au sein d'organisations syndicales ou professionnelles de médecins n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à la réalisation d'une mission d'expertise* » elle peut tout de même justifier un recours des parties contre l'expert pour manque d'impartialité¹⁴³. Le monde de l'expertise en responsabilité médicale est un petit monde dans lequel se côtoient médecins de compagnies d'assurances, médecin-conseil de victimes et experts judiciaires. Dans certains domaines très pointus, la plupart des praticiens se connaissent à l'échelle nationale¹⁴⁴. L'indépendance de l'expert s'applique tout particulièrement en matière pénale. Dans ce type de procédure les contre-expertises ne sont pas courantes. L'expert ne doit pas oublier qu'il doit donner un avis à charge et à décharge et non pas se voir comme l'outil de la partie poursuivante, pas plus qu'il ne peut être l'instrument de défense¹⁴⁵.

L'indépendance des experts est souvent soumise à critiques. Une proposition de loi récente en date du 25 janvier 2022 a ainsi été déposée, visant à inciter l'expert médical à déclarer ses conflits d'intérêts¹⁴⁶. L'expertise est encore trop souvent perçue comme un corporatisme, comme en témoignent certains articles de presse (*Le Figaro*, 2009 « *Les petits arrangements entre experts médicaux* »¹⁴⁷) et dires des patients : « *comment voulez-vous qu'on leur fasse confiance, ils sont tous du même bord !* ». Cette phrase, souvent entendue dans la bouche des victimes, traduit une forme de réticence quant au fait que ce soit des médecins qui expertisent d'autres médecins. Ces derniers seraient naturellement plus sensibles à la préservation des intérêts corporatistes qu'à la recherche de la vérité. Pourtant, qui d'autre qu'un médecin peut réaliser l'expertise d'un acte médical à l'origine d'un dommage ? Comment concilier le débat contradictoire, que chacun appelle de ses vœux, et le respect de l'intimité ? Comment ne pas heurter la conviction d'un demandeur, qui n'est pas là « pour voir » mais qui a l'intime

¹⁴² Conseil d'État, 30 mars 2011, *Conseil d'État, 5ème - 4ème SSR, 30/03/2011, 330161, 330161*.

¹⁴³ *Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, 23 octobre 2019, 423630*.

¹⁴⁴ BÉNÉDICTE PAPIN, RENAUD BOUGEARD, MURIEL DURAND, « Table ronde sur l'expertise en Commission de Conciliation et d'Indemnisation », *op. cit.*

¹⁴⁵ J. DESBORDES et S. MERCIER, « Retour d'expérience sur l'expertise médicale ordonnée par le juge projet », *op. cit.* ; D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale », *op. cit.*

¹⁴⁶ BRIGITTE LHERBIER ET AL., *Proposition de loi du Sénat N°384 du 25 janvier 2022 visant à inciter l'expert médical à déclarer ses intérêts pour prévenir d'éventuels conflits*, *op. cit.*

¹⁴⁷ LE FIGARO, « Les petits arrangements des experts médicaux », 6 octobre 2009, <https://sante.lefigaro.fr/actualite/2009/10/06/9818-petits-arrangements-experts-medicaux>, consulté le 19 juillet 2022.

conviction d'avoir été victime d'une erreur¹⁴⁸ ? La réalité de l'indépendance des experts n'est pas noire ou blanche. Même si des efforts importants ont déjà été réalisés en la matière, des voies d'amélioration existent encore.

b) La réalité de l'indépendance des experts en responsabilité médicale et les pistes d'amélioration

La question principale et concrète qui se pose en matière d'indépendance des experts de responsabilité médicale est la possibilité ou non de cumuler une activité d'expert judiciaire et/ou de CCI, avec celle de conseil pour une compagnie d'assurance ou auprès de victimes. En 2008 et 2013, cette question a été posée à la Cour de cassation. La Haute juridiction a conclu que « *le fait qu'un expert ait réalisé des missions d'expertise pour des sociétés d'assurance ne constitue pas, en soi, l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise, au sens de l'article 2 6° du décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires* »¹⁴⁹. Autrement dit, les arguments scientifiquement fondés ne doivent pas être récusés au seul motif qu'ils sont énoncés par un expert lié au praticien mis en cause. S'il est important d'exiger une complète transparence sur les conflits d'intérêts des experts désignés par les tribunaux et les CCI, l'élimination des candidats ayant effectués un jour des expertises pour des compagnies d'assurance est un risque non négligeable d'aggraver la pénurie d'experts compétents. Si les juridictions n'admettaient que des experts sans aucun conflit d'intérêts, excellents professeurs, mais en réalité incompetents pour juger de la qualité d'actes qu'ils n'auraient jamais réalisés eux-mêmes, la balance bénéfique risque pour les parties en serait altérée. C'est pourquoi les réunions IDS-OA de 2018 ont rappelé que le doute sur l'impartialité d'un expert ne devrait pas être considéré comme un argument suffisant pour ne pas répondre ni même examiner les arguments qu'il fait valoir¹⁵⁰.

Afin d'éviter que des conflits d'intérêts viennent perturber l'expertise et entacher l'ensemble de la procédure à laquelle elle se rattache, le Médiateur de la République proposait déjà en 2009 qu'une déclaration d'indépendance soit effectuée par l'expert à l'occasion de chaque désignation. Cette déclaration aurait complété son serment d'accomplir sa mission en son

¹⁴⁸ D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale », *op. cit.*

¹⁴⁹ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 22 mai 2008, 08-10.314, Publié au bulletin ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 27 juin 2013, 12-60.608, Publié au bulletin.*

¹⁵⁰ RÉMI PELLET, « Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions », *op. cit.*

« honneur et conscience »¹⁵¹. Le Médiateur suggérait, à l'inverse de la tendance de la Cour de cassation, d'instaurer une incompatibilité légale entre les fonctions de médecin-expert judiciaire et de médecin-conseil d'une société d'assurance¹⁵². Dans ce sens, le rapport de la commission ministérielle de 2011 « *réflexion sur l'expertise* » proposait de regrouper dans les textes applicables aux experts judiciaires les principales obligations déontologiques attachées à l'exercice de leur mission. Ce rapport recommandait de faire remplir à tout expert désigné en justice une déclaration d'indépendance¹⁵³. La même année, l'ANM estimait que l'indépendance de l'expert doit faire l'objet d'un contrôle, soit par une déclaration orale devant les parties au cours de la réunion expertale, soit par une déclaration publique d'intérêt si la position personnelle de l'expert est susceptible d'ouvrir un conflit d'intérêts, intellectuel ou financier, suscitant un procès d'intention soldé par une récusation. L'ANM proposait également que tout manquement au devoir d'indépendance puisse être sanctionné. Au cours d'un colloque entre le CE et la Cour de cassation, toujours en 2011, il avait été préconisé que les experts connaissant le confrère défendeur exposent très clairement leur lien aux autres parties lors de la réunion expertale. Cela permettrait qu'il n'y ait pas, après remise du rapport ou au moment d'un dire, l'expression d'une critique d'une des parties¹⁵⁴.

Dans son rapport de 2017, la Cour des comptes a proposé de généraliser la publication des déclarations d'intérêts. De plus, elle a suggéré de faire vérifier systématiquement par les présidents de CCI l'absence de liens d'intérêts avec l'une des parties ou l'ONIAM. Les présidents des CCI ont réagi très vivement à cette recommandation, estimant que cette tâche ne leur incombait pas. En ce domaine, le système actuel est déclaratif car les présidents de CCI n'ont ni les moyens ni le temps de procéder à de pareilles vérifications¹⁵⁵. Les réunions IDS-OA de 2018 ont proposé que cette déclaration d'indépendance s'impose aux experts choisis hors liste des tribunaux ou de la CNAMed.

Tout comme en matière d'impartialité, il est clair de l'indépendance de l'expert est un sujet d'actualité, pris à bras le corps par les institutions depuis les années 2010. Il est très probable

¹⁵¹ M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire*, op. cit.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *L'expertise. Rapport de la commission de réflexion* - <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/expertise-rapport-de-la-commission-de-reflexion-22179.html>, op. cit.

¹⁵⁴ RÉMI PELLET, « Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions », op. cit.

¹⁵⁵ COUR DES COMPTES, *Le rapport public annuel 2017 | Cour des comptes - Tome I - L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux : une mise en oeuvre dévoyée, une remise en ordre impérative*, op. cit.

que soit légiféré un texte dans les prochaines années, harmonisant les règles d'impartialité et d'indépendance des différents experts en responsabilité médicale. Cela serait bénéfique pour l'image corporatiste que renvoie encore trop souvent la profession de médecin expert. Le respect de ces règles déontologiques est fondamental tout comme le respect du secret professionnel vis à vis des parties, afin de ne pas engager sa propre responsabilité.

Section 2 : Le secret professionnel et la responsabilité de l'expert en responsabilité médicale

Tout comme le clinicien, le médecin expert est soumis au respect du secret professionnel (§1) et sa responsabilité peut être engagée lorsqu'il viole les règles déontologiques auxquelles il est soumis (§2).

§1 Le secret professionnel de l'expert en responsabilité médicale

Dans l'exercice de son art, le médecin expert est soumis comme tout médecin au secret professionnel, au titre de l'article L. 1110-4 alinéa I du CSP et de l'article 4 du code de déontologie médicale¹⁵⁶ (a), sa violation en dehors des dérogations permises (b) pouvant entraîner la mise en cause de sa responsabilité.

a) Obligation générale du secret professionnel appliqué à l'expert médecin

Tous les médecins experts sont soumis à l'obligation de secret professionnel, qu'ils interviennent pour le compte de la justice, pour une procédure amiable, pour le compte d'une société s'assurance ou de la victime. Sa violation engage les responsabilités civile et disciplinaire du médecin. Elle constitue également une faute pénale intentionnelle au titre des articles 226-13 et 14 du code pénal¹⁵⁷. La Cour de cassation a jugé que le fait que le médecin expert ne figure ni sur la liste nationale dressée par la Cour de cassation, ni sur une des listes dressées par les cours d'appel, et ne soit même plus inscrit à l'un des tableaux de l'ODM ne l'empêchait pas d'intervenir pour le compte de la justice dès lors que le respect du secret professionnel était garanti¹⁵⁸. La Cour de cassation s'est attachée à préciser les modalités d'application du secret professionnel auquel l'expert est soumis afin de concilier le secret médical et les droits des parties. Ainsi, pour la haute juridiction, « *si le juge civil a le pouvoir*

¹⁵⁶ Article R4127-4 - Code de la santé publique.

¹⁵⁷ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*

¹⁵⁸ Cour de cassation, *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 14 décembre 2010, 10-82.862, Publié au bulletin, 10-82.862.*

d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un établissement de santé à lui transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droit, le secret médical constituant un empêchement légitime que l'établissement de santé a la faculté d'invoquer »¹⁵⁹. Il ne peut davantage « *contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés* »¹⁶⁰. Le non respect de l'obligation de secret professionnel par le médecin expert peut être invoqué par une partie à l'appui d'une action en dommages et intérêts. L'expert en responsabilité médicale doit donc parfaitement maîtriser ces notions et connaître les dérogations permises au secret professionnel dans le cadre de la procédure expertale.

b) Expertise médicale et dérogation au secret professionnel

En pratique, il n'existe pas de dérogation légale du secret professionnel vis-à-vis de l'expert judiciaire. En matière civile, le médecin expert peut obtenir la communication du dossier médical directement auprès du patient ou s'il est décédé, auprès de ses ayants droit. La communication des pièces est effectuée directement par les parties au litige ou leurs avocats. Depuis la loi du 4 mars 2002, l'accès au dossier médical par le patient a été simplifié. Si un médecin est sollicité par un patient, il doit fournir les documents au patient pour qu'il les remette lui-même à l'expert.

En matière pénale, une saisie du dossier peut être ordonnée par un juge d'instruction dans le cadre d'une procédure avec ouverture d'une information judiciaire. Même si ce processus éteint le secret médical, l'expert ne peut utiliser la totalité des pièces du dossier. Ce qui ne relève pas de celle-ci doit rester couvert par le secret. Le médecin expert n'est délié du secret que dans le cadre strict de sa mission¹⁶¹. Même s'il n'y a pas de secret médical vis-à-vis du juge, l'expert ne doit pas mentionner dans son rapport les antécédents de la victime n'ayant aucun lien avec l'affaire¹⁶².

Toute partie qui se prétend victime d'un dommage doit pouvoir faire valoir ses droits en

¹⁵⁹ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 décembre 2004, 02-12.539, Publié au bulletin.*

¹⁶⁰ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 15 juin 2004, 01-02.338, Publié au bulletin.*

¹⁶¹ C. MANAOUIL et C. ROUGÉ-MAILLART, « Le secret professionnel du médecin », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 10, n° 3, 1 septembre 2019, p. 118 à 127.

¹⁶² C. MANAOUIL et al., « Le patient et l'expert judiciaire », *Éthique & Santé*, vol. 2, n° 1, 1 février 2005, pp. 46-50.

justice¹⁶³. D'après l'article 6 de la CVEDH, elle a le droit à un procès équitable. La Cour de cassation a jugé qu'on ne peut opposer le droit au secret médical aux principes précités. Lorsqu'une expertise, nécessaire à la manifestation de la vérité, implique l'accès à des informations couvertes par le secret, c'est au juge de prescrire des mesures évitant à l'expert de violer lui-même du secret professionnel, tout en garantissant le droit à un procès équitable¹⁶⁴.

En matière de secret professionnel, l'expert en responsabilité médicale doit ainsi faire preuve de prudence et communiquer avec le magistrat lorsqu'il nécessite des informations soumises au secret, au risque de voir engager sa propre responsabilité.

§2 La responsabilité de l'expert en responsabilité médicale

L'expert n'a pas d'immunité conférée par sa mission. Sa responsabilité indemnitaire (a) ou de sanction (b) peut ainsi être engagée de différentes manières.

a) La responsabilité indemnitaire de l'expert

Jusqu'au début du XX^e siècle, les experts judiciaires bénéficiaient d'une immunité judiciaire comparable à celle des magistrats. Cette immunité était justifiée par les juridictions du fond du fait de l'appartenance du rapport d'expertise à une « décision souveraine », acquérant ainsi au même titre que le jugement, l'autorité de la chose jugée. Un arrêt de la Cour de cassation du 22 juillet 1913, suivi d'une jurisprudence constante, a permis d'engager la responsabilité des experts judiciaires sur le fondement du droit commun, régi à l'article 1382 de l'ancien code civil, article 1240 du code civil actuel¹⁶⁵. Dans un arrêt du 9 février 1939, le Tribunal civil de la Seine a énoncé clairement que « *la loi ne confère à l'expert judiciaire aucune immunité, encore que sa fonction se rattache à l'administration de la justice, et il est donc soumis au droit commun dans les termes de l'article 1382 du Code civil* »¹⁶⁶. Les experts désignés par le juge ont la qualité d'auxiliaires temporaires du juge. Ils n'ont donc aucun lien contractuel avec les parties. Leur responsabilité ne peut être recherchée que sur le terrain délictuel ou quasi délictuel. La responsabilité civile des experts obéit aux règles de droit commun et nécessite une faute, un dommage, un lien de causalité.

¹⁶³ Article 1240 - Code civil, *op. cit.*

¹⁶⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 mars 1997, 95-12.576, Publié au bulletin.

¹⁶⁵ Article 1240 - Code civil, *op. cit.*

¹⁶⁶ CHAUGAUD FRÉDÉRIC, *Les experts du crime, op. cit.* ; P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*

b) La responsabilité disciplinaire de l'expert judiciaire

Les poursuites disciplinaires contre un expert judiciaire sont régies par l'article 6-2 de la loi du 29 juin 1971, modifiée par la loi n°2004-130 du 11 février 2004 et le décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 puis modifiée par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 : « *Toute contravention aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits étrangers aux missions qui lui ont été confiées, expose l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires* »¹⁶⁷. Les peines répondent au schéma classique en matière disciplinaire à savoir l'avertissement, la radiation temporaire pour une durée maximale de trois ans et la radiation avec privation définitive du droit d'être inscrit sur une des listes d'experts judiciaires ou le retrait de l'honorariat. Le rôle central dans l'enclenchement des poursuites disciplinaires revient, selon l'article 25 du décret du 23 décembre 2004, au procureur général près la cour d'appel. C'est lui qui reçoit les plaintes et fait procéder à tout moment aux enquêtes utiles pour vérifier que l'expert satisfait à ses obligations et s'en acquitte avec ponctualité. La Cour de cassation a rappelé que l'engagement de poursuites disciplinaires contre un expert par le procureur général n'est pas subordonné à une plainte. Ainsi, s'il lui apparaît qu'un expert inscrit a contrevenu aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, ou manqué à la probité ou à l'honneur, même pour des faits étrangers aux missions qui lui ont été confiées, le procureur général fait recueillir ses explications, et le cas échéant, engage alors les poursuites¹⁶⁸. L'expert poursuivi est appelé à comparaître par le procureur général près la cour d'appel. La procédure est contradictoire et l'expert convoqué peut prendre connaissance de son dossier auprès du secrétariat du parquet général près la cour d'appel. Les poursuites sont exercées devant l'autorité ayant procédé à l'inscription sur la liste d'experts, qui statue en commission disciplinaire. Cette dernière dispose d'un pouvoir d'investigation autonome et peut se faire communiquer tous renseignements ou documents utiles. Les débats sont publics. La commission disciplinaire statue, par décision motivée, après avoir entendu le ministère public, l'expert poursuivi et, le cas échéant, son avocat. Les décisions en la matière sont susceptibles d'un recours devant la Cour de cassation, pour les experts inscrits sur la liste nationale, ou la cour d'appel, pour les experts relevant de cette liste. Le recours formé contre une décision disciplinaire prise par une assemblée générale de cour d'appel est examiné par la

¹⁶⁷ Article 6-2 - Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

¹⁶⁸ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 3 juin 2010, 09-14.896, Publié au bulletin.

première chambre de la même cour d'appel¹⁶⁹. Ainsi, la procédure disciplinaire à l'encontre des experts judiciaires est très proche de celle à l'encontre des médecins via le conseil de l'ODM.

La procédure disciplinaire précédente se limite aux seuls experts judiciaires. Si le code de déontologie médicale comporte bien un paragraphe dédié à l'exercice de la médecine d'expertise¹⁷⁰, la jurisprudence constante des juridictions disciplinaires ordinales en limite l'application aux expertises réalisées au profit des juridictions administratives et judiciaires. A l'inverse du médecin expert judiciaire, les médecins conseil de compagnie d'assurances et de victimes ne sont pas soumis à ces articles. Pour autant, ils sont bien soumis au respect des devoirs généraux des médecins, et notamment aux principes de moralité, de probité et de dévouement, ainsi qu'à celui de l'indépendance professionnelle. Bien que la Cour de cassation a reconnu l'absence de lien de subordination juridique entre compagnie d'assurance et médecin-conseil, la question de la dépendance financière et intellectuelle vis-à-vis des compagnies est une réalité indéniable¹⁷¹.

Pour compléter le code de déontologie médicale, le CNCEJ a élaboré un code de déontologie de l'expert de justice¹⁷². Il précise les devoirs de l'expert judiciaire envers lui-même, les parties, ses confrères, ainsi que les magistrats et auxiliaires de justice. Si ce code n'a aucune valeur règlementaire et fait partie du « droit mou », il peut tout de même entraîner une sanction via les dispositions statutaires de la compagnie d'experts. En pratique, cela est peu dissuasif pour les experts ne respectant pas les règles déontologiques. Une charte entre avocats et experts judiciaires a également été rédigée par le CNCEJ afin de promouvoir le respect des principes de probité, conscience, honneur, loyauté, modération et courtoisie entre ces deux corps. La Compagnie des Experts Agréés par la Cour de Cassation (CEACC) a également édictée des règles de bonnes pratiques de l'expertise judiciaire¹⁷³. Ces initiatives des compagnies d'experts judiciaires marquent une volonté de promouvoir la déontologie en matière d'expertise. Il serait intéressant d'étendre ces règles aux experts inscrits sur la liste de

¹⁶⁹ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 12 janvier 1999, 98-11.103, Inédit.*

¹⁷⁰ Paragraphe 5 : Exercice de la médecine d'expertise. (Articles R4127-105 à R4127-108).

¹⁷¹ *Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel. Autres regards que celui de l'assureur - Philippe Donnou, Yann Ferguson, Eric Péan, op. cit.*

¹⁷² « Conseil National des Compagnies d'Experts de justice - CNCEJ », <https://www.cncej.org/>.

¹⁷³ COMPAGNIE DES EXPERTS AGRÉÉS PAR LA COUR DE CASSATION, « Les bonnes pratiques ou comment assurer la moralisation de l'expertise judiciaire », in *Cour de cassation*.

la CNAMed réalisant les expertises pour les CCI, même si nombre d'entre eux sont également experts judiciaires. Une intégration des règles déontologiques des experts judiciaires et de la CNAMed à la partie réglementaire du CSP serait probablement un gage de meilleur respect de ces règles¹⁷⁴.

DEUXIÈME PARTIE : L'influence de l'ordonnance d'une mesure d'expertise et son interprétation par le juge sur la qualité du processus expertal

Quel que soit le sentiment de la société judiciaire à l'égard des experts, entre le mépris et la confiance aveugle, ils jouent un rôle de plus en plus grand¹⁷⁵. Les mutations sociales, économiques et culturelles de la société au cours des décennies passées ont conduit à une explosion du phénomène expertal dans l'ordre juridictionnel¹⁷⁶. Si la qualité de l'expertise en responsabilité médicale dépend des compétences techniques et déontologiques du médecin expert, elle dépend tout autant de la qualité de l'ordonnance de la mission d'expertise (Chapitre 1) et de l'interprétation du rapport par le magistrat (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La qualité de l'ordonnance d'une mesure d'expertise par le magistrat

Le recours à une expertise judiciaire relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁷⁷. Si l'expert commis peut être récusé par l'une des parties, la cause de récusation est souverainement appréciée par ces mêmes juges¹⁷⁸. Le magistrat est ainsi le garant de la qualité du processus expertal de responsabilité médicale en désignant le médecin expert (section 1) et en définissant sa mission (section 2).

¹⁷⁴ M.S. DUVAL, « La procédure disciplinaire des experts judiciaires », *Droit, Déontologie & Soins*, vol. 12, n° 2, 1 juin 2012, pp. 170-174.

¹⁷⁵ CHAUVAUD FRÉDÉRIC, *Les experts du crime*, *op. cit.*

¹⁷⁶ GUILLAUME SANSONE, « L'office du juge face à une expertise officieuse », *Dalloz Actualités - Procédure Civile*, 25 mars 2020.

¹⁷⁷ Article 144 - Code de procédure civile.

¹⁷⁸ Article 234 - Code de procédure civile.

Section 1 : Le recrutement de l'expert en responsabilité médicale

« Dès la plus haute antiquité les magistrats ont été forcés de recourir à des experts et de les faire juges dans cette cause particulière », F.E. Fodéré¹⁷⁹.

§1 La désignation des experts en responsabilité médicale par les tribunaux

a) Les listes d'experts judiciaires

En 1880, en l'absence de disposition législative, le tribunal de la Seine prend l'initiative de dresser une liste de toutes les personnes aptes à remplir les fonctions d'experts judiciaires. Les noms sont regroupés par spécialité sans pour autant que les justificatifs ou les précisions relatives aux aptitudes techniques ne soient demandés. Dès 1812, deux circulaires du ministère de la Justice insistent pour que chaque procureur et chaque tribunal ne négligent pas la question de la nomination des experts¹⁸⁰. En 1813, dans un traité de médecine légale et d'hygiène publique, F.E. Fodéré, médecin et botaniste savoyard considéré comme le père de la médecine légale, écrivait : « *il est urgent de rétablir les charges de médecins et chirurgiens jurés* ». A l'époque en effet, les tribunaux, pouvaient désigner n'importe quel docteur en médecine, officier de santé ou sage femme pour réaliser des expertises. Il n'existait pas de liste officielle et les hommes de l'art n'étaient soumis à aucune obligation en la matière. La disponibilité et la proximité géographique guidaient bien souvent le choix des magistrats. F.E Fodéré ajoutait qu'en matière d'expertise, « *le spécialiste renommé et le médecin de campagne sont mis sur un pied d'égalité* »¹⁸¹. Il faudra attendre un décret du CE du 21 novembre 1893 pour que les médecins experts judiciaires soient nécessairement choisis sur une liste dressée par chaque cour d'appel. Cette disposition sera renforcée par un décret du 12 octobre 1904.

En matière administrative, l'expert judiciaire bénéficie aujourd'hui d'un véritable statut, lequel est organisé par la loi du 11 février 2004 et son décret d'application du 23 décembre 2004¹⁸². Cette loi prévoit que les experts, par candidature spontanée, s'inscrivent sur une liste dressée par chaque cour d'appel. L'inscription initiale est établie pour une période probatoire de deux ans, à laquelle succède une possibilité de réinscription pour cinq ans. Les

¹⁷⁹ F.E. FODÉRE, *Traité de médecine légale et d'hygiène publique ou de police de santé*, 1813.

¹⁸⁰ CHAUVAUD FRÉDÉRIC, *Les experts du crime*, *op. cit.*

¹⁸¹ F.E. FODÉRE, *Traité de médecine légale et d'hygiène publique ou de police de santé*, *op. cit.*

¹⁸² V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Le nouveau statut des experts judiciaires », *Recueil Dalloz*, n° 44, 15 décembre 2005, p. 3045.

candidatures sont examinées par une commission locale composée de magistrats et d'experts. La décision d'inscription est prise par la cour d'appel elle-même après audition d'un magistrat rapporteur. Il est par ailleurs créé une liste nationale auprès de la Cour de cassation, réservée aux experts inscrits pendant trois années consécutives sur la liste d'une cour d'appel¹⁸³. Les règles qui régissent les mesures d'instruction exécutées par un technicien sont prévues aux articles 232 à 284-1 du CPC¹⁸⁴. Les articles 264 à 272 du même code précisent les règles de l'ordonnance de l'expertise par le juge. Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien¹⁸⁵. Le technicien, investi de ses pouvoirs par le juge en raison de sa qualification, doit remplir personnellement la mission qui lui est confiée et les actes accomplis en méconnaissance de cette obligation ne peuvent valoir opérations d'expertise¹⁸⁶. Le juge ne peut, sans avoir préalablement recueilli les observations du technicien commis, étendre la mission de celui-ci ou confier une mission complémentaire à un autre technicien¹⁸⁷.

En matière pénale, l'expertise médicale est quasi systématique en cas de dommage corporel grave. Si en matière civile, les tribunaux ont toute liberté pour la désignation des médecins experts, au pénal cette liberté des juges est plus limitée. Le choix des experts doit être fait, sauf exception, sur une liste nationale dressée annuellement par la Cour de cassation ou sur les listes dressées par l'assemblée générale de chaque cour d'appel¹⁸⁸. Bien que facultative, l'expertise médicale est un élément fondamental de l'instruction préparatoire du procès. Lorsque le juge d'instruction estime ne pas en avoir besoin, il doit rendre une ordonnance motivée¹⁸⁹.

En matière administrative, le Code de justice administrative (CJA), par décret n°2073-730 du 13 août 2013, précise le statut de l'expert et tout particulièrement les critères de sélection des candidats. Chaque année, le président de la CAA dresse un tableau des experts auprès de la cour et des tribunaux administratifs du ressort, selon une nomenclature arrêtée par le vice-président du CE, correspondant aux domaines d'activité dans lesquels les juridictions

¹⁸³ D. MARTIN, « L'expertise en responsabilité médicale », *op. cit.*

¹⁸⁴ Chapitre V : Mesures d'instruction exécutées par un technicien. (Articles 232 à 284-1).

¹⁸⁵ Article 232 - Code de procédure civile, *op. cit.*

¹⁸⁶ Article 233 - Code de procédure civile.

¹⁸⁷ Article 245 - Code de procédure civile, *op. cit.*

¹⁸⁸ Article 157 - Code de procédure pénale.

¹⁸⁹ Article 156 - Code de procédure pénale.

administratives sont susceptibles de recourir à une expertise¹⁹⁰. Le président de la CAA arrête les inscriptions en fonction des besoins des juridictions statuant dans chacun de ces domaines¹⁹¹.

Depuis le début du XIX^e siècle se sont ainsi organisées les listes d'experts près les tribunaux. Pourtant, comme stipule le CPC, le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par une expertise sur une question technique¹⁹². Cette dualité pose la question de la réalité de la qualité de recrutement des experts en responsabilité médicale par les magistrats.

b) La qualité du recrutement des experts en responsabilité médicale par les tribunaux

Le médecin expert judiciaire est à la fois accueilli et contraint par le droit. Il est accueilli, car le droit reconnaît au juge le pouvoir de s'adjoindre le service d'un auxiliaire temporaire à qui il confie une mission de recherche des faits, mission qui s'avère si fondamentale que l'on parle parfois, à propos de l'expertise, d'un petit procès au sein du grand. Le droit offre à l'expert les moyens de réaliser sa mission. Ainsi, il peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien, un sapiteur, dans une spécialité distincte de la sienne. Mais tout en donnant des droits procéduraux au médecin expert, le droit contraint également ses prérogatives. Pour la Cour de cassation, « *l'expert peut confier à un tiers qui dispose des instruments appropriés, l'exécution d'investigation à caractère technique, sans manquer pour autant à son obligation de remplir personnellement sa mission et sans méconnaître les exigences du procès équitable* »¹⁹³.

La qualité des expertises médicales, notamment lorsqu'elles interviennent dans un cadre contentieux, fait l'objet de critiques récurrentes qui mettent en cause la crédibilité à la fois de la justice et de la médecine. C'est pourquoi, en 2009, le Médiateur de la République a préconisé aux pouvoirs publics de renforcer le processus de sélection des experts, en revoyant notamment les modalités d'établissement de la liste nationale des experts judiciaires. Il proposait la création d'une commission nationale de l'expertise associant des magistrats et experts, les compagnies nationales d'experts, les représentants des principaux ordres et organismes professionnels concernés ainsi que des représentants des particuliers. Cette

¹⁹⁰ Article R221-9 - Code de justice administrative.

¹⁹¹ Article R221-10 - Code de justice administrative.

¹⁹² Article 232 - Code de procédure civile, *op. cit.*

¹⁹³ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 16 mai 2002, 00-20.050, Publié au bulletin.

commission aurait été chargée d'établir annuellement une liste des experts judiciaires servant de référence pour la désignation des médecins experts dans un contexte aussi bien de règlement juridictionnel que de règlement amiable. De plus, cette commission aurait participé à la formation continue des experts, en collaboration avec les compagnies nationales d'experts. En parallèle, la désignation par le juge d'un expert en dehors de cette liste ou des listes établies par les cours d'appel aurait été limitée à des circonstances exceptionnelles, faisant l'objet d'une décision motivée, comme en matière pénale¹⁹⁴. En 2011, le rapport de la commission ministérielle de réflexion sur l'expertise¹⁹⁵ proposait que le juge motive les refus d'inscription des experts sur les listes des tribunaux. Ce principe a finalement été imposé par la CJUE avant d'être consacré par le législateur¹⁹⁶. En la matière, la Cour de cassation sanctionne le « défaut de motivation »¹⁹⁷ et « l'erreur manifeste d'appréciation »¹⁹⁸. En matière administrative, la commission ministérielle préconisait d'envisager soit l'abrogation de l'article R.122-25-1 du CJA, soit d'envisager l'établissement d'une liste nationale des experts, commune au CE et à la Cour de cassation. Pour l'ANM, la nomenclature des rubriques expertales devrait faire mention des sur-spécialités des experts. Le colloque CE-Cour de cassation de 2012 mettait en avant la nécessité de mettre en place un recrutement des experts sinon commun, du moins harmonisé, entre les deux ordres juridictionnels. Ce recrutement serait ainsi plus sélectif et fondé sur des critères objectifs tels que ceux définis par la CJUE dans son arrêt *Peñarroja Fa*¹⁹⁹ (compétences techniques et intérêt pour la collaboration au service public de la justice). Comme l'a rappelé la CJUE, l'expert en responsabilité médicale est soumis aux mêmes exigences qu'il soit missionné par l'ordre judiciaire, administratif ou une CCI. Le recrutement des experts en responsabilité médicale par les tribunaux et les CCI pourrait ainsi être mis en commun²⁰⁰. Les réunions IDS-OA de 2018 ont proposé, sinon d'exclure des listes les médecins n'étant plus en activité, d'associer dans les cas complexes le médecin expert qui ne pratique plus la spécialité médicale à un

¹⁹⁴ M. de la RÉPUBLIQUE, JEAN-PAUL DELEVOYE, *Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire*, op. cit.

¹⁹⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *L'expertise. Rapport de la commission de réflexion* - <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/lexpertise-rapport-de-la-commission-de-reflexion-22179.html>, op. cit.

¹⁹⁶ LOI n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines (1), 2012-409, 27 mars 2012.

¹⁹⁷ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 6 juin 2013, 12-60.585, Inédit* ; *Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 6 juin 2013, 13-60.024, Inédit*.

¹⁹⁸ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 7 juin 2012, 12-60.073, Inédit*, p. 073.

¹⁹⁹ Cour de justice, 17 mars 2011, *Josep Peñarroja Fa*, Affaires jointes C-372/09 et C-373/09.

²⁰⁰ RÉMI PELLET, « Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions », op. cit.

médecin expert praticien de la discipline. Tous deux seraient cosignataires du rapport d'expertise. Ces réunions ont également proposé que dans les disciplines médicales à risques aggravés²⁰¹, l'inscription ou la réinscription sur une liste d'experts soit soumise à l'examen préalable des candidatures par des institutions compétentes dans la spécialité concernée (compagnies d'experts, OA par la HAS et sociétés savantes). Les appréciations portées par ces instances seraient motivées par des éléments objectifs tenant à la formation du candidat, à sa pratique dans la spécialité et à la qualité des expertises qu'il aurait déjà rendues.

Ces propositions, séduisantes sur le papier, sont difficiles à mettre en application. Dans la majorité des cas, le juge civil commet l'expert sans contact préalable. Cela l'expose à un risque plus élevé de récusation de l'expert, conséquence d'un éventuel retard dans le déroulement du procès. Cette absence de contact préalable est le plus souvent la conséquence d'une surcharge de travail des magistrats comme des experts. De fait, le juge a tendance à porter son choix sur les experts qu'il connaît, directement pour avoir lu leurs rapports, ou indirectement en raison de leur notoriété professionnelle. Ceci a pour effet de créer des « sous-listes » ou « listes officieuses » dans certaines juridictions, au détriment d'un renouvellement et d'une saine répartition des missions entre les experts inscrits. Les experts considérés comme les plus « efficaces » se retrouvent surchargés de missions et risquent à terme de devenir des experts dont la « professionnalité » compromet la diligence et la compétence technique. Le juge a aussi tendance à commettre les experts qu'il connaît et apprécie, même si leurs compétences techniques n'embrassent pas l'intégralité du problème posé. Au total, ces travers induisent des retards dans les procédures, les experts devant se récuser, et nuisent à l'objectivité et à l'impartialité des experts. En matière civile, une prise de contact obligatoire entre le juge et l'expert, préalable à la désignation, pourrait être une solution efficace. Mais elle paraît difficile à mettre en place dans les procédures en référé, dont le nombre est en constante augmentation.

Le processus de recrutement et de désignation des médecins experts par les juges, notamment en matière de responsabilité médicale, est très lourdement impacté par la pénurie d'experts. Ce phénomène s'explique par deux grands facteurs : la pénurie médicale et la rémunération des médecins experts judiciaires. En France, le nombre de médecins par habitant n'a augmenté que modestement depuis 2000 et a tout juste suivi le rythme de croissance de la

²⁰¹ Article D4135-2 - Code de la santé publique.

population. Il devrait diminuer au cours des prochaines années, tant en valeur absolue que par habitant, car les médecins qui prendront leur retraite seront plus nombreux que les nouveaux arrivants dans la profession. C'est pourquoi l'Observatoire National de la Démographie des Professions de Santé (ONDPS) recommande en 2021 d'augmenter de 20% supplémentaires par rapport aux cinq années précédentes le nombre d'étudiants admis en faculté de médecine de 2021 à 2025. Du fait de la durée des études et de la formation des médecins, il faudra toutefois une dizaine d'années pour que l'impact d'une augmentation du nombre d'étudiants en médecine se fasse sentir²⁰². Par effet domino, la pénurie globale de médecins entraîne une pénurie de médecins experts. De plus, la faible rémunération des experts judiciaires et pour CCI, en comparaison de leurs confrères conseils pour compagnies d'assurance, ne fait qu'aggraver la situation avec un désintérêt pour la fonction²⁰³. La procédure devant les tribunaux est rallongée par la contrainte pour l'expert de devoir s'assurer d'être rémunéré, avant de convoquer. Hors aide juridictionnelle, l'expert doit solliciter une allocation provisionnelle lorsqu'il est missionné par un tribunal administratif, ou le document attestant du dépôt de la consignation devant un tribunal judiciaire. La pratique quasi systématique du pré-rapport en procédure juridictionnelle, gage de contradictoire, est malheureusement une contrainte pour l'expert. Elle n'existe pas dans les procédures amiables via les CCI.

§2 La désignation des experts en responsabilité médicale par les CCI

Les CCI, mises en place par la loi du 4 mars 2002, sont génératrices de nombreuses expertises en responsabilité médicale. Elles désignent des experts à partir de la liste établie par la CNAMed (a) dont les exigences de recrutement élevées pourraient encore être améliorées (b).

a) La liste des médecins experts pour CCI établie par la CNAMed

La CNAMed, instance indépendante placée auprès des ministres chargés de la justice et de la santé, a été créée par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Elle a une mission décisionnelle par laquelle elle instruit les demandes d'inscription sur la liste nationale des experts en accidents médicaux. La demande d'inscription nécessite la constitution d'un dossier de candidature qui est adressé au

²⁰² OCDE, *Panorama de la santé 2021: Les indicateurs de l'OCDE*, OECD, 2021 ; ONDPS (2021), *Objectifs nationaux pluriannuels de professionnels de santé à former (2021-2025)*, mars 2021.

²⁰³ BÉNÉDICTE PAPIN, RENAUD BOUGEARD, MURIEL DURAND, « Table ronde sur l'expertise en Commission de Conciliation et d'Indemnisation », *op. cit.* ; C. MANAOUIL, M. ARMANDE CARDON et O. JARDÉ, « Sévérité de la Cour des comptes vis-à-vis du dispositif d'indemnisation des accidents médicaux », *op. cit.*

président de la CNAMed, en application de l'article R.1142-30 du CSP²⁰⁴. Les experts inscrits doivent suivre une formation en responsabilité médicale dans les 10 mois suivant leur inscription sur la liste, s'ils n'en ont pas suivi une auparavant. Cette formation de quelques jours est organisée par la CNAMed. L'inscription sur la liste est valable 5 ans. A l'issue de cette période, les experts doivent faire une demande de renouvellement qui sera instruite par la CNAMed comme une première demande. En matière de responsabilité médicale, la CNAMed encourage les CCI à désigner un collège d'experts, inscrit sur la liste nationale. Dans le cadre de ce collège, un des deux experts peut ne pas être inscrits sur la liste nationale mais il est recommandé qu'il figure sur la liste d'experts judiciaires d'une cour d'appel²⁰⁵. L'inscription sur la liste de la CNAMed est donc très rigoureuse et contraignante, participant probablement à la pénurie d'experts en responsabilité médicale.

b) La qualité et les pistes d'améliorations du recrutement des experts en responsabilité médicale par les CCI

Depuis plusieurs années, le nombre d'experts inscrits sur la liste de la CNAMed ne cesse de décroître. Cette pénurie s'explique certes par le caractère contraignant de la procédure d'inscription, mais aussi par la faible rémunération des experts contrastant avec la difficulté technique de ces expertises que nous avons exposée précédemment. Ainsi, le nombre d'experts médecins inscrits sur la liste a été ramené de 247 en 2011 à 200 en 2015²⁰⁶, et à moins de 200 en 2022²⁰⁷. De fait, la désignation d'experts hors liste par les présidents de CCI, initialement exceptionnelle, se généralise²⁰⁸. Pour tenter de lutter contre ce phénomène, l'obligation d'inscription préalable sur une liste de cour d'appel pour prétendre à une inscription sur la liste de la CNAMed a été supprimée, sans grand succès²⁰⁹. En matière de rémunération, la Cour des comptes déplorait en 2017 « *la faiblesse de la rémunération d'une expertise* ». Par ailleurs, par opposition aux tribunaux, la rémunération des experts par

²⁰⁴ MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, *Les experts en accident médicaux* ; Arrêté du 23 décembre 2004 relatif au dossier de candidature prévu à l'article R. 1142-30-1 du code de la santé publique pour l'inscription sur la liste des experts en accidents médicaux.

²⁰⁵ ERIC BACCINO ET COL., *Manuel d'expertises médicales*, *op. cit.*

²⁰⁶ COUR DES COMPTES, *Le rapport public annuel 2017 | Cour des comptes - Tome I - L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux : une mise en oeuvre dévoyée, une remise en ordre impérative*, *op. cit.*

²⁰⁷ BÉNÉDICTE PAPIN, RENAUD BOUGEARD, MURIEL DURAND, « Table ronde sur l'expertise en Commission de Conciliation et d'Indemnisation », *op. cit.*

²⁰⁸ COUR DES COMPTES, *Le rapport public annuel 2017 | Cour des comptes - Tome I - L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux : une mise en oeuvre dévoyée, une remise en ordre impérative*, *op. cit.* ; C. MANAOUIL, M. ARMANDE CARDON et O. JARDÉ, « Sévérité de la Cour des comptes vis-à-vis du dispositif d'indemnisation des accidents médicaux », *op. cit.*

²⁰⁹ Ordonnance n° 2016-967 du 15 juillet 2016 relative à la coordination du système d'agences sanitaires nationales, à la sécurité sanitaire et aux accidents médicaux.

l'ONIAM est transparente. Chaque expert perçoit 700 euros nets et le coût de revient de l'expertise pour l'ONIAM est de 840 euros pour un médecin libéral, 955 euros pour un PU-PH et 1391 euros pour un praticien hospitalier. En 2021, l'ONIAM a revalorisé la rémunération des expertises pour CCI passant de 700 à 900€ nets et 850€ nets pour les médecins non inscrits sur la liste de la CNAMed. Cette incitation financière pour encourager les experts à s'inscrire sur la liste est bienvenue mais la différence de rémunération semble insuffisante pour être une réelle incitation. Cette revalorisation représente un budget supplémentaire au bénéfice des experts médicaux de 4,8 millions d'euros engagés sur 3 ans²¹⁰. La procédure de paiement des expertises par l'ONIAM a le mérite de la simplicité pour les experts, en comparaison aux expertises sollicitées par les tribunaux. La Cour des comptes n'a pas relevé cet avantage pour les experts qui leur permet de convoquer très rapidement les parties après avoir reçu la mission, sans s'interroger sur le paiement de leur expertise. De plus, il n'est en général pas demandé de pré-rapport aux experts par la CCI, contrairement aux tribunaux, ce qui raccourcit le délai de rendu de l'expertise²¹¹.

Le mode de recrutement et la désignation des experts par les CCI présentent donc des avantages et des inconvénients. Pour autant, c'est un système qui satisfait grand nombre de victimes, de magistrats et de médecins. En contrepartie du large service public qu'elle rend à la population, la CNAMed ne dispose que d'une faible masse salariale, financée par la direction générale de la santé (DGS), ne lui permettant pas d'assurer son bon fonctionnement²¹². Il serait temps de mettre le budget nécessaire sur la table si nous souhaitons promouvoir cette instance mise en place par la loi Kouchner avec pour objectif central une meilleure indemnisation des victimes et le désengorgement des tribunaux, saturés par les procédures de responsabilité médicale.

Depuis 2011, plusieurs propositions visant à améliorer la qualité du recrutement des experts pour CCI ont été formulées. L'ANM a proposé que les candidats à l'inscription sur la liste de la CNAMed bénéficient d'un entretien avec des membres de leur spécialité médicale, rapporteurs de la CNCEJ et/ou de la CNAMed. Le rapport de la Cour des comptes de 2017

²¹⁰ ONIAM, *Rapport d'activité* - <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>, *op. cit.*

²¹¹ C. MANAOUIL, M. ARMANDE CARDON et O. JARDÉ, « Sévérité de la Cour des comptes vis-à-vis du dispositif d'indemnisation des accidents médicaux », *op. cit.*

²¹² COUR DES COMPTES, *Le rapport public annuel 2017 | Cour des comptes - Tome I - L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux : une mise en oeuvre dévoyée, une remise en ordre impérative*, *op. cit.*

proposait d'assouplir le recrutement des experts par les présidents de CCI, en supprimant la liste de la CNAMed. Les experts seraient ainsi choisis sur les listes des tribunaux, avec motivation du recours éventuel à un médecin hors liste. Cette proposition n'a pas été retenue par le législateur considérant que la seule inscription sur la liste des experts judiciaires est insuffisante pour garantir la qualité des expertises en matière d'accidents médicaux. Les réunions IDS-OA de 2018 ont alors proposé une fusion des listes des tribunaux et de la CNAMed mais le législateur n'a pour l'instant pas validé cette option²¹³.

Si la qualité du processus expertal en responsabilité médicale dépend de la qualité du recrutement des experts par les juges, il dépend tout autant de la qualité de la mission que le magistrat confie à l'expert.

Section 2 : Qualité de la définition de la mission d'expertise en responsabilité médicale par le juge

La mission de l'expert doit être claire, précise, détaillée et ne peut consister en une délégation générale des pouvoirs du juge pour l'instruction des affaires dont il est saisi. Le juge peut toutefois, à tout moment, accroître ou restreindre l'étendue des mesures d'instruction qu'il a organisées et modifier les termes des missions données à l'expert²¹⁴. La mission de l'expert ne peut être que technique et ne peut porter sur des questions juridiques²¹⁵. La décision du juge nommant l'expert doit impartir le délai dans lequel ce dernier doit donner son avis soit par écrit, soit par oral²¹⁶. Toutefois, si l'expert se heurte à des difficultés qui font obstacle à l'accomplissement de sa mission ou si une extension de celle-ci s'avère nécessaire, il en fait rapport au juge qui peut proroger le délai initialement imparti²¹⁷. Ces règles de procédure civile sont applicables à tous les experts judiciaires, dont les médecins experts en responsabilité médicale. Elles sont générales et larges, laissant la liberté au magistrat de définir la mission adaptée à chaque affaire qu'il doit traiter. La définition de la mission d'expertise par le juge est déterminante dans la qualité de l'expertise en responsabilité médicale puisqu'elle est un véritable « cahier des charges » pour le médecin expert. Au fil du temps, afin d'uniformiser les pratiques, des normes techniques basées sur des barèmes

²¹³ RÉMI PELLET, « Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions », *op. cit.*

²¹⁴ Chapitre V, Section IV, Sous-section I : La décision ordonnant l'expertise. (Articles 264 à 272).

²¹⁵ Article 238 - Code de procédure civile.

²¹⁶ Article 282 - Code de procédure civile.

²¹⁷ « Expert - Fiches d'orientation - septembre 2021 | Dalloz ».

médico-légaux sont apparues pour donner un cadre aux missions d'expertises en responsabilité médicale (§1) qui continuent d'évoluer avec l'évolution des pratiques médicales (§2).

§1 : La valeur juridique des normes techniques en expertise de responsabilité médicale

Nous avons expliqué que la finalité de l'expertise en responsabilité médicale est double : évaluer la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement dans la génération d'un dommage et quantifier ce dommage dans le but de le réparer. Dans notre société, la réparation du dommage se fait majoritairement par une indemnisation financière. La qualité des outils d'évaluation du dommage corporel à la disposition de l'expert est donc fondamentale pour permettre au juge d'indemniser correctement et équitablement la victime. Ces outils ou normes techniques, ont été développés par la médecine et la justice. Leur variété est réelle (a) et à leur portée juridique variable (b).

a) Variété des normes techniques de l'expertise en responsabilité médicale

Les normes techniques de la pratique médico-légale sont dénommées barèmes, guides ou encore échelles de valeurs. Parmi ces barèmes existent le barème d'invalidité, les barèmes dits de « droit commun », les différents barèmes établis dans le cadre des assurances individuelles, le barème d'évaluation des taux d'incapacité des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales²¹⁸, ou encore le guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique. Certains barèmes ont une analyse plus anatomique (barème du Concours médical), d'autres plus fonctionnelle des séquelles (barème d'évaluation médicale des accidents médicaux). La Cour de cassation ne tente pas d'unifier ces différents outils puisque plusieurs arrêts utilisent indifféremment les noms de « barème », « référentiel », « nomenclature » ou encore « normes », « recueils de pratiques » et « usages »²¹⁹. En expertise de responsabilité médicale, les normes techniques permettant l'évaluation du dommage corporel sont principalement représentées par les barèmes médico-légaux d'une part et la nomenclature Dintilhac d'autre part.

L'évolution des barèmes médico-légaux ayant conduit à leur structure actuelle a débuté peu de temps après la révolution française. Les codes napoléoniens permirent la séparation du

²¹⁸ CSP, art. D. 1142-2, issu du D. n° 2003-462, 21 mai 2003, relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du CSP.

²¹⁹ COUR DE CASSATION, *Étude 2018 : « Le rôle normatif de la Cour de cassation »*, 2018.

droit pénal et du droit civil et presque toute personne physique devint civilement responsable. Vis-à-vis d'un dommage corporel, les procédures civiles et pénales cohabitent si le fait générateur est commis dans le cadre d'une infraction. Dans le même temps, la révolution industrielle a généré des accidents de plus en plus nombreux. En réponse à ce besoin juridique nouveau a été créé le « barème accident du travail », pionnier des barèmes actuels. Dès lors, le droit du dommage corporel a connu une évolution très rapide et une multitude de barèmes a vu le jour. En matière de responsabilité médicale, ce sont les barèmes de droit commun qui sont majoritairement utilisés. Les premiers barèmes de droit commun furent ceux de la revue du Concours Médical, bien que des barèmes officiels commentés les aient précédés, en particulier le barème de Mayet-Rey-Mathieu-Padovani, rédigé en 1925²²⁰. Les travaux dirigés par le Dr Pierre Arrivot, sous l'égide du Concours Médical, aboutirent à un premier barème le 28 novembre 1959. Sous la direction du Dr Claude Rousseau, un « barème indicatif des incapacités en droit commun » voit le jour le 17 mai 1980. Il est ensuite modifié et publié le 19 juin 1982 sous l'intitulé « Barème fonctionnel indicatif des incapacités en droit commun ». Ce barème devient très vite la référence de la majorité des experts en responsabilité médicale. Sa quatrième édition, publiée en mai 1993, est renommée « *barème indicatif des déficits fonctionnels séquellaires en droit commun* ». Ce nouveau changement de titre tient dans le fait qu'il a été construit conjointement avec la société de médecine légale et de criminologie française. Il marque un changement de conception dans l'évaluation de l'incapacité qui devient centrée sur le retentissement fonctionnel de la lésion. Une cinquième édition a été réalisée en 2002. Elle réajuste l'évaluation médicale sur la définition européenne de l'incapacité dénommée Atteinte Permanente à l'Intégrité Physique ou Psychique (AIPP). Sa considération comme référence de la part des législateurs est renouvelée par la loi 2002-303 du 4 mars 2002 qui l'annexe au CSP par le décret 2003-314 du 4 avril 2003 relatif aux critères de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du CSP. Pour finir, l'année 2005 voit apparaître une sixième édition rebaptisée « *barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité en droit commun* ». Parallèlement, le premier barème de la société française de médecine légale et de criminologie (SMLC) naît en 1987. La SMLC décide alors d'élaborer, avec le concours de tous les médecins acteurs dans la réparation du dommage corporel, un barème indicatif des incapacités fonctionnelles en droit commun. Sous la direction du Pr Cotte, ce premier barème est publié en 1991 et intitulé « *Barème proposé par la Société de médecine légale et de*

²²⁰ P. PONET, « Remettre les corps en ordre : entre savoirs et pouvoirs. La "professionnalisation" de l'évaluation médicale du dommage corporel », *Revue française de sociologie*, vol. 48, n° 3, 2007, pp. 477-517.

criminologie de France ». En 1993, la SMLC co-publie le « *barème indicatif des déficits fonctionnels séquellaires en droit commun* » avec le concours médical. En 2000, elle change de collaborateur au profit de multiples corporations de médecins experts, principalement l'Association des médecins experts en dommage corporel (AMEDOC). Cette 3^e édition, nommée « *barème d'évaluation médico-légale* », met en avant l'approche fonctionnelle par appareil en comparaison de l'approche lésionnelle²²¹. En matière de procédure amiable via les CCI et l'ONIAM, c'est le barème intitulé « *barème d'évaluation des taux d'incapacité des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales* » qui est utilisé, qui correspond en réalité à la 5^e édition du barème du concours médical. Les barèmes médico-légaux sont ainsi des outils pour le médecin expert, lui permettant de répondre à la mission d'évaluation du dommage corporel que lui confie le magistrat. Parallèlement à l'évolution des barèmes médico-légaux, la justice a uniformisé l'indemnisation du dommage corporel. Pour cela, la Chancellerie a proposé une nomenclature en 2005, sous la direction du président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, Monsieur Jean-Pierre Dintilhac.

Le 28 octobre 2005, Monsieur Dintilhac a remis son rapport au Garde des Sceaux, proposant une nomenclature des préjudices corporels, dite « nomenclature Dintilhac »²²². Elle a pour objectif de guider les praticiens de l'indemnisation en répertoriant les postes d'indemnisation selon des définitions qui peuvent être communément partagées. La réforme opérée par l'article 25 de la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 implique la liquidation du dommage corporel en soustrayant de l'indemnité due au titre de chaque chef de préjudice, la part éventuelle revenant aux tiers-payeurs dès lors qu'ils ont versé une prestation correspondante. La nomenclature Dintilhac constitue à cet égard une référence majeure, utilisable par l'ensemble des acteurs de l'indemnisation du dommage corporel. Elle offre une définition juridique harmonisée des différents postes de préjudices.

b) Portée juridique des normes techniques de l'expertise en responsabilité médicale

Dix sept ans après sa création, malgré son usage généralisé, l'évolution des postes de préjudices et les réformes intervenues dans le domaine de l'indemnisation du dommage

²²¹ M. FAISANT, F. PAPIN-LEFEBVRE, P. LABURTHER-TOLRA et C. ROUGÉ-MAILLART, « Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 2 : les barèmes contemporains en France », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 4, n° 4, 1 décembre 2013.

²²² JEAN-PIERRE DINTILHAC, *Elaboration d'une nomenclature des préjudices corporels*.

corporel, la valeur juridique de la nomenclature Dintilhac continue d'interroger la doctrine. En théorie, elle n'a aucune valeur législative ou réglementaire et appartient à la catégorie du droit souple, tout comme les recommandations et référentiels de bonnes pratiques établis par la HAS. Pour autant, d'après Matthieu Robineau, sa valeur juridique ne semble plus pouvoir être niée²²³. En effet, une circulaire du ministère de la Justice invite les juridictions de l'ordre judiciaire à s'y reporter²²⁴. Le ministère de la Justice la considère comme une « *référence majeure, utilisable par l'ensemble des acteurs de l'indemnisation du dommage corporel* » et plusieurs réponses ministérielles insistent sur le rôle de référentiel de cette nomenclature. Ainsi, même si son identité demeure incertaine, on ne saurait nier sa valeur de norme juridique. Depuis 2013 elle est utilisée aussi bien par le juge judiciaire que par le juge administratif²²⁵. Grâce à la jurisprudence des hautes juridictions, la nomenclature Dintilhac dispose d'une force obligatoire, évitant que la définition de chaque poste de préjudice ne relève du pouvoir souverain des juges du fond. La Cour de cassation a ainsi instauré un contrôle direct des postes de préjudice, reprenant à son compte les définitions de la nomenclature Dintilhac²²⁶. Dans un arrêt d'assemblée plénière du 19 décembre 2003 elle a également remis en cause le contenu donné à la notion de préjudices personnels et opté pour une définition qui sera reprise par la nomenclature Dintilhac de 2005²²⁷. Le mouvement initié par la haute juridiction a été rapidement suivi par les organismes d'indemnisation extrajudiciaire, en particulier l'ONIAM. La CNAMed a ainsi demandé aux CCI de procéder selon les préconisations du rapport Dintilhac. Le référentiel indicatif d'indemnisation de l'ONIAM précise que la liste des postes de préjudice sur lequel il s'appuie est celle du rapport Dintilhac. Le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI) a également choisi d'appliquer la nomenclature Dintilhac pour formuler ses offres. Nous pouvons ainsi considérer en 2022, que malgré son appartenance au droit souple, personne ne remet en question le caractère normatif de cette nomenclature. Il n'existe pas de consensus similaire à propos des barèmes médico-légaux de droit commun.

En l'absence de dispositions légales ou réglementaires déterminant l'origine des données acquises de la science et la méthodologie de mesure du dommage corporel, ce sont les

²²³ M. ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », *La Semaine juridique - édition générale*, n° 22, 31 mai 2010, p. 612.

²²⁴ Circ. n° 2007-05, 22 févr. 2007 - Bulletin officiel n° 2007-02 du 30 avril 2007.

²²⁵ Conseil d'État, 16 décembre 2013, *Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 16/12/2013, 346575, Publié au recueil Lebon, 346575, Publié au recueil Lebon*.

²²⁶ COUR DE CASSATION, *Étude 2018 : « Le rôle normatif de la Cour de cassation »*, 2018, p. 214.

²²⁷ *Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 19 décembre 2003, 02-14.783, Publié au bulletin*.

médecins experts qui déterminent quels sont les données scientifiques et outils techniques nécessaires à l'évaluation des faits²²⁸. Il n'existe pas de réel consensus sur les outils médico-légaux visant à mesurer l'étendue du dommage corporel en droit commun. La Cour de cassation n'exerce ainsi aucun contrôle sur ce que les juges du fond considèrent comme une donnée acquise de la science²²⁹. Les outils médico-légaux détaillés précédemment ont été en grande partie élaborés grâce au travail des commissions de réflexion de l'AREDOC, composées d'assureurs et de médecins-conseils d'assurance. Les avocats et médecins-conseils de victimes critiquent fortement le fait que le contenu des postes de préjudices ait été formaté par ces derniers, allant parfois à l'encontre de l'esprit initial de la nomenclature Dintilhac. Pourtant, ces outils médico-légaux issus de la pratique n'ont pas, en principe, de force obligatoire. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de rappeler que les normes techniques retenues par le technicien peuvent être discutées et remises en cause par les parties, ses conclusions ne liant pas le juge²³⁰. Cependant, en l'absence d'autres normes techniques équivalentes et sans intervention du législateur pour fixer une méthodologie de l'évaluation médicale du dommage corporel en droit commun, les normes techniques établies par l'AREDOC s'imposent. La création récente de l'ANADOC devrait entraîner une discussion contradictoire devant l'expert quant aux choix des outils techniques de mesure du dommage corporel²³¹. Nous constatons que les normes techniques d'évaluation du dommage corporel à la base des missions d'expertise en responsabilité médicale sont évolutives.

§2 Perspective d'évolution des normes techniques et des missions d'expertise en responsabilité médicale

Depuis leur création, l'évolution des outils médico-légaux d'évaluation du dommage corporel (a), et par conséquent celle des missions confiées par le juge à l'expert, (b) est constante.

a) Évolution des outils médico-légaux d'évaluation du dommage corporel

L'évaluation du dommage corporel ne fait pas toujours appel à des barèmes. En Angleterre, il n'existe pas de système barémique, l'expert décrit les séquelles et leur

²²⁸ AMEL GHOZIA, *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire*.

²²⁹ PIERRE SARGOS, *Rapport de la cour de cassation 1996*, p. 197, 1997.

²³⁰ Cour de cassation, 13 juin 2017, *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 juin 2017, 17-80.641, Publié au bulletin*, 17-80.641, *Publié au bulletin*.

²³¹ AMEL GHOZIA, « Normes techniques en expertise médicale : valeur et rôle juridiques | La base Lextenso », *Les Petites Affiches*, n° Juin 2021, <https://www-labase-lextenso-fr.passerelle.univ-rennes1.fr/petites-affiches/LPA200y8>, consulté le 28 avril 2022.

retentissement sur la vie de la victime. En France en revanche, le dommage corporel est mesuré à l'aide d'outils médico-légaux qui se présentent sous forme d'une notice ou d'une fiche technique. Certes le juriste n'est pas compétent pour réaliser une telle évaluation, mais il doit rester vigilant quant à l'utilisation de ces outils car l'expertise médicale est une phase cruciale au sein du processus d'indemnisation du dommage corporel. Sa qualité influence grandement l'indemnisation finale de la victime. De plus, l'évaluation barémique n'est pas une science exacte et ne doit pas devenir une norme contraignant l'expert. Comme le disent Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon : « *un barème médical d'évaluation est une échelle de mesure dont la rigidité arithmétique semble très réductrice de la complexité du corps humain qui détermine toute la richesse spirituelle, intellectuelle, sensorielle, affective, professionnelle, ou simplement matérielle et ludique de la vie d'un individu. Celle-ci ne se découpe pas en tranches de centièmes* »²³². Il est donc important que l'expert complète les valeurs et les taux retenus par une description et une justification précises des séquelles, permettant au juge de personnaliser l'indemnisation de chaque victime.

Les outils juridiques de mesure du dommage corporel actuel présentent des limites. Elles résident principalement dans la variabilité d'indépendance et d'impartialité des producteurs de ces outils et dans la multiplication des barèmes médicaux, source d'inégalité entre les victimes. Aujourd'hui on constate une volonté d'harmonisation des pratiques. Au niveau européen, un barème a été créé en 2006 (*barème européen d'évaluation médicale des atteintes à l'intégrité physique et psychique*), devenant la référence en matière d'évaluation des accidents du travail et de la vie privée des fonctionnaires européens. Au niveau national, une proposition de loi du 5 novembre 2009 en faveur d'un barème unique a été votée en première lecture à l'unanimité à l'Assemblée nationale le 16 février 2010 mais son examen n'a jamais été réalisé après transmission aux parlementaires du Palais du Luxembourg²³³. Bien que l'approche descriptive du dommage corporel utilisée en Angleterre paraît plus conforme à la définition du handicap retenue par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)²³⁴, favorisant l'évaluation *in concreto* du dommage, le législateur français semble se diriger vers une approche plus « automatisée » de l'évaluation financière du préjudice corporel. Ainsi, l'expérimentation du traitement automatisé de données à caractère personnel nommé

²³² YVONNE LAMBERT-FAIVRE et STÉPHANIE PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel ; systèmes d'indemnisation (8e édition)* - Dalloz Librairie PARIS, 2015.

²³³ « Journal officiel du Sénat du 22 novembre 2012, p. 2679 ».

²³⁴ OMS, « Handicap et santé », <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>.

« DataJust » a été instauré par un décret n° 2020-356 du 27 mars 2020. D'après le décret, les finalités de « DataJust » étaient « *le développement d'un algorithme destiné à permettre l'évaluation rétrospective et prospective des politiques publiques en matière de responsabilité civile et administrative, l'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels, l'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges, ainsi que l'information ou la documentation des juges appelés à statuer sur des demandes d'indemnisation des préjudices corporels* »²³⁵. Finalement, après un accueil très froid des professionnels du droit considérant le rôle d'évaluation des juges supplanté par cet algorithme d'intelligence artificielle, l'expérimentation du « DataJust » a été officiellement abandonnée le 13 janvier 2022. Le ministère de la justice a officiellement déclaré que « *le préjudice corporel est lui-même intrinsèquement très compliqué, avec 40 dimensions à prendre en compte, et la mobilisation de moyens (notamment pour étudier et prévenir les biais algorithmiques), était trop conséquente pour atteindre un niveau de performance indiscutable* ». Malgré cet abandon, l'avènement de l'intelligence artificielle et la pression financière des assureurs en responsabilité médicale feront probablement naître un nouveau projet de ce type dans les années à venir. Comme le soulignait Amel Gozhia en 2021, « *à l'ère du recours à l'intelligence artificielle, la mise en place du DataJust risque de bouleverser les fondements de la réparation du préjudice corporel d'une part, et d'accroître la portée normative de l'expertise médicale dans l'évaluation juridique du préjudice corporel d'autre part* »²³⁶. Dans un système similaire au « DataJust », la qualité de l'évaluation du dommage corporel par l'expert en responsabilité médicale impacterait quasi-directement l'indemnisation de la victime, limitant à l'extrême le pouvoir souverain des juges déjà encadré par la nomenclature Dintilhac.

Nous avons montré précédemment que la valeur juridique de la nomenclature Dintilhac continue de faire débat. Depuis quelques années est évoquée une officialisation de cette nomenclature, prévue par tous les projets actuels de réforme de la responsabilité civile²³⁷ qui, sanctuarisant les définitions des postes de préjudices, laisserait moins de place aux

²³⁵ Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust », 2020-356, 27 mars 2020.

²³⁶ AMEL GHOZIA, « Normes techniques en expertise médicale : valeur et rôle juridiques | La base Lextenso », *op. cit.*

²³⁷ SÉNAT, V. en dernier lieu la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, art. 1272.

interprétations parfois contestables de leur contenu²³⁸. Le principe de réparation intégrale des dommages n'est pas inscrit dans un texte normatif. C'est la jurisprudence qui l'a mis en évidence. Déjà en 1954, la Cour de cassation affirmait que « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »²³⁹. Les juges déduisent ce principe des articles du Code civil à propos de la responsabilité civile (articles 1240 à 1252 pour la responsabilité délictuelle et article 1231-1 pour la responsabilité contractuelle). Selon le principe de non-cumul des indemnisations, afin que tout le dommage et rien que le dommage ne soit réparé, chacun des préjudices qui en découle doit être réparé sans qu'un seul ne puisse être réparé deux fois. C'est l'intérêt de la nomenclature Dintilhac prévoyant tous les préjudices susceptibles d'être la conséquence du dommage, quitte à créer des rubriques assez larges. Il est possible d'imaginer une évolution dans à base de référentiels permettant de délimiter les rubriques de cette nomenclature. L'évolution de l'expertise en responsabilité médicale a fait apparaître, sur la base de la nomenclature Dintilhac, des missions d'évaluation de supposition (perte de chance) voire de prédiction (expertise de dangerosité). Il paraît discutable que l'expert puisse affirmer avec certitude que, sans faute médicale commise, le patient n'aurait pas présenté de dommage. Pourtant, ce « retard fautif » est indemnisé au titre de la notion de perte de chance. Ce préjudice n'est réparable que si les chances perdues sont « sérieuses ». L'expert doit procéder à la détermination et à l'évaluation de ces chances en termes de probabilité, ce qui relève souvent d'une logique de supposition²⁴⁰. Ces évolutions de la nomenclature Dintilhac montre son caractère souple et évolutif et il ne faut pas douter que l'évolution de la société continuera de remodeler cette norme et de facto les missions d'expertises ordonnées par les juges.

b) L'évolution de la définition des missions d'expertises par les juges et les présidents de CCI

La définition de la mission d'expertise par le juge est un « cahier des charges » pour l'expert. Sa qualité et sa compréhension impactent nécessairement la qualité de l'expertise en responsabilité médicale. Depuis la loi du 4 mars 2002, plusieurs propositions visant à améliorer les missions d'expertises en responsabilité médicale ont été faites. Les

²³⁸ Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel. Autres regards que celui de l'assureur - Philippe Donnou, Yann Ferguson, Eric Péan, *op. cit.*

²³⁹ Civ. 28 octobre 1954, Bull. Civ. 1954, II, n°328, JCP 1955.II.8765, note Savatier, D. 1954 somm. 32.

²⁴⁰ B. PY, « Expert: un métier, une fonction, une adulation », *op. cit.*

recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire de 2007²⁴¹ ont proposé que le juge invite les parties à définir de manière claire et précise la mission dont elles demandent l'exécution. Elles suggèrent que les parties puissent vérifier que le projet de mission est conforme aux textes applicables à l'espèce et relève du domaine de la compétence technique de l'expert²⁴². Elles ont également incité les juges de recourir à des missions-types dans les cas simples et répétitifs, ainsi que dans certains cas complexes. Les juges et les parties devraient s'y référer le plus souvent possible. Il a été rappelé que le juge doit dans tous les cas détailler la mission confiée à l'expert en lui rappelant de préciser contradictoirement sa méthodologie, ses honoraires et le calendrier prévisionnel de ses opérations. En cas de difficulté ou de nécessité d'une extension de sa mission, l'expert doit en référer au juge²⁴³.

En 2009, le Médiateur de la République a proposé de mettre à la disposition des magistrats une assistance technique médicale afin de l'éclairer sur les conditions de réalisation de la mission d'expertise envisagée en matière d'intervenants nécessaires, de délai et de coût prévisible.

La commission ministérielle de réflexion sur l'expertise de 2011²⁴⁴ a constaté que l'imprécision de la mission peut être source de difficultés et que l'obligation pour le demandeur de proposer une mission précise relève des bonnes pratiques qui devraient figurer dans les chartes de la magistrature. Le rapport préconisait en matière civile que le juge communique à l'expert un projet de mission pour favoriser la discussion contradictoire sur la définition de la mission. Il proposait également d'élaborer en matière civile et pénale des missions type, mise à disposition des experts et des juges sur les sites du ministère de la justice et de la Cour de cassation.

Les débats de 2018 IDS-OA ont proposé que les experts acceptant une mission doivent justifier cette acceptation en indiquant précisément en quoi ils sont spécialement compétents en l'espèce. Un débat contradictoire sur la qualification de l'expert avant qu'il n'entame sa mission pourrait être un gage de qualité du rapport d'expertise. Les débats de 2018 ont également proposé d'inclure dans les missions d'expertises en responsabilité médicale l'obligation pour l'expert de faire apparaître dans son rapport les niveaux de preuves (tels

²⁴¹ N. SILLON, « Conférence du consensus 2007 - Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile », *EEEI - Experts Institute*, 7 décembre 2007, <https://experts-institute.eu/expertise-loi-et-jurisprudence/conference-consensus-2007-bonnes-pratiques-juridictionnelles-de-lexpertise-civile/>, consulté le 8 août 2022.

²⁴² Article 266 - Code de procédure civile.

²⁴³ Article 279 - Code de procédure civile.

²⁴⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *L'expertise. Rapport de la commission de réflexion - <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/lexpertise-rapport-de-la-commission-de-reflexion-22179.html>*, op. cit.

qu'utilisés par la HAS) des études scientifiques à l'appui de ses conclusions L'application de cette méthode permettrait, selon les membres de l'IDS et des OA, d'éviter que la notoriété des experts ne l'emporte sur la rigueur de leur argumentation²⁴⁵. La mission d'expertise est ainsi cadrée par des normes, normes évolutives, mais donnant un cadre pour l'indemnisation des victimes de dommage corporel. Elle permet d'uniformiser les rapports d'expertise. Pour autant, l'interprétation du rapport reste à la libre appréciation du juge.

Chapitre 2 : La qualité de l'interprétation du rapport d'expertise par le magistrat

Tout comme le magistrat est libre dans l'ordonnance de la mission d'expertise, il n'est pas lié par les constatations et les conclusions de l'expert²⁴⁶. Nous montrerons la réalité de l'indépendance du juge dans son interprétation du rapport d'expertise (section 1) et ses limites (section 2).

Section 1 : Le magistrat face au rapport d'expertise

« Le jugement c'est le relatif. Le juste c'est l'absolu. Réfléchissez à la différence entre un juge et un juste », L'Homme qui rit, Victor Hugo.

§1 L'indépendance du magistrat face au rapport d'expertise

L'homme de droit juge sur des faits (a) dont fait partie l'expertise médicale. Il est souverain pour les apprécier et rendre sa décision avec son intime conviction (b).

a) La justice fondée sur les faits

La justice moderne respecte toujours l'adage latin *« Da mihi factum, dabo tibi jus »* (donne-moi le fait, je te donnerai le droit). La société donne au juge le pouvoir de tirer des conséquences fondées sur la loi des faits qui lui sont soumis. Les « faits de l'espèce » sont le socle de toute construction qui aboutit au jugement et ce quelque soit la matière.

En matière pénale, les faits sont ceux poursuivis par la société et susceptibles de constituer une infraction : *« Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne*

²⁴⁵ C. RACINET et C. CATTEAU, *La qualité de l'expertise médicale en question*, op. cit. ; RÉMI PELLET, « Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions », op. cit.

²⁴⁶ Code de procédure civile - Art. 246 | Dalloz.

sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement »²⁴⁷. La Cour de cassation rappelle régulièrement que tout jugement ou arrêt en matière pénale doit énoncer les faits dont le prévenu est jugé coupable, et constater l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction²⁴⁸. Au fait, élément premier, doit s'ajouter l'élément intentionnel²⁴⁹. Il appartient ensuite au juge du fond de qualifier les faits qui lui sont soumis, le magistrat étant à la fois maître et esclave des faits²⁵⁰.

En matière civile, les faits sont le sujet de la section III du chapitre I du code de procédure civile : « à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder », « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat » et « le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige »²⁵¹. Après que les faits aient été invoqués par les parties, ils sont qualifiés par le juge, ce dernier ayant le devoir de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits²⁵².

La loi donne ainsi au juge le pouvoir d'apprécier les conclusions de l'expert sans être lié par elles²⁵³. Ce pouvoir, associé au souci fondamental du magistrat de bien juger, fait que son premier souci est de comprendre les données du problème et la manière de le résoudre. L'expertise en responsabilité médicale est un fait que le juge doit apprécier, et vis à vis duquel il garde son entière indépendance. C'est la qualité de l'expertise en question qui va guider le magistrat dans son interprétation de celle-ci.

b) L'indépendance réelle du magistrat face au rapport d'expertise

Le CPC est clair sur l'indépendance du magistrat face au rapport d'expertise : « le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien »²⁵⁴. La Cour de cassation a confirmé cela en déclarant que « si le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert, il est libre de les faire siennes et d'apprécier souverainement leur objectivité, leur valeur et leur portée »²⁵⁵. Elle ajoute : « il appartient au juge de rechercher dans les rapports d'expertise tous les éléments de preuve de nature à établir sa conviction sans être tenu de suivre les

²⁴⁷ Article 111-3 - Code pénal.

²⁴⁸ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 15 octobre 1991, 90-80.060, Inédit.

²⁴⁹ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 6 février 2001, 00-82.434, Publié au bulletin.

²⁵⁰ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 1er juillet 1997, 96-83.433, Publié au bulletin.

²⁵¹ Section III : Les faits. (Articles 6 à 8 code de procédure civile).

²⁵² Article 12, alinéa 2 - Code de procédure civile, p. 2.

²⁵³ Article 246 - Code de procédure civile.

²⁵⁴ Code de procédure civile - Art. 246 | Dalloz.

²⁵⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 12 novembre 1985, 83-17.061, Publié au bulletin.

experts dans leurs conclusions »²⁵⁶. La haute juridiction a aussi reconnu le droit au juge de s'approprier l'avis de l'expert, même si celui-ci a exprimé une opinion excédant les limites de sa mission²⁵⁷. Ces éléments montrent bien la volonté de donner une « liberté » au magistrat vis à vis du rapport d'expertise, élément de preuve au même titre qu'un autre sur le plan juridique.

Plus le juge va gagner en expérience, plus il va enrichir ses connaissances dans un domaine technique. Un magistrat jugeant des affaires en matière de responsabilité médicale depuis de nombreuses années sera probablement plus à même de différencier un bon rapport d'un mauvais rapport d'expertise. Ainsi, l'expérience du magistrat est probablement à l'origine de la qualité de son appréciation de la preuve expertale. Le juge doit absolument développer son « sens logique » qui lui permettra de départager les thèses qui s'opposent au gré des expertises. Cette analyse logique est une contrepartie nécessaire au pouvoir souverain d'appréciation du magistrat, régulièrement rappelé par toutes les chambres de la cour de cassation²⁵⁸. La force probante de l'expertise médicale et la capacité d'évaluation du rapport par le magistrat sont probablement des facteurs limitant son indépendance.

§2 Les limites de l'indépendance du magistrat face au rapport d'expertise

Alexandre Lacassagne évoquait déjà au XIX^e siècle l'importance de la preuve expertale : « *Enfin, ce que les juges attendent surtout du médecin, c'est une déposition courte, claire et précise dans laquelle il soutiendra fermement les conclusion d'un rapport qui est souvent la seule base de l'accusation* »²⁵⁹. Si les choses ont quelque peu évoluées, l'expertise reste un élément majeur du procès, particulièrement en matière médicale. L'indépendance des juges vis à vis du rapport d'expertise est limitée par sa valeur probante (a) et par le risque de sanction pour dénaturation du rapport d'expertise (b).

²⁵⁶ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 14 décembre 1983, 82-15.887, Publié au bulletin ; Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 17 avril 1975, 73-14.042, Publié au bulletin.

²⁵⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 5 mars 2003, 00-21.931, Publié au bulletin.

²⁵⁸ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 septembre 2017, 16-19.643, Publié au bulletin, à propos du grade d'insuffisance aortique retenu par les experts d'une patiente traitée par le Médiateur ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 octobre 2017, 14-18.118, Publié au bulletin, à propos du vaccin contre l'hépatite B ; Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 28 mars 2018, 17-86.938, Publié au bulletin, à propos d'une expertise psychiatrique.

²⁵⁹ A. LACASSAGNE, *Les Médecins-experts devant les Tribunaux, et les honoraires des médecins d'après le décret du 21 nov. 1893*, op. cit.

a) La valeur probante du rapport d'expertise

« Racontez n'importe quelle histoire à quelqu'un. Si vous ne l'arrangez pas, on la trouvera incroyable, artificielle. Arrangez-la et elle fera plus vraie que nature », Les mémoires de Maigret, Georges Simenon.

Le magistrat n'a pas les connaissances techniques de l'expert en responsabilité médicale. Il lui est souvent impossible de distinguer les vraies des fausses preuves expertales. L'affaire *Hayum* est un exemple flagrant d'un dysfonctionnement de la preuve expertale avec pas moins de quatre expertises successives en vingt ans de procédure, pour finalement innocenter le gynécologue obstétricien²⁶⁰. C'est aussi un exemple qui illustre la force de la preuve expertale en matière de responsabilité médicale. En 2003, le Professeur Jacques Hureau, expert judiciaire près la cour d'Appel de Paris déclarait : « *les conclusions d'experts sont recopiées in extenso dans les jugements au fond. Les magistrats ont confiance en la vérité médicale lorsqu'elle est bien exposée, et ils en font alors une vérité judiciaire : des arguments de fait, ils tirent des arguments de droit. Bien sûr, il y a de bons et de mauvais experts, comme il existe de bons et de mauvais journalistes. Mais, dans l'ensemble, les rapports en responsabilité médicale sont bons et les magistrats les suivent* »²⁶¹. A travers ses propos, on comprend la limite de l'indépendance de l'homme de droit vis à vis du rapport de l'expert. Le juge est souvent bien incapable d'estimer la qualité technique du rapport et se réfère aux conclusions de l'expert. Dans ce contexte, comment prémunir le magistrat des fausses preuves expertales ? Comme nous l'avons développé précédemment, il est primordial que le rapport d'expertise s'appuie sur des faits prouvés scientifiquement, avec un haut niveau de preuve. Il est tout aussi fondamental que les magistrats soient formés pour repérer les rapports scientifiquement solides. Les hommes de lois ne devraient plus tenir compte des conclusions expertales ne s'appuyant pas sur des articles médicaux référencés, annexés au rapport d'expertise, associés à leur niveau de preuve. Cela augmenterait l'indépendance du juge face à la preuve expertale²⁶².

Jean Guigue, Président honoraire du tribunal de grande instance de Bobigny, s'indigne de la

²⁶⁰ « Un médecin est lavé d'une faute après vingt ans de procédure », *Le Monde.fr*, 13 mars 2006, https://www.lemonde.fr/societe/article/2006/03/13/un-medecin-est-lave-d-une-faute-apres-vingt-ans-de-procedure_750163_3224.html, consulté le 6 août 2022.

²⁶¹ « Le Pr Jacques Hureau, président des experts médicaux : « La vérité médicale devient vérité judiciaire » », *Le Quotidien du Médecin*, 26 novembre 2003.

²⁶² C. RACINET et C. CATTEAU, *La qualité de l'expertise médicale en question*, op. cit.

« *tendance regrettable de notre système judiciaire [à] sacraliser l'expertise* »²⁶³. Il considère que les conclusions de l'expert s'imposent au juge et prennent le pas sur tout autre mode de preuve pouvant lui être soumis. D'après lui, l'expertise doit rester un moyen de preuves parmi d'autres. Il considère que la sacralisation de la preuve expertale est la conséquence de deux phénomènes. D'une part, l'absence de spécialisation des magistrats les conduisant à s'en remettre aveuglément à l'avis du technicien. La création de pôles spécialisés en matière de droit médical permettrait certainement à des magistrats hautement spécialisés de procéder à des examens plus approfondis des rapports d'expertise. D'autre part, la pénurie de magistrats et de médecins experts engendre un microcosme avec des relations étroites qui se tissent et modifient l'interprétation des rapports par les juges. Certains auteurs soutiennent que la procédure britannique dans laquelle les parties choisissent elles-mêmes leurs experts inciterait les juges à plus de vigilance dans l'appréciation des problèmes techniques. Certains arrêts de la Cour de cassation vont dans ce sens en permettant au juge d'apprécier des éléments techniques qui n'ont pas fait l'objet d'un examen contradictoire au cours de l'expertise judiciaire²⁶⁴. Il serait probablement nécessaire de redonner au juge, mais aussi aux parties et aux avocats, un rôle plus critique et plus dynamique dans la conduite des litiges à caractère technique. L'expert doit éclairer le juge sur des questions techniques mais il appartient à ce dernier de garder la maîtrise de l'ensemble du dossier.

Le juge peut prononcer la nullité du rapport d'expertise pour faute de procédure, il ne peut le faire concernant le fond de l'expertise. Le magistrat peut ne pas tenir compte des conclusions de l'expert mais ne doit pas les modifier. Il commettrait alors une faute de droit en dénaturant le rapport d'expertise. C'est une autre limite à son indépendance vis à vis des conclusions expertales.

b) La dénaturation du rapport d'expertise par le juge

Le juriste prenant connaissance d'un rapport d'expertise peut comprendre l'essentiel du message qui lui est présenté. Pour autant, il est moins certain qu'il en saisisse toutes les nuances, qu'il perçoive toutes les subtilités d'un langage spécifique, étranger à sa discipline. Or, c'est sur cette base qu'il devra axer sa défense et rendre un jugement²⁶⁵. Comme l'analyse

²⁶³ JEAN GUIGUE, « Rendre au juge sa place en matière d'expertise », *La Gazette du Palais*, vol. 30 juill. 2015, n° 211.

²⁶⁴ *Cour de cassation, Chambre mixte, 28 septembre 2012, 11-18.710, Publié au bulletin.*

²⁶⁵ G. JOSEPH et P. LUCAS, *L'expertise médicale. Clés de lecture pour le juriste*, Louvain-La Neuve, Anthemis, 2016.

justement Domitille Duval-Arnoult, conseillère doyenne de la première chambre civile de la Cour de cassation, « *il existe un risque non négligeable soit de dénaturation du rapport d'expertise, en ne retenant que certains éléments sur lesquels l'expert n'a pas fondé son raisonnement, soit que le juge en vienne à analyser lui-même des pièces médicales ou à réécrire l'histoire médicale et sorte de son champ de compétence* »²⁶⁶.

La Cour de Cassation casse régulièrement les arrêts des cours d'appel pour dénaturation des rapports d'expertise médicale. Les raisons retenues pour qualifier la dénaturation sont diverses. L'erreur d'appréciation du caractère fautif ou non d'un acte est une raison fréquente de dénaturation du rapport d'expertise. Ainsi en septembre 2021, la Cour de cassation a annulé une décision de la cour d'appel d'Agen ayant considéré le déclenchement d'un accouchement comme tardif alors que les experts n'avaient pas retenu de faute dans la pratique de l'obstétricien²⁶⁷. En juin 2022, la haute juridiction a considéré que la cour d'appel de Douai avait mal réparti la responsabilité fautive entre chirurgien et anesthésiste au regard du rapport d'expertise²⁶⁸. En juin 2022 toujours, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Lyon ayant déduit que l'incertitude d'une nouvelle échographie la rendait non nécessaire, alors que les experts considéraient fautive l'absence de ce nouvel examen²⁶⁹. Dans une décision d'avril 2021, la cour d'appel de Paris retenait un aléa thérapeutique alors qu'il s'agissait d'une faute médicale par retard de prise en charge au regard du rapport des experts²⁷⁰. Dans d'autres cas, la Cour de cassation considère que les cours d'appel ont dénaturé le rapport d'expertise lorsqu'elles interprètent mal le lien de causalité entre l'acte et le dommage. Ainsi les juges du fond avaient considéré à tort l'état antérieur et l'évolution naturelle de l'état de santé comme à l'origine d'un dommage, les experts évoquant une faute médicale dans un cas et un aléa thérapeutique dans l'autre²⁷¹. Deux décisions récentes des juges du fond avaient retenu un lien de causalité que les experts ne pouvaient affirmer scientifiquement (vaccination et intervention chirurgicale suspectées à l'origine des dommages). La Cour de cassation a annulé leurs décisions considérant la causalité

²⁶⁶ D. DUVAL-ARNOULT, « Le magistrat face au rapport d'expertise », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 22, n° 1, 2019, pp. 10-16.

²⁶⁷ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 septembre 2021, 20-13.773, Inédit.*

²⁶⁸ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 juin 2022, 20-16.909 20-18.595, Inédit.*

²⁶⁹ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 15 juin 2022, 21-12.154, Inédit.*

²⁷⁰ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 avril 2021, 19-23.778, Inédit.*

²⁷¹ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 juillet 2022, 21-15.819, Inédit ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 avril 2022, 20-21.645, Inédit.*

incertaine²⁷². La haute juridiction considère également que les juges du fond dénaturent le rapport d'expertise quand ils interprètent mal l'évaluation des postes de préjudices réalisée par l'expert²⁷³. La mauvaise interprétation des termes des rapports d'expertise psychologique considérés comme « *clairs et dépourvus d'ambiguïté* » par la Cour de cassation entache aussi des décisions du fond de dénaturer le rapport d'expertise²⁷⁴. La haute juridiction civile ne tolère pas que les juges réinterprètent les preuves scientifiques sur lesquelles se basent les experts. Ainsi elle a noté une dénaturation du rapport quand les juges ont écarté les conclusions expertales sous prétexte que les recommandations scientifiques sur lesquelles elles se basaient étaient postérieures aux faits. La Cour de cassation affirme ainsi que c'est à l'expert et non au juge de déterminer les recommandations scientifiques adéquates²⁷⁵. Dans un exemple plus récent, elle a sanctionné les juges du fond pour avoir réinterprété faussement les conclusions de l'expert basées sur des recommandations de la HAS²⁷⁶. Il existe donc plusieurs types d'erreurs des juges du fond pour lesquelles la Cour de cassation retient une dénaturation du rapport d'expertise. En pratique, c'est la mauvaise interprétation du lien de causalité qui est à l'origine de la plupart des dénaturations de rapports d'expertise. Il est donc primordial que les rapports d'expertise soient clairs et intelligibles afin que les juges interprètent bien le caractère fautif ou l'aléa, la participation ou non de l'état antérieur à la réalisation du dommage et la notion de perte de chance. L'évaluation du dommage corporel et des postes de préjudices doit être très rigoureuse afin que les juges ne dénaturent pas le rapport lorsqu'ils fixent le montant de l'indemnisation.

Le Conseil d'État, même si cela est moins fréquent que pour la Cour de cassation, annule également des décisions des juridictions du fond pour dénaturation des rapports d'expertise. Dans une décision de juillet 2022, la CAA de Versailles a retenu une faute chirurgicale à l'origine d'un dommage alors qu'un accident de la voie publique était en grande partie responsable de ce dernier. Le CE a cassé cette décision pour dénaturation du rapport d'expertise²⁷⁷. En juin 2019, le CE a sanctionné la CAA de Nantes pour dénaturation d'un rapport d'expertise. Les juges du fond n'avaient pas retenu de faute dans la réalisation d'une échographie néonatale par une sage-femme. Pour cela, ils s'étaient basés uniquement sur le

²⁷² Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 4 juillet 2019, 18-16.809, Inédit ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 19 juin 2019, 18-21.653, Inédit.

²⁷³ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 5 janvier 2021, 19-86.395, Inédit.

²⁷⁴ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 juin 2019, 18-18.134, Inédit ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 29 mai 2019, 18-16.233 18-16.339 18-17.344, Inédit.

²⁷⁵ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 5 avril 2018, 17-15.620, Publié au bulletin.

²⁷⁶ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 septembre 2021, 20-13.773, Inédit, *op. cit.*

²⁷⁷ Conseil d'État, 5ème chambre, 01/07/2022, 442802, Inédit au recueil Lebon.

compte rendu de l'examen et non sur les images d'échographie enregistrées. Pourtant, à la vue de ces images, les experts avaient conclu en une mauvaise réalisation de l'examen par la sage-femme²⁷⁸. Plusieurs décisions du CE de 2018 à 2020 ont annulé des arrêts de CAA pour dénaturation des rapports d'expertise, les juges du fond ayant considéré l'état antérieur des victimes à l'origine des dommages alors que les rapports d'expertise renaient des accidents médicaux non fautifs²⁷⁹. Une décision de septembre 2020 a retenu une double dénaturation du rapport d'expertise par la CAA de Bordeaux, sur le critère d'anormalité du dommage et sur le respect ou non des règles de l'art²⁸⁰. Pour finir, tout comme la Cour de cassation, plusieurs décisions du CE sanctionnent les CAA pour dénaturation des rapports d'expertise pour avoir mal interprété l'évaluation des postes de préjudices, et de fait mal fixé l'indemnisation des victimes²⁸¹. Tout comme la Cour de cassation, le CE sanctionne fréquemment les juridictions du fond pour dénaturation des rapport d'expertises par mauvaise interprétation du lien de causalité ou de l'évaluation des postes de préjudices.

L'interdiction de dénaturation du rapport est bien une limite à l'indépendance du magistrat vis à vis des conclusions de l'expert. La justice est fondée sur des faits, mais fondée sur des faits pré-qualifiés par l'expert. Le juge n'a pas à modifier l'aspect technique du rapport d'expertise. Comme nous l'avons détaillé précédemment, il serait souhaitable que la mission de l'expert lui impose d'indiquer le niveau de preuve de la méthodologie scientifique qu'il utilise pour pré-qualifier les faits. Cela aiderait le magistrat à donner ou non une valeur probante au rapport d'expertise, particulièrement en matière de responsabilité médicale. Cette plus-value serait bénéfique pour la qualité du processus expertal et donc pour les parties.

Des facteurs procéduraux peuvent favoriser le risque de dénaturation du rapport d'expertise par le juge. Le coût de l'expertise et le temps nécessaire à sa réalisation font hésiter le juge à ordonner de nouvelles expertises même s'il n'est pas totalement satisfait par le rapport. Ordonner une contre-expertise n'est pas sans conséquences puisque le juge confronté à deux expertises aux conclusions contraires devra choisir lui-même entre deux thèses scientifiques. Des améliorations limitant le risque de dénaturation des rapports d'expertise par les juges sont

²⁷⁸ *Conseil d'État, 5ème chambre, 18/06/2019, 417272, Inédit au recueil Lebon.*

²⁷⁹ *Conseil d'État, 9ème chambre, 20/11/2020, 426665, Inédit au recueil Lebon ; Conseil d'État, 3ème chambre, 24/02/2020, 426846, Inédit au recueil Lebon ; Conseil d'État, 5ème chambre, 03/10/2018, 417038, Inédit au recueil Lebon ; Conseil d'État, 5ème chambre, 18/05/2018, 411835, Inédit au recueil Lebon, p. 208.*

²⁸⁰ *Conseil d'État, 5ème chambre, 28/09/2020, 426125, Inédit au recueil Lebon.*

²⁸¹ *Conseil d'État, 5ème chambre, 31/12/2018, 421792, Inédit au recueil Lebon ; Conseil d'État, 5ème chambre, 11/12/2018, 400877, Inédit au recueil Lebon ; Conseil d'État, 5ème chambre jugeant seule, 22/12/2017, 409961, Inédit au recueil Lebon.*

envisageables. Par exemple, un débat obligatoire à l'audience en présence du ou des experts, sous le feu de critiques des parties et de leurs avocats. Cette méthode serait sans doute plus qualitative qu'une lecture très attentive du rapport. L'examen point par point du rapport d'expertise à l'audience permettrait au juge d'avoir une approche complète du dossier. Les notions de faute et de lien de causalité devraient faire l'objet de discussions pour favoriser la bonne compréhension du problème. La confrontation des points de vue des experts dans les dossiers complexes est probablement la seule façon de rendre au juge sa véritable indépendance et liberté de jugement. Ainsi, les juges du fond peuvent certes conclure dans un sens opposé à l'analyse d'un expert judiciaire car ils ne sont pas liés par ses conclusions, mais ils ne doivent pas en revanche dénaturer la teneur d'un rapport. La frontière entre critique d'un rapport et dénaturer de celui-ci est parfois fragile, d'autant plus ténue au regard de la complexité technique des rapports d'expertise en responsabilité médicale.

Section 2 : L'articulation entre la CCI et les juridictions du contentieux

Depuis la loi du 4 mars 2002, les accidents médicaux peuvent être réparés par la voie juridictionnelle ou par la voie de la procédure de règlement amiable devant les CCI²⁸². Le recours aux CCI a été conçu comme une alternative au procès mais il n'est pas obligatoire. Le choix de saisine de la voie amiable ou juridictionnelle revient à la victime, les deux voies pouvant être saisies conjointement. Bien qu'elles n'obéissent pas aux mêmes règles procédurales, la question s'est posée de savoir s'il est possible ou non de solliciter du juge des référés une expertise judiciaire, en application des règles du CPC, après avoir eu recours à une procédure de règlement amiable ayant donné lieu à une expertise menée selon les règles du CSP. L'articulation des expertises extra-judiciaires de CCI et des expertises judiciaires (§1) est en évolution tout comme l'interprétation des avis des CCI par les juges du contentieux (§2).

§1 L'articulation des expertises extra-judiciaires de CCI et des expertises judiciaires

La voie extra-juridictionnelle via les CCI créée par la loi du 4 mars 2002 est pourvoyeuse de nombreuses expertises en responsabilité médicale. L'utilisation de ces rapports d'expertise par les juges du contentieux est une réalité, mais ces derniers ne lui donnent pas toujours la même valeur. Si le juge civil est partagé sur la valeur de l'expertise extra-judiciaire de CCI (a), le juge administratif ne l'est pas (b).

²⁸² Section 2 : Procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales (Articles L1142-4 à L1142-8 du Code de la Santé Publique), p. 2.

a) La divergence des juges civils sur la valeur de l'expertise extra-judiciaire de CCI

Depuis longtemps, la jurisprudence civile tend à conférer une valeur probante à l'expertise extra-judiciaire au sens large, même unilatérale, dès lors que le rapport a été soumis à la discussion et à la contradiction des parties²⁸³, d'autant plus lorsque l'expertise s'est déroulée contradictoirement²⁸⁴. Il a ainsi été énoncé par la Cour de cassation que « *tout rapport amiable peut valoir, à titre de preuve, dès lors qu'il est soumis à la libre discussion des parties* »²⁸⁵. Pourtant, en matière de responsabilité médicale, la jurisprudence civile n'a pas tranché sur la valeur de l'expertise extra-judiciaire pour CCI devant le juge du contentieux. Elle considère tantôt que l'expertise rendue dans le cadre de la procédure amiable est d'une nature différente de celle demandée par le juge des référés, tantôt qu'elles ont le même objet, apparentant l'expertise en référé à une contre-expertise.

Des jugements considèrent que les expertises pour CCI réalisées en application de l'article L.1142-12 du CSP n'ont pas la même valeur que les expertises judiciaires²⁸⁶. Si la procédure devant la CCI n'aboutit pas, la personne s'estimant victime conserve la possibilité de saisir l'autorité judiciaire et de réclamer une expertise judiciaire²⁸⁷. Sur ce raisonnement, la demande d'expertise judiciaire succédant à la procédure amiable ne constitue pas une contre-expertise puisqu'elle n'appartient pas à la même procédure²⁸⁸. Dans ce cas, l'expertise demandée par la CCI n'a qu'une valeur de renseignement pour le juge du contentieux²⁸⁹. Récemment, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la CA de Bordeaux ayant refusé une contre-expertise en se basant uniquement sur les conclusions d'une expertise amiable de CCI²⁹⁰.

Un courant de jurisprudence inverse considère illégitime la demande d'une expertise judiciaire après l'expertise amiable au seul motif qu'elle n'est pas considérée comme expertise judiciaire. D'après ce courant, l'expertise pour CCI demandée dans le cadre de l'article L.1142-12 du CSP garantit de bonnes conditions de nominations des experts et de réalisation de leurs opérations²⁹¹. Ce courant rejoint la jurisprudence administrative en la matière.

²⁸³ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 avril 1999, 96-19.733, Publié au bulletin.

²⁸⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 29 octobre 2003, 01-11.004, Inédit, p. 004.

²⁸⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 septembre 2002, 01-10.739, Publié au bulletin.

²⁸⁶ CA Douai 31 octobre 2007, n° 07/02999.

²⁸⁷ CA Grenoble 2 octobre 2007, n° 06/02887.

²⁸⁸ CA Versailles 9 avril 2008, n° 07/05398.

²⁸⁹ CA Paris 7 novembre 2008, n° 08/06644.

²⁹⁰ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 5 avril 2018, 17-15.620, Publié au bulletin, op. cit.

²⁹¹ CA d'Aix en Provence 22 janvier 2009, n°08/04182 ; CA Colmar 11 janvier 2008, n°49/2008.

b) La valeur de l'expertise extra-judiciaire de CCI pour le juge administratif

Les règles du CJA sont voisines de celles du CPC en matière de référé à la seule différence que la condition de « légitimité » subordonnant l'acceptation ou non d'une nouvelle expertise est remplacée par celle « d'utilité ». Pour le juge administratif, la demande d'une nouvelle expertise en référé n'a pas lieu d'être si elle a le même objet que celui qui a motivé la demande d'une expertise préalable par une CCI. Le seul fait que l'expertise amiable n'ait pas été ordonnée par une autorité juridictionnelle n'est pas en soi de nature à rendre utile une expertise prescrite par le tribunal administratif²⁹². Par conséquent, si la nouvelle demande d'expertise a pour objet de contester la manière dont l'expert a rempli sa mission ou ses conclusions, c'est au tribunal administratif saisi du litige d'ordonner une nouvelle expertise²⁹³. Ainsi, le TA de Dijon a refusé de faire procéder à une contre expertise demandée par le défendeur considérant l'expertise précédemment demandée par la CCI suffisamment éclairante²⁹⁴. Le CE a validé cette jurisprudence en 2010 en jugeant que la prescription d'une mesure d'expertise par le juge des référés, subordonnée au caractère utile de cette mesure, doit être appréciée au vu des pièces du dossier, notamment du rapport de l'expertise demandé par la CCI²⁹⁵. Le caractère administratif des CCI et de l'ONIAM fixé par le CSP participe probablement à la meilleure reconnaissance par les juges administratifs des expertises amiables demandées par les CCI.

La situation inverse est parfois rencontrée. Il peut arriver que la CCI statue sur la base d'une expertise judiciaire. En effet, il arrive qu'une victime ayant obtenu une expertise judiciaire saisisse par la suite une CCI. Pour l'ONIAM et la CNAMed, si la CCI s'estime suffisamment renseignée par le rapport de l'expertise judiciaire, il n'apparaît pas nécessaire de diligenter une nouvelle expertise²⁹⁶. Les membres de la CCI sont ainsi libres d'apprécier la qualité du rapport d'expertise demandé par les tribunaux et de rendre leur avis.

²⁹² CAA Bordeaux 24 février 2009, n°08BX01473 ; CAA Marseille 16 avril 2009, n° 08MA04599.

²⁹³ CAA Douai 21 janvier 2013, n° 12DA00942.

²⁹⁴ Tribunal, 25 février 2021, CAA de LYON, 6ème chambre, 25/02/2021, 19LY02722, Inédit au recueil Lebon, 19.

²⁹⁵ Conseil d'État, 4 octobre 2010, Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 04 octobre 2010, n°332836, au Lebon; AJDA 2010. 1913, 332836.

²⁹⁶ BÉNÉDICTE PAPIN, RENAUD BOUGEARD, MURIEL DURAND, « Table ronde sur l'expertise en Commission de Conciliation et d'Indemnisation », *op. cit.*

§2 L'interprétation des avis des CCI par le juge du contentieux

La Loi Kouchner de 2002 a multiplié les niveaux de recours pour les victimes d'accident médicaux. En matière de responsabilité médicale, elle n'a pas rendu obligatoire la procédure amiable via la CCI comme l'avait fait la loi Badinter de 1985 pour les victimes d'accidents de la voie publique. Elle a ainsi créé une sorte de procédure « pré-juridictionnelle ». Ainsi le juge du contentieux civil ou administratif se retrouve fréquemment face à un rapport d'expertise demandé par la CCI, associé à l'avis de la CCI. Nous pouvons nous interroger sur la valeur juridique de cet avis pour le magistrat. N'engageant pas l'ONIAM, peut-on le considérer comme une expertise officieuse plus qu'une décision. Pour étudier cette question il convient de s'intéresser au rôle des médecins siégeant en CCI (a) et à l'impact de l'avis de la CCI sur une procédure juridictionnelle secondaire (b).

a) Le rôle des médecins siégeant en CCI

La sociologue Irène Théry définit deux grands types d'expertises, les expertises de service et les expertises de consensus. Dans l'expertise de service, la situation d'expertise est définie comme un processus décisionnel, modèle formalisé par l'expertise judiciaire. Quant à l'expertise de consensus, elle s'incarne dans une autre institution, la commission. Dans ce deuxième modèle, la commission est l'instance d'une délibération et d'une négociation entre les acteurs, dans la perspective de parvenir à un consensus entre les différents référentiels qu'ils incarnent. Dans ce cadre, l'élaboration de ce consensus est l'objet même de la mission d'expertise²⁹⁷. Le CSP, à sa partie réglementaire, prévoit la composition et le fonctionnement des CCI²⁹⁸. Elles sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif assisté par douze autres membres, parmi lesquels deux professionnels de santé (libéral et hospitalier) et deux personnalités qualifiées dans le domaine de la réparation des préjudices corporels. Ces derniers sont la plupart du temps médecins, experts judiciaires ou non. En pratique, leur rôle est bien d'éclairer la commission sur l'aspect technique médical. Le rôle de ces membres vient donc en complément de celui des experts en responsabilité médicale désignés par la CCI. Nous pouvons ainsi considérer que ces médecins, membres de la CCI, jouent un rôle officieux d'experts en responsabilité médicale, dans le cadre d'une expertise de consensus. Cela augmente probablement la qualité de l'avis rendu par les CCI.

²⁹⁷ I. THÉRY, « Expertises de service, de consensus, d'engagement : essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales », *Droit et société*, vol. n°60, n° 2, 2005, p. 311.

²⁹⁸ Sous-section 1 : Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. (Articles R1142-4-1 à R1142-12 Code de la Santé Publique).

b) L'impact de l'avis de CCI sur la procédure judiciaire

Aux termes de l'article L.1142-8 du CSP, l'avis que la CCI émet porte sur « *les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable* ». Lorsqu'elle rend un avis négatif, la CCI peut se déclarer incompétente (notamment en cas de non atteinte du seuil de gravité du dommage, ouvrant droit pour la victime à une procédure simplifiée de conciliation organisée par la CCI)²⁹⁹, considérer la demande de la victime irrecevable (par atteinte du délai de prescription ou par absence d'un acte de prévention de diagnostic ou de soins) ou encore rendre un avis de rejet (absence de lien de causalité avec un acte de prévention, de diagnostic ou de soins et/ou absence de faute, d'aléa et d'infection nosocomiale)³⁰⁰. Lorsque la CCI rend un avis négatif, la victime peut intenter une action en justice contre le professionnel et/ou l'établissement de santé. Il est logique de s'interroger sur l'impact de l'avis de la CCI sur le juge du contentieux qui lui fait suite.

Il est important de rappeler que les CCI n'ont aucun caractère juridictionnel. Leurs décisions et avis sont inscrits dans le cadre du « règlement amiable ». Les avis de la commission ne sont pas revêtus de la force exécutoire. Aucune voie de recours ne peut être exercée à leur encontre. Le CE a d'ailleurs rappelé que la décision ou avis négatif de la CCI pour incompétence ou irrecevabilité ne fait pas grief et n'est pas susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir, dès lors que la victime conserve la faculté de saisir, si elle s'y croit fondée, le juge compétent d'une action en indemnisation. Le CE rappelle également dans le même arrêt que les CCI, « *dont la saisine est dépourvue de caractère obligatoire, et dont les avis ne lient pas l'ONIAM, sont des commissions administratives dont la mission est de faciliter, par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges* » et que « *le recours à cette procédure par la victime n'est pas exclusif de la saisine du juge compétent d'une action en indemnisation, saisine qui peut intervenir à l'initiative de la victime avant l'engagement de la procédure, pendant celle-ci ou après l'échec de la tentative de règlement amiable* ». Pour finir il rappelle que l'article L.1142-8 du CSP dispose que l'avis d'une CCI « *ne peut être contesté qu'à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction compétente par la victime [...]* »³⁰¹. Cette décision de la haute juridiction administrative précise le caractère extra-judiciaire des CCI, leurs avis n'empêchant aucunement une action en justice secondaire.

²⁹⁹ Article R1142-15 - Code de la santé publique.

³⁰⁰ Code de la santé publique - Article L1142-1, *op. cit.*

³⁰¹ Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 10 octobre 2007, 306590, Publié au recueil Lebon.

Pour autant, nous avons montré précédemment que les expertises demandées par les CCI influencent les juges du contentieux. Il paraît de même probable que les avis émis par les CCI impactent également les décisions de justice. En ce sens, l'avis de CCI revêt le caractère d'une quasi-expertise en responsabilité médicale.

CONCLUSION

La qualité de l'expertise en responsabilité médicale est une question large et complexe. Dans ce travail nous avons mis en lumière les facteurs qui l'altèrent, dans le rôle du médecin expert comme dans celui du magistrat. Les conséquences d'un manque de qualité du processus expertal sont avant tout dommageables pour les parties. Nous avons montré à quel point le rapport de l'expert est important dans la décision des juges. D'abord parce qu'ils ne maîtrisent pas l'aspect technique de la médecine, ensuite parce qu'ils ne peuvent réinterpréter le fond de l'expertise sous peine de dénaturation. La loi du 4 mars 2002 a voulu remettre le patient au centre du système de santé. Elle a aussi souhaité faciliter son indemnisation en cas de dommage causé par un acte médical ou de soin, en créant la voie amiable par les CCI et l'ONIAM. Pourtant, vingt ans après cette loi, notre travail met en évidence des carences du processus expertal de responsabilité médicale, préjudiciables pour les parties, patients victimes ou établissements et professionnels de santé. Il existe des failles dans le fondement même de l'expertise en responsabilité médicale, c'est à dire dans la qualité scientifique des expertises. En réponse à ce problème, il nous semble que les experts en responsabilité médicale devraient avoir l'obligation de faire apparaître dans leurs rapports les références scientifiques sur lesquelles ils s'appuient, assorties de leur niveau de preuve scientifique. Cette obligation devrait figurer systématiquement dans les missions d'expertise ordonnées par les magistrats. Cette solution rejoint le concept d'EFF et ne s'intéresse qu'à la finalité de l'expertise, c'est à dire fournir au juge une preuve solide, sans se soucier du profil professionnel de l'expert. L'altération de la qualité scientifique de l'expertise peut altérer la décision des juges, la reconnaissance de responsabilité et l'indemnisation allouée aux victimes. Un risque de mauvaise indemnisation des victimes réside également dans la mauvaise évaluation du dommage corporel par les médecins experts. Nous avons montré dans ce travail la complexité de l'expertise en responsabilité médicale requérant de l'expert des compétences dans son domaine médical, mais aussi en évaluation du dommage corporel. Nous avons mis en évidence l'existence d'inégalités dans la formation des experts en ce domaine. Celle ci est actuellement partagée par les médecins légistes universitaires et les assureurs de la responsabilité médicale. Même si elle semble difficile, la réunion de ces deux corps en un seul et même organisme serait bénéfique pour dispenser au niveau national une formation standardisée. Les organismes de médecin conseil de victime pourraient s'y associer. En attendant, pour pallier le défaut de compétence en évaluation du dommage corporel de certains experts, la désignation de collègues d'experts par les magistrats est une réponse

appropriée. Malheureusement, elle est grandement freinée par la pénurie d'experts en responsabilité médicale. Une meilleure rémunération de ces derniers pourrait répondre temporairement à cette problématique pour attirer de jeunes médecins à pratiquer cette activité. Mais il faut surtout espérer que les pouvoirs publics agiront rapidement sur le nombre global de médecins formés dans les prochaines décennies. Le processus expertal en responsabilité médicale actuel pose des problèmes en matière de contradictoire et d'égalité des parties. Le recours à une assistance par un avocat en procédure amiable n'est pas obligatoire. En réalité, les professionnels mis en cause en bénéficient toujours via leur assurance, ce qui n'est pas le cas des patients victimes ne possédant pas d'assurance protection juridique. Il ne serait pas choquant dans ce cas que l'ONIAM finance les frais d'avocat aux victimes, dans la logique de solidarité nationale, afin de permettre aux parties d'être assistées de façon égale en expertise et devant la CCI. Cela diminuerait probablement la sensation fréquente par les victimes d'un corporatisme médical altérant l'évaluation et l'indemnisation de leurs préjudices. De même, la participation des parties dans le choix de l'expert, sans aller jusqu'au système anglo-saxon, permettrait sûrement de diminuer l'impression de partialité que renvoient certains experts en responsabilité médicale. La lenteur des procédures judiciaires françaises est un problème souvent décrié par les parties et entache le bon déroulement de la justice. En 2002, la volonté de déjudiciariser le contentieux de la responsabilité médicale par la création de la voie amiable des CCI avait pour but de proposer une indemnisation rapide aux victimes. Sa réussite est partielle et le règlement amiable de ce contentieux reste limité en comparaison des procédures d'indemnisation des victimes d'accident de la route régies par la loi Badinter de 1985. Le problème de la responsabilité médicale reste complexe et les enjeux financiers considérables limitant la généralisation de l'indemnisation par la solidarité nationale de tous les accidents médicaux non fautifs³⁰². Une meilleure articulation entre les CCI et les tribunaux ainsi que la reconnaissance d'une même valeur aux expertises ordonnées par ces deux entités seraient bénéfiques. Cela éviterait la multiplication des mesures d'expertise faisant perdre un temps procédural précieux. La création de listes d'experts communes entre toutes les juridictions et les CCI permettrait une simplification, luttant ainsi contre la pénurie d'experts et uniformisant les pratiques expertales. Elle induirait probablement une rapidité procédurale. Il existe des tentations de diminuer le temps alloué par les juges à l'interprétation du rapport d'expertise. Dans ce domaine, la France n'échappe pas à l'expérimentation du recours à l'intelligence artificielle, comme l'a récemment montrée l'expérience « DataJust ». Par ailleurs, ce système retire au juge son

³⁰² J. HUREAU et D.G. POITOUT, *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, op. cit.

pouvoir d'appréciation et d'individualisation de l'indemnisation des victimes, en automatisant ce calcul sur la base des préjudices évalués par l'expert. Est-il légitime de dégrader ainsi l'indépendance des magistrats pour réduire la durée de la procédure judiciaire ? Il nous semble primordial de résister à cette tentation croissante du recours à l'intelligence artificielle, aussi bien en matière de décisions de santé que de décisions de justice. Cette évolution fait courir un risque de déshumanisation de ces domaines qui sont basés sur le respect de la dignité humaine. Pour autant, une meilleure uniformisation des indemnités allouées aux victimes pour un même préjudice pourrait être perçue comme une égalité entre citoyens. Un référentiel national d'indemnisation servant de trame au juge, telle la nomenclature Dintilhac servant de trame à l'expert en matière d'évaluation des préjudices, pourrait promouvoir l'égalité d'indemnisation des victimes. Nous avons mis en évidence que le médecin expert doit également posséder des connaissances juridiques et déontologiques solides. A la vue de notre travail, il semble que celles-ci soient perfectibles. La proposition d'une formation courte et obligatoire pour les experts, commune aux facultés de médecine et à l'ENM, est une piste intéressante. Si le juge reste indépendant des conclusions de l'expert, il ne peut les modifier à sa guise au risque de dénaturer le rapport d'expertise. Nous avons montré que la Cour de cassation et le Conseil d'État sanctionnent régulièrement les juges du fond en ce sens à propos de l'interprétation du lien de causalité ou de l'indemnisation des préjudices. Il paraît fondamental que les experts en responsabilité médicale maîtrisent parfaitement ces notions juridiques pour donner de la clarté à leurs conclusions et faciliter l'interprétation des magistrats.

Le processus expertal en responsabilité médicale de qualité parfaite est probablement utopique. La multitude des compétences qu'il requiert du magistrat et du médecin expert altère en elle-même sa qualité. De nombreuses améliorations sont réalisables en l'état actuel. Pour autant, notre travail met en lumière que la majorité des facteurs altérant la qualité du processus expertal vient d'un manque de moyens humains et financiers. L'augmentation du nombre de médecins et par conséquent de médecins experts, le financement d'organismes nationaux de formation uniformisant les connaissances en responsabilité médicale et le financement d'organismes compétents pour contrôler la qualité des expertises semblent nécessaires. Ces efforts pour promouvoir la qualité du processus expertal en responsabilité médicale sont indispensables. Il en va de la crédibilité de notre système de justice pour les parties concernées, patients victimes et professionnels de santé.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Aléa thérapeutique · 7, 32, 34, 35, 37
ANADOC · 22, 68
AREDOC · 21, 68

B

Barèmes médico-légaux · 64, 66, 67
nomenclature Dintilhac · 64, 66, 67, 68, 70, 71

C

Causalité · 2, 12, 16, 31, 32, 36, 37, 38, 51, 81, 85
Conflit d'intérêts · 24, 45, 46, 47, 48
Contradictoire · 13, 29, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46,
52, 60, 68, 72, 77
Contrat médical · 5
obligation de moyen · 8, 17
obligation de résultat · 8
Corporatisme médical · 28, 46

D

Dénaturation du rapport d'expertise · 75, 77, 78, 79,
80
Déontologie · 5, 8, 13, 38, 40, 49, 53
Dommage corporel
évaluation · 16, 19, 20, 21, 22, 23, 30, 64, 66, 68, 70,
87
formation à l'évaluation · 20
réparation intégrale · 5, 6, 71

E

Erreur médicale · 16, 32, 34, 36
État antérieur · 34, 36, 37, 38
Expertise clinique · 18, 24
Expertise Fondée sur les Faits (EFF) · 18, 19

I

Impartialité · 13, 16, 28, 38, 39, 41, 45, 46, 47, 48, 59,
69
Imputabilité · 32, 34, 36, 37, 38
Indépendance
de l'expert · 39, 45, 46, 47, 48
du magistrat · 73, 74, 75, 76, 80

L

Listes d'experts
des tribunaux · 58, 63
de la CNAMed · 34, 54, 61, 62, 63
histoire des listes d'experts près les tribunaux · 13,
55, 56, 57

M

Médecine Fondée sur les Faits (MFF) · 17, 18, 19, 23,
24, 26, 27
Recommandations médicalement opposables · 27,
28

O

ONIAM (Office National des Accidents Médicaux) · 7,
10, 35, 37, 38, 44, 48, 62, 66, 67, 83, 84, 85
Ordre des médecins · 26, 49, 53

R

Responsabilité contractuelle · 5, 71
Responsabilité délictuelle · 5, 71
Responsabilité du fait d'autrui · 9
Responsabilité médicale
irresponsabilité médicale · 1
responsabilité à type d'indemnisation · 4
responsabilité à type de sanction · 2
Responsabilité pour faute · 6, 7, 9
Responsabilité sans faute · 6

S

Secret
de l'instruction · 13, 40
professionnel · 16, 49, 50, 51
Solidarité nationale · Voir ONIAM

T

Théorie du risque-profit · Voir Responsabilité sans
faute

BIBLIOGRAPHIE

1. Textes législatifs et réglementaires

Code civil, 120^{ème} édition Dalloz, 2021.

Code de procédure civile, 112^{ème} édition Dalloz, 2021.

Code pénal, 118^{ème} édition Dalloz, 2021.

Code de procédure pénale, 62^{ème} édition Dalloz, 2021.

Code de la santé publique, 35^{ème} édition Dalloz, 2021.

Code de la sécurité sociale, 45^{ème} édition Dalloz, 2021.

Code de justice administrative, 5^{ème} édition Dalloz, 2021.

Code civil des Français de 1804, Paris, Imprimerie de la république, Napoléon et al., 1804.

Code des délits et des peines (Code pénal napoléonien de 1810), Napoléon et al., 1810.

Article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Article 6-2 - Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines (1), *2012-409*, 27 mars 2012.

Ordonnance n° 2016-967 du 15 juillet 2016 relative à la coordination du système d'agences sanitaires nationales, à la sécurité sanitaire et aux accidents médicaux.

Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust », *2020-356*, 27 mars 2020.

Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, *2004-1463*, 23 décembre 2004.

Arrêté du 21 avril 2017 relatif aux connaissances, aux compétences et aux maquettes de formation des diplômes d'études spécialisées et fixant la liste de ces diplômes et des options et formations spécialisées transversales du troisième cycle des études de médecine.

Arrêté du 23 décembre 2004 relatif au dossier de candidature prévu à l'article R. 1142-30-1 du code de la santé publique pour l'inscription sur la liste des experts en accidents médicaux.

Circulaire n° 2007-05, 22 févr. 2007 - Bulletin officiel n° 2007-02 du 30 avril 2007.

Proposition de loi du Sénat n°384 du 25 janvier 2022 visant à inciter l'expert médical à déclarer ses intérêts pour prévenir d'éventuels conflits.

Projet de loi réformant le statut de certaines professions judiciaires, des experts judiciaires et des conseils en propriété industrielle, 2004.

Sénat, V. en dernier lieu la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, art. 1272.

2. Dictionnaires et encyclopédies

Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} édition.

3. Ouvrages généraux

Baccino, Éric et al., *Manuel d'expertises médicales*, Sauramps Médical, 1^{ère} éd., janvier 2020

Lambert-Faivre, Y. et Porchy-Simon, S., *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*, 6e éd., 2012.

Moquet-Anger, Marie-Laure. *Droit hospitalier*. Manuel. 6^{ème} éd. LGDJ, 2020.

Mistretta, P., *Droit pénal médical: contentieux médical, responsabilité pénale, droits du patient*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, une marque de lextenso, 2019.

4. Ouvrages spéciaux

Bigot, R., Cayol, A. et Noguéro, D., *Le droit des assurances en tableaux*, Paris, Ellipses, 13 octobre 2020.

Chauvaud, F., *Les experts du crime: la médecine légale en France au XIXe siècle*, Paris, Aubier, 2000.

Donnou P. et al., *Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel. Autres regards que celui de l'assureur*, LEH Edition, 2020.

Fodéré, F.E., *Traité de médecine légale et d'hygiène publique ou de police de santé*, 1813.

Hureau, J. et Poitout, D.G., *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, 2010.

Joseph, G. et Lucas, P., *L'expertise médicale. Clés de lecture pour le juriste*, Louvain-La Neuve, Anthemis, 2016.

Lacassagne, A., *Les Médecins-experts devant les Tribunaux, et les honoraires des médecins d'après le décret du 21 nov. 1893*, Storck, 1894.

Lienhart, A., *Anesthésie, analgésie, réanimation, Samu: notre histoire, de 1945 aux années 2000. Tome 1*, Paris, Ed. Glyphe, 2014.

Lucas, P., *Histoire de la réparation des préjudices corporels: de la vengeance à l'indemnisation sans égard à la responsabilité*, 2020.

Molière, *Le Médecin malgré lui*, Paris, Larousse, 1990.

Pline l'Ancien, *Histoire naturelle. Livre XXIX*, 1962.

Racinet, C. et Catteau, C., *La qualité de l'expertise médicale en question: exemples en périnatalité pour l'adoption de la méthode fondée sur les faits*, Montpellier, Sauramps éditions, 2019.

5. Articles de recherche

Amel Ghozia, « Normes techniques en expertise médicale : valeur et rôle juridiques | La base Lextenso », *Les Petites Affiches*, n° Juin 2021, <https://www-labase-lextenso-fr.passerelle.univ-rennes1.fr/petites-affiches/LPA200y8>, consulté le 28 avril 2022.

Bantigny, L., « Usages, mésusages et contre-usages de l'expertise. Une perspective historique », *Histoire@Politique*, vol. 14, n° 2, 2011, p. 3.

Bauzon, S., « Aux origines du biodroit : la responsabilité médicale délictuelle (1835-1936) », in *La personne biojuridique*, Quadriga, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2006, p. 71 à 81.

Bénédicte Papin, Renaud Bougeard, Muriel Durand, « Table ronde sur l'expertise en Commission de Conciliation et d'Indemnisation », *Responsabilité civile et assurances*, vol. Responsabilité civile et assurances, n° 4, avril 2022, p. Dossier 8.

Bizouarn, P., « Evidence-Based Medicine et expertise clinique », *Multitudes*, vol. 75, n° 2, 2019, p. 103 à 113.

Blanchet, V. et al., « Réactions », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 21, n° 4, 2018, pp. 34-45.

Choudhry, N.K., Stelfox, H.T. et Detsky, A.S., « Relationships between Authors of Clinical Practice Guidelines and the Pharmaceutical Industry », *JAMA*, vol. 287, n° 5, 2002, pp. 612-617.

Demont, L., « 4 000 ans de responsabilité pénale médicale », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 12, n° 3, 1999.

Desbordes, J. et Mercier, S., « Retour d'expérience sur l'expertise médicale ordonnée par le juge projet », *Sciences de la société*, n° 95, 2015, p. 27 à 37.

Duval, M.S., « La procédure disciplinaire des experts judiciaires », *Droit, Déontologie & Soins*, vol. 12, n° 2, 2012, pp. 170-174.

Duval-Arnould, D., « Le magistrat face au rapport d'expertise », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 22, n° 1, 2019, pp. 10 à 16.

Evidence-Based Medicine Working Group, « Evidence-Based Medicine. A New Approach to Teaching the Practice of Medicine », *JAMA*, vol. 268, n° 17, 1992, p. 2420 à 2425.

Faisant, M., Papin-Lefebvre, F., Laburthe-Tolra, P. et Rougé-Maillart, C., « Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 1 : histoire de la réparation du dommage corporel depuis l'antiquité jusqu'à l'époque moderne », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 4, n° 4, 2013.

Faisant, M., Papin-Lefebvre, F., Laburthe-Tolra, P. et Rougé-Maillart, C., « Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 2 : les barèmes contemporains en France », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 4, n° 4, 2013.

Guillaume Sansone, « L'office du juge face à une expertise officieuse », *Dalloz Actualités - Procédure Civile*, 2020.

Hureau, J., « Avant-Propos », in *L'expertise Médicale*, Elsevier, 2010, pp. 19 à 23.

Jean Guigue, « Rendre au juge sa place en matière d'expertise », *La Gazette du Palais*, vol. 30 juill. 2015, n° 211.

Khalak, O., « La jurisprudence récente en matière d'expertise judiciaire », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 29, n° 2, 2016, pp. 25-45.

Laude, A., « La force juridique des références médicales opposables », *Médecine & Droit*, vol. 1998, n° 28, 1998, p. 1 à 3.

Léger, A., Montpellier, D. et Manaouil, C., « Embolie pulmonaire postopératoire et responsabilité médicale », *Anesthésie & Réanimation*, vol. 6, n° 4, 2020, p. 383 à 395.

Manaouil, C., Armande Cardon, M. et Jardé, O., « Sévérité de la Cour des comptes vis-à-vis du dispositif d'indemnisation des accidents médicaux », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 9, n° 3, 2018, pp. 91-95.

Manaouil, C. et Rougé-Maillart, C., « Le secret professionnel du médecin », *La Revue de Médecine Légale*, vol. 10, n° 3, 2019, p. 118 à 127.

Martin, D., « L'expertise en responsabilité médicale : de critiques en réformes », *Les Tribunes de la santé*, vol. 27, n° 2, 2010, p. 101 à 110.

Mazoit, J.X. et Bouaziz, H., « Les publications des experts médicaux : l'exemple de l'anesthésie-réanimation », *Médecine & Droit*, vol. 2021, n° 169, 2021, pp. 59-63.

Penneau, M. et Penneau, J., « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale », *Médecine & Droit*, vol. 1998, n° 28, 1998, pp. 4-6.

Perruchot-Triboulet, V., « Le nouveau statut des experts judiciaires », *Recueil Dalloz*, n° 44, 2005, p. 3045.

Philippe, H.-J., « Grossesses prolongées », *EMC obstétrique*, 1998.

Philippe Pierre, « Le passé de la victime : l'influence de l'état antérieur », *Gazette du Palais*, n° 98-99, 2011, p. page(s) 15-20.

Pierre, P., « Chronique de jurisprudence: Responsabilité civile médicale », *Médecine & Droit*, vol. 1999, n° 35, 1999, pp. 13-21.

Pierre, P., « Erreur médicale et faute juridique : brèves réflexions à propos d'un thème en renouvellement », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 19, n° 2, 2006, pp. 181-193.

Ponet, P., « Remettre les corps en ordre : entre savoirs et pouvoirs. La "professionnalisation" de l'évaluation médicale du dommage corporel », *Revue française de sociologie*, vol. 48, n° 3, 2007, pp. 477-517.

Py, B., « Expert: un métier, une fonction, une adulation », *Médecine & Droit*, Colloque CEPRISCA : Expertises judiciaires en responsabilité médicale et expertises CRCI, vol. 2013, n° 120, 2013, pp. 53-56.

Rémi Pellet, « Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions », *JDSAM*, 2018, p. 7 à 33.

Robineau, M., « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », *La Semaine juridique - édition générale*, n° 22, 2010, p. 612.

Sackett, D.L. et al., « Evidence based medicine: what it is and what it isn't. », *BMJ : British Medical Journal*, vol. 312, n° 7023, 1996, p. 71 à 72.

Sargos, P., « Références médicales opposables et responsabilité des médecins », *Médecine & Droit*, vol. 1998, n° 28, 1998, pp. 9-12.

Shortliffe, E.H. et Sepúlveda, M.J., « Clinical Decision Support in the Era of Artificial Intelligence », *JAMA*, vol. 320, n° 21, 2018, p. 2199 à 2200.

Théry, I., « Expertises de service, de consensus, d'engagement : essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales », *Droit et société*, vol. n°60, n° 2, 2005, p. 311.

Yvonne Lambert-Faivre, et Stéphanie Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel ; systèmes d'indemnisation (8e édition) - Dalloz Librairie PARIS*, 2015.

6. Sites Internet

ANADOC, Fiches consultables sur le site de l'ANADOC, <https://www.anadoc.net/>

AREDOC, « QU'EST CE QUE L'AREDOC ? », <https://www.aredoc.com/>.

Conseil National des Compagnies d'Experts de justice (CNCEJ), <https://www.cncej.org/>

DIU national d'expertise en accidents médicaux, <https://cerfaps.u-bordeaux.fr/Formations/DIU-national-d-expertise-en-accidents-medicaux>.

Légifrance, www.legifrance.org

7. Mémoires et thèses

Amel Ghozia, *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire*, LEH Éditions, Thèse de droit, 23/02/2017, EAN : 9782848746678.

Edouard Hû, « *Étude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel* », Thèse de Droit, Faculté de Paris, 1880.

8. Rapports

Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé, 1946.

Compagnie des Experts Agréés par la Cour de Cassation, « Les bonnes pratiques ou comment assurer la moralisation de l'expertise judiciaire », in *Cour de cassation*.

Documentation française (La), Rapport annuel 2009 du Médiateur de la République - Proposition de réforme de l'expertise judiciaire, Paris, 8 juillet 2009.

Étude 2018 : « Le rôle normatif de la Cour de cassation », 2018.

« *Élaboration d'une nomenclature des préjudices corporels* », Rapport 2005 de Jean-Pierre DINTILHAC, Ministère de la Justice, <https://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/elaboration-dune-nomenclature-des-prejudices-corporels-11945.html>

HAS, Niveau de preuve et gradation des recommandations de bonne pratique - État des lieux, avril 2013.

Le rapport public annuel 2017 | Cour des comptes - Tome I - L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux : une mise en oeuvre dévoyée, une remise en ordre impérative.

« L'expertise ». Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise. <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/lexpertise-rapport-de-la-commission-de-reflexion-22179.html>, mars 2011.

Les experts en accident médicaux - Ministère de la Santé et de la Prévention - <https://solidarites-sante.gouv.fr/ministere/acteurs/partenaires/article/les-experts-en-accident-medicaux>

MACSF, « Responsabilité médicale : le rapport 2021 de la MACSF marqué par la crise sanitaire ».

OCDE, *Panorama de la santé 2021: Les indicateurs de l'OCDE*, OECD, 2021.

ONDPS (2021), Objectifs nationaux pluriannuels de professionnels de santé à former (2021-2025), mars 2021.

Pierre Sargos, *Rapport de la cour de cassation 1996, p. 197*, 1997.

Rapport d'Activité de l'Observatoire des risques médicaux - Période 2009 à 2014, 2015.

Rapport d'activité - <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>, 2012.

Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise, 2011.

SHAM, « Chiffres clés du risque médical en Établissements - Bilan 2019 », 2020.

9. Articles de presse

Le Figaro, « Les petits arrangements des experts médicaux », 2009.

Le Figaro, « Les experts judiciaires ont un problème avec la mémoire », 2017.

Le Quotidien du Médecin, « Le Pr Jacques Hureau, président des experts médicaux : « La vérité médicale devient vérité judiciaire » », 2003.

Le Monde, « L'expertise psychologique mise à mal au procès d'Outreau », 2005.

Le Monde, « Un médecin est lavé d'une faute après vingt ans de procédure », 2006.

10. Documents Divers : Enquêtes, Études, Sondages, Communiqués de Presse

« Expert - Fiches d'orientation - septembre 2021 | Dalloz ».

« Journal officiel du Sénat du 22 novembre 2012, p. 2679 ».

« Recommandations sur la prise en charge des dyslipidémies: farcies d'intérêts et fortement biaisées », *Formindep*, 2013.

Sillon, N., « Conférence du consensus 2007 - Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile », *EEEI - Experts Institute*, 7 décembre 2007, <https://experts-institute.eu/expertise-loi-et-jurisprudence/conference-consensus-2007-bonnes-pratiques-juridictionnelles-de-lexpertise-civile/>, consulté le 8 août 2022.

11. Colloques, Séminaires et Conférences

OMS, « Handicap et santé », <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : L'influence des compétences techniques et déontologiques de l'expert sur la qualité du processus expertal.....	16
Chapitre 1 : Les compétences techniques de l'expert en responsabilité médicale	16
Section 1 : Les compétences médicales de l'expert en responsabilité médicale.....	16
§1 La double compétence de l'expert en responsabilité médicale : l'expertise médicale et l'expertise en évaluation du dommage corporel.....	16
a) De l'expertise clinique à l'expertise fondée sur les faits	17
b) L'évaluation du dommage corporel.....	19
§2 Évaluation et pistes d'amélioration de la qualité technique des expertises en responsabilité médicale	23
a) Qualité technique de l'expertise en responsabilité médicale : limites et pistes d'amélioration du point de vue de la profession médicale.....	23
b) Qualité technique de l'expertise en responsabilité médicale : limites et pistes d'amélioration du point de vue des juges.....	27
Section 2 : Les compétences juridiques et procédurales des experts en responsabilité médicale.....	31
§1 Les connaissances procédurales de l'expert en responsabilité médicale	31
a) La formation juridique et procédurale des experts en responsabilité médicale	32
b) Les connaissances juridiques et procédurales des experts en responsabilité médicale : état des lieux et pistes d'amélioration.....	33
§2 Les appréciations d'ordre juridiques confiées à l'expert en responsabilité médicale : erreur médicale, aléa thérapeutique, imputabilité et état antérieur	34
a) Erreur médicale et aléa thérapeutique.....	34
b) Imputabilité notion d'état antérieur	36
Chapitre 2 : Les compétences déontologiques et la responsabilité de l'expert en responsabilité médicale	38
Section 1 : L'impartialité et l'indépendance de l'expert en responsabilité médicale.....	39
§1 La place du contradictoire dans l'expertise en responsabilité médicale.....	39
a) Le principe et les limites du respect du contradictoire dans le processus d'expertise en responsabilité médicale	39
b) Conséquences d'un défaut d'application du contradictoire et pistes d'amélioration.....	42
§2 L'indépendance de l'expert en responsabilité médicale.....	45
a) Le principes et les limites de l'indépendance de l'expert en responsabilité médicale	45
b) La réalité de l'indépendance des experts en responsabilité médicale et les pistes d'amélioration	47
Section 2 : Le secret professionnel et la responsabilité de l'expert en responsabilité médicale.....	49
§1 Le secret professionnel de l'expert en responsabilité médicale.....	49
a) Obligation générale du secret professionnel appliqué à l'expert médecin.....	49
b) Expertise médicale et dérogation au secret professionnel	50
§2 La responsabilité de l'expert en responsabilité médicale.....	51
a) La responsabilité indemnitaire de l'expert.....	51
b) La responsabilité disciplinaire de l'expert judiciaire.....	52

DEUXIÈME PARTIE : L'influence de l'ordonnance d'une mesure d'expertise et son interprétation par le juge sur la qualité du processus expertal.....	54
Chapitre 1 : La qualité de l'ordonnance d'une mesure d'expertise par le magistrat.....	54
Section 1 : Le recrutement de l'expert en responsabilité médicale.....	55
§1 La désignation des experts en responsabilité médicale par les tribunaux.....	55
a) Les listes d'experts judiciaires	55
b) La qualité du recrutement des experts en responsabilité médicale par les tribunaux.....	57
§2 La désignation des experts en responsabilité médicale par les CCI	60
a) La liste des médecins experts pour CCI établie par la CNAMed	60
b) La qualité et les pistes d'améliorations du recrutement des experts en responsabilité médicale par les CCI.....	61
Section 2 : Qualité de la définition de la mission d'expertise en responsabilité médicale par le juge.....	63
§1 : La valeur juridique des normes techniques en expertise de responsabilité médicale	64
a) Variété des normes techniques de l'expertise en responsabilité médicale.....	64
b) Portée juridique des normes techniques de l'expertise en responsabilité médicale.....	66
§2 Perspective d'évolution des normes techniques et des missions d'expertise en responsabilité médicale	68
a) Évolution des outils médico-légaux d'évaluation du dommage corporel	68
b) L'évolution de la définition des missions d'expertises par les juges et les présidents de CCI.....	71
Chapitre 2 : La qualité de l'interprétation du rapport d'expertise par le magistrat	73
Section 1 : Le magistrat face au rapport d'expertise	73
§1 L'indépendance du magistrat face au rapport d'expertise	73
a) La justice fondée sur les faits.....	73
b) L'indépendance réelle du magistrat face au rapport d'expertise	74
§2 Les limites de l'indépendance du magistrat face au rapport d'expertise.....	75
a) La valeur probante du rapport d'expertise	76
b) La dénaturation du rapport d'expertise par le juge	77
Section 2 : L'articulation entre la CCI et les juridictions du contentieux.....	81
§1 L'articulation des expertises extra-judiciaires de CCI et des expertises judiciaires.....	81
a) La divergence des juges civils sur la valeur de l'expertise extra-judiciaire de CCI	82
b) La valeur de l'expertise extra-judiciaire de CCI pour le juge administratif.....	83
§2 L'interprétation des avis des CCI par le juge du contentieux	84
a) Le rôle des médecins siégeant en CCI	84
b) L'impact de l'avis de CCI sur la procédure judiciaire	85
CONCLUSION.....	87
INDEX ALPHABETIQUE	90
BIBLIOGRAPHIE	91

RESUMÉ

L'expertise en responsabilité médicale est un travail exigeant pour le médecin expert. Il mobilise des connaissances scientifiques précises, un savoir faire dans l'évaluation du dommage corporel et de solides bases juridiques et déontologiques. Le juge qui procède à l'ordonnance de la mesure d'expertise doit être rigoureux dans le choix de l'expert qu'il désigne, dans la rédaction des missions d'expertise et dans son interprétation des conclusions du rapport. Ces différents aspect du travail des hommes de l'art et de droit peuvent modifier la qualité du processus expertal en responsabilité médicale. Dans ce travail, nous avons évalué la qualité actuelle de ce processus au sein de notre système de justice, ses limites et les pistes d'amélioration envisageables. Nous avons mis en évidence des besoins de perfectionnement concernant la qualité scientifique des expertises, la formation et le recrutement des experts et l'articulation des procédures amiables avec les procédures devant les tribunaux.

Mots-clefs : expertise, qualité, responsabilité médicale, médecin expert, juge, dommage corporel, déontologie

ABSTRACT

Expertise in medical liability is a demanding job for the medical expert. It mobilizes precise scientific knowledge, know-how in the assessment of bodily injury and solid legal and ethical bases. The judge who orders the expert measure must be rigorous in the choice of the expert he appoints, in the drafting of the expert missions and in his interpretation of the conclusions of the report. These different aspects of the work of those skilled in the art and in law can modify the quality of the expert process in medical liability. In this work, we have assessed the current quality of this process within our justice system, its limits and possible avenues for improvement. We have highlighted the needs for improvement concerning the scientific quality of expertise, the training and recruitment of experts and the articulation of amicable procedures with procedures before the courts.

Keywords: expertise, quality, medical liability, medical expert, judge, bodily injury, ethics.