

Synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale

par
Rémi Pellet

Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences Po Paris, Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Laboratoire de l'Université Paris Descartes, qui appartient à la Communauté Université Sorbonne Paris Cité, l'**Institut Droit et Santé (IDS) est la première et unique équipe juridique labellisée par l'Inserm** (UMRS 1145). L'IDS conduit des recherches en partenariat avec les acteurs du monde de la santé, notamment sur les questions de responsabilité(s) des praticiens et établissements de santé.

Cette année, parce que de nombreux professionnels du monde de la santé ainsi que des représentants des patients se déclarent insatisfaits des conditions dans lesquelles ces procédures sont parfois effectuées, l'IDS a choisi d'organiser **une réflexion collective sur les expertises en responsabilité médicale** c'est-à-dire celles qui sont ordonnées pour la preuve de faits allégués contre un médecin ou un établissement de soins dont la responsabilité est recherchée, sur un terrain scientifique, comportemental ou organisationnel.

Pour l'occasion, **l'Institut a considéré qu'il était pertinent de s'associer à des organismes qui sont agréés par la Haute autorité de santé (HAS)** pour participer à la réalisation de sa mission d'accréditation des médecins et équipes médicales exerçant en établissements de santé privés et publics - cliniques et hôpitaux - (voir encadré).

Les organismes agréés (OA) par la Haute autorité de santé (HAS) pour l'accréditation des médecins et équipes médicales

L'article L 4135-1 du code la santé publique (CSP) dispose que « les médecins ou les équipes médicales d'une même spécialité exerçant en établissements de santé peuvent demander à ce que la qualité de leur pratique professionnelle soit accréditée » et ils doivent pour cela transmettre « à la Haute autorité de santé les informations nécessaires à l'analyse des événements médicaux indésirables »¹.

1 - Les « événements médicaux indésirables » (EMI) se distinguent des « événements indésirables graves (EIG) que les praticiens et établissements de santé doivent obligatoirement déclarer au directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) compétente, en application de l'article L. 1413-14 CSP.

L'article L 1414-3-3 CSP précise que la HAS est chargée :

« 1° De recueillir auprès des médecins ou des équipes médicales qui demandent à être accrédités les déclarations des événements considérés comme porteurs de risques médicaux et de procéder à leur analyse ;

« 2° D'élaborer avec les professionnels et les organismes concernés, selon des méthodes scientifiquement reconnues, ou de valider des référentiels de qualité des soins et des pratiques professionnelles fondés sur des critères multiples ;

« 3° De diffuser ces référentiels et de favoriser leur utilisation par tous moyens appropriés ;

« 4° D'organiser la procédure d'accréditation des médecins ou des équipes médicales au regard des référentiels de qualité des soins et des pratiques professionnelles ;

« 5° De veiller, par tout moyen approprié, à la validation des méthodes et à la cohérence des initiatives relatives à l'amélioration de la qualité dans le domaine de la prise en charge des patients. ».

Comme la loi l'a autorisé (art. L. 4135-1 CSP précité), la demande d'accréditation a été réservée par décret « aux médecins exerçant certaines spécialités particulièrement exposées au risque professionnel » : il s'agit, notamment, des gynécologues-obstétriciens, des anesthésistes-réanimateurs et des différentes catégories de chirurgiens (article D 4135-2 CSP).

L'article D 4135-4 CSP dispose que les praticiens ont le choix de déclarer des événements porteurs de risque soit par l'intermédiaire d'une instance créée au sein de l'établissement de santé où ils exercent, « soit directement auprès d'un organisme agréé selon des modalités définies par le collège de la Haute Autorité de santé. ». L'article D 4135-5 CSP a fixé la liste des missions que les organismes agréés par la Haute Autorité de santé doivent assurer, sachant que la HAS doit assurer le « contrôle du respect des obligations » des OA et que « le non-respect de ces obligations peut entraîner la suspension ou le retrait de l'agrément de l'organisme par la Haute Autorité de santé »

(art. D 4135-6 CSP). L'article D 4135-5 CSP précité confie notamment aux OA la responsabilité « de recruter et de former les experts de chacune des spécialités mentionnées à l'article D 4135-2 CSP » précité. Le décret ne précise pas la qualité de ces experts mais il faut comprendre qu'il s'agit d'experts de l'analyse des risques, qui sont formés à partir des informations transmises aux OA.

En effet, comme cela est expliqué *infra*, **dans le sens des préconisations faites par l'Académie nationale de médecine il y a plusieurs années déjà, ces organismes agréés (OA) pourraient être appelés à jouer un rôle important à l'avenir dans l'amélioration des expertises médicales et des recommandations de bonnes pratiques** qui pourraient en être tirées ainsi que **pour la formation des experts** qui interviennent dans les procédures contentieuses ou dites de « conciliation ».

Pour l'organisation des journées de réflexion sur les expertises médicales, l'IDS a travaillé avec l'OA « Gynérism », qui concerne les spécialités de gynécologie-obstétrique, de gynécologie médicale, de gynécologie-obstétrique et d'échographies. Des représentants d'autres OA ont participé aux débats, notamment ceux d'« Orthorism », constituée pour les spécialités de chirurgie orthopédique et traumatologique et de chirurgie orthopédique infantile, et du CFAR, Collège Français d'Anesthésie Réanimation.

Deux réunions de travail se sont tenues les mardis 29 mai et 10 juillet derniers. La première journée fut consacrée à l'étude des étapes des procédures d'expertises, devant les juridictions et devant les instances administratives appelées « Commissions de conciliation et d'indemnisation » (CCI), instituées par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins. La seconde journée d'étude a porté sur l'élaboration des « données scientifiques et médicales » auxquelles les experts se réfèrent lorsqu'ils sont appelés à se prononcer dans le cadre des procédures juridictionnelles et administratives.

Les réunions ont été présidées par de hauts magistrats : M. Jean-Louis Gillet, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, Mme Valérie Blanchet, présidente de la CCI de l'Île de France et M. Florian Roussel, maître des requêtes au Conseil d'État. **Plus de cinquante spécialistes ont participé aux échanges :** il s'agissait de médecins-experts, de représentants de patients et de compagnies d'assurance, d'avocats de patients et de médecins, de membres du conseil de l'Ordre des médecins, de compagnies d'experts et de sociétés savantes, d'universitaires juristes et médecins, etc. (voir liste en annexe).

L'Institut Droit et Santé et les OA partenaires sont profondément reconnaissants aux hauts magistrats d'avoir bien voulu arbitrer les débats qui ont porté sur les trois principales catégories d'expertises rendues en responsabilité médicale :

- les expertises produites devant les juridictions

judiciaires, lorsqu'un médecin libéral est mis en cause par un patient devant le juge civil ou lorsqu'un praticien, libéral ou hospitalier, fait l'objet de poursuites devant les juridictions pénales pour des dommages causés lors de soins dispensés à des patients ;

- les expertises produites devant les juridictions administratives, lorsqu'un dommage est survenu à un patient soigné par un praticien exerçant au sein d'un établissement de santé public ;

- les expertises produites devant les CCI.

Les organisateurs de ces réunions, l'IDS et les OA partenaires, ont souhaité que les intervenants puissent choisir d'évoquer d'emblée et spontanément les questions qui leur paraissent les plus importantes, compte tenu de leurs expériences professionnelles respectives, et les solutions qu'ils préconisaient, sans nécessairement faire référence aux publications existantes sur le sujet. La présente note vise d'abord à **restituer de la façon la plus objective possible les préconisations qui ont été présentées lors des débats ou qui peuvent en être déduites.**

D'autre part, il a paru intéressant de **rapprocher ces résultats des recommandations qui avaient été antérieurement formulées** par des institutions ou personnalités importantes, sachant que les pouvoirs publics n'ont pas encore donné suite à la plupart de ces propositions anciennes alors qu'elles peuvent conserver leur pertinence et qu'elles recourent pour partie celles qui ont été exprimées dans les groupes IDS/OA.

Les sources suivantes ont été choisies pour leur pertinence par rapport au sujet :

1° Les mesures préconisées lors d'une conférence publique tenue à la Cour de cassation le 2 juin 2005, par M. Patrick Matet, alors conseiller à la cour d'appel de Paris et en charge du contrôle des experts. Les propositions de ce spécialiste de l'expertise avaient notamment pour but d'« introduire plus de contradictoire dans le système de l'expert unique »². Elles ont été reformulées dans l'ouvrage collectif publié en 2008 sous le titre *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*³, dans le chapitre II intitulé « Incertitude et expertise » et rédigé par M. Antoine Garapon, secrétaire général de l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ).

2° Les « recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles » pour l'expertise judiciaire civile tirées de la Conférence de consensus de la Cour de cassation, dont les actes ont été publiés en 2007⁴. La Cour de cassation et la Conférence des premiers présidents de cour d'appel indiquent que les conclusions et recommandations

2 - Les propos de M. Patrick Matet ont été retranscrits in Rémi Pellet (dir.), *Responsabilité, assurance et expertises médicales. Bilan d'application des lois Kouchner et About (2002-2008). Propositions de réforme*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 92-93

3 - Éditions Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008

4 - [En ligne](#).

présentées dans le document de synthèse avaient été rédigées par le jury d'une « **conférence de consensus** » qui s'était réunie en toute indépendance. La Cour de cassation a mis en ligne sur son site ces recommandations en précisant qu'elles « **sont proposées aux juges, sans valeur normative**, pour contribuer à une meilleure qualité de la justice ». La conférence de consensus ne s'était pas limitée au cas des expertises en responsabilité médicale mais, logiquement, bon nombre de ses recommandations s'y applique.

3° L'auteur de cette note de synthèse avait organisé en 2007 et 2008 à l'Université de Lille et à l'Assemblée nationale deux colloques dont les actes ont été publiés⁵ sous le titre **Responsabilité, assurance et expertises médicales. Bilan d'application des lois Kouchner et About (2002-2008)⁶. Proposions de réforme**. Comme son titre l'indique, cet ouvrage est composé de plusieurs contributions relatives aux expertises médicales, avec des propositions de réformes, plusieurs de ces idées paraissant toujours d'actualité. Certains contributeurs de 2008, comme le docteur Jean Marty et le Pr. Claude Racinet, ont participé aux réunions IDS/OA de cette année, dix ans après donc.

4° Avant que la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 ne transfère ses droits et obligations au « Défenseur des droits », **le Médiateur de la République s'était saisi de la question de l'expertise médicale à laquelle il avait consacré en 2009 un long rapport assorti de nombreuses propositions⁷** qui seront également présentées pour la plupart.

5° En mai 2010, **une Commission de réflexion sur l'expertise**, présidée par deux magistrats judiciaires, avait été **mise en place par le garde des Sceaux** afin d'envisager des modifications de l'expertise en matière civile et pénale et pour améliorer tant l'accès à la justice que la qualité des décisions. **Le rapport déposé en mars 2011⁸** contient 38 préconisations qui ne visaient pas spécialement les expertises rendues en responsabilité médicale mais les concernent cependant.

6° **L'Académie nationale de médecine (ANM)** avait constitué en 2010 un groupe de travail sur le thème « *Compétence scientifique et technique de l'expert et qualité de l'expertise en responsabilité médicale* ». L'Académie a adopté

5 - Éditions Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008

6 - La loi du 4 mars 2002 est dite « Kouchner », du nom du ministre qui en a pris l'initiative. Elle fut modifiée par la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, dite « About », du nom du président de la commission des affaires sociales du Sénat, qui avait assumé la paternité du texte alors que ses principales dispositions avaient été rédigées par le ministère des Finances en collaboration avec les représentants des assureurs. Sur les effets sérieusement néfastes de la combinaison de certaines dispositions des deux lois, voir not. Rémi Pellet, « Le fonds de garantie des dommages médicaux » in Nathalie Faussat, Lydia Morlet, Olivier Saumon (dir.), « Les droits des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale », *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie (JDSAM)*, 2016, n°1, pp. 31-34. Voir également l'article à paraître dans la rubrique « Financement » du prochain *JDSAM*.

7 - [En ligne](#).

8 - [En ligne](#).

le rapport en mai avec une mise à jour en octobre 2011⁹. Ce rapport faisait en particulier une proposition tout à fait novatrice, concernant la place qui pourrait être attribuée dans le processus d'évaluation de la qualité des expertises médicales aux organismes agréés (OA) par la HAS pour la certification des médecins et équipes médicales. On observera que certaines idées exprimées lors des journées IDS/OA convergent vers celles de l'ANM.

7° Dix ans après la promulgation de la loi du 4 mars 2002 précitée, **le Conseil d'État et la Cour de cassation** avaient choisi de « prolonger et de réunir leurs analyses sur les enjeux juridiques de la responsabilité médicale en organisant ensemble **un colloque ouvert au monde universitaire et à celui des médecins, praticiens hospitaliers et assureurs** ». Les actes de ce colloque¹⁰ comprennent la restitution des **propositions qui avaient été formulées au cours d'une table ronde consacrée au « rôle de l'expert médical »**. Plusieurs des contributeurs de ces colloques ont également participé aux débats IDS/OA de cette année.

8° **En 2017, la Cour des comptes a publié un rapport sur « L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux »**, étude qui portait le sous-titre suivant : « **une mise en œuvre dévoyée, une remise en ordre impérative** »¹¹. La Haute juridiction financière tirait un bilan très sévère des conditions d'application de la loi du 4 mars 2002 et elle accompagnait ses reproches de recommandations de réforme qui concernent les expertises ordonnées par les CCI. Pour la bonne appréciation de ces critiques et propositions, il sera fait état des réponses des différentes institutions mises en cause, dont la Commission nationale des accidents médicaux, dite CNAMed, qui est notamment chargée d'établir la liste des experts en accidents médicaux.

Afin de comprendre l'évolution de la réflexion collective sur la question des expertises médicales, les propositions tirées des différentes sources seront présentées **dans l'ordre chronologique de leur publication**. Cependant, cette exposition sera organisée autour des **thèmes qui ont paru les plus importants**, à savoir, successivement : la formation des experts, le mode de sélection des experts, l'évaluation de la qualité des expertises, la définition de la mission de l'expert, la place du principe de contradiction dans l'expertise, la déontologie et la responsabilité des experts.

Toutes les personnes qui ont participé aux réunions de travail IDS/OA ont été rendues destinataires de cette note de synthèse afin qu'elles puissent **la commenter, la critiquer et la compléter** lors de la réunion du 12 octobre, qui se tiendra à la Salle du Conseil de l'Université Paris Descartes, 12, rue de l'École de médecine, 6^e arrdt, sous la présidence de M. Jean-Louis Gillet, Mme Valérie Blanchet et de M. Roussel, comme lors des journées de travail préparatoires.

9 - [En ligne](#).

10 - [En ligne](#) le dossier du participant.

11 - [En ligne](#).

La séance sera ouverte par une intervention de Mme Domitille Duval-Arnould, qui est aujourd'hui conseillère à la première chambre civile de la Cour de cassation après avoir notamment exercé les fonctions de rapporteur au Conseil d'État sur les questions de santé.

Cette synthèse ne saurait engager les participants aux réunions IDS/OA. Et, pour éviter toute ambiguïté et une éventuelle déception des lecteurs, il convient de préciser également que **cette note ne reprend pas tous les arguments qui ont été échangés lors de ces réunions. Elle n'a pas non plus pour objet de résumer le droit des expertises en responsabilité médicale, ni d'exposer toutes les difficultés que ces règles peuvent faire naître**¹².

Cette note est conçue pour **ouvrir le débat public sur des propositions nouvelles de réforme et sur des recommandations plus anciennes, complémentaires ou alternatives, mais qui paraissent toujours d'actualité** au regard des difficultés que les différents intervenants des réunions IDS/OA ont spontanément rapportées. **Chacun est naturellement libre de faire le tri entre ces différentes idées**, de retenir certaines pour en écarter d'autres, **ou même d'en proposer d'autres**. Les prises de position publiques des représentants des institutions intéressées permettraient de dégager les principaux points de convergence qui pourraient être présentés ensuite aux pouvoirs publics.

Les représentants des différents intérêts et institutions (associations de patients, assureurs, experts, membres de sociétés savantes, magistrats, avocats, universitaires, membres des conseils de l'Ordre, etc.) ont la liberté de produire une contribution écrite **sur l'ensemble des propositions exposées dans la présente note**.

La communication de Mme Duval-Arnould, ainsi que la présente synthèse et tous les textes auxquels elle donnera lieu de la part des personnes qui auront répondu à notre invitation à la commenter, seront publiés dans la présente revue en ligne de l'IDS, le *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie (JDSAM)* qui est largement diffusé auprès des praticiens et universitaires spécialistes de droit de la santé.

12 - Pour une vue d'ensemble, il convient de se référer à la remarquable thèse de Me Amel Ghozia *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire*, LEH Édition, 2017. Me Ghozia a participé de façon très active aux deux réunions de travail IDS/OA mais sans que cette note ne l'engage personnellement.

I. / La formation des experts en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

La conférence de consensus ne s'était pas prononcée sur la façon dont les experts devraient être formés. Cela n'a rien d'étonnant car son propos concernait l'expertise judiciaire en général. En revanche, les recommandations insistent sur la nécessité d'**organiser un contrôle des juges sur la qualité de la formation des experts**, préconisation qui peut s'appliquer aux experts en responsabilité médicale :

« La conférence retient que le juge devrait disposer de toutes les informations nécessaires, notamment (...) :

- la mise à disposition d'une **sélection de rapports anonymisés** [rédigés par l'expert],
- son cursus professionnel hors expertise judiciaire, et notamment **sa formation permanente**,
- **l'adéquation de sa formation à l'expertise judiciaire**,
- **son aptitude à appliquer la méthodologie** de missions-types et de missions normalisées (...) ».

2./ Propositions du Médiateur (2008/2009)

Lors d'un des colloques organisés en 2008 sur le bilan des lois des 4 mars et 30 décembre 2002 (cf. supra), la représentante du Médiateur de la République, Mme Timsit, avait souligné que « l'absence de formation obligatoire pour se faire nommer expert est apparue problématique » et que « devraient notamment être **systématiquement vérifiées non seulement la compétence technique [des experts] au titre de la spécialité, mais également la compétence médico-légale en dommages corporels** ».

Dans son rapport de 2009, le Médiateur de la République avait ajouté deux propositions :

- « Pour être inscrit, l'expert devrait être **obligatoirement titulaire d'un diplôme de médecine légale ou de réparation juridique du dommage corporel ou d'autres diplômes équivalents** délivrés par de rares universités (par exemple, les universités de Paris 8 et de Montpellier 1 ont mis en place un diplôme interuniversitaire de droit de l'expertise médico-légale particulièrement complet).

- « **La Commission nationale de l'expertise** [dont le Médiateur proposait la création, cf. *infra*] aurait pour mission de **dresser la liste des diplômes admissibles et pourrait également contribuer à la formation initiale et continue des experts**, en partenariat avec les Compagnies d'experts qui proposent déjà de telles formations et l'Ecole Nationale de la Magistrature ».

3./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise (2011)

Le groupe ayant établi le *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise* de 2011 considérait que « l'activité expertale n'étant pas une profession réglementée, **le ministère ne peut définir le contenu de la formation des experts ni agréer des organismes susceptibles de la dispenser** », mais la commission préconisait deux réformes :

1° Concernant la formation préalable, il recommandait « aux compagnies d'experts de proposer ou développer dans toutes les cours d'appel **une offre de formation préalable à l'inscription suivie de la délivrance d'une attestation** ».

2° Concernant la formation initiale, il considérait qu'il fallait :

- d'une part, « **imposer dans un délai de six mois suivant la prestation de serment une formation initiale qui serait organisée sous l'égide de l'École nationale de la magistrature (ENM)** en partenariat avec le Conseil national des compagnies d'experts de Justice (CNCEJ), les compagnies et les unions régionales d'experts ».

- d'autre part, « harmoniser les modalités de formations par : **une association des cours d'appel aux plans de formation des experts** » et la « **création sous l'égide de l'ENM d'une formation des "formateurs"** permettant la diffusion d'une culture sur la procédure, l'expertise, l'environnement judiciaire et la comparution de l'expert à l'audience ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine (ANM, 2011)

Le rapport de l'ANM considérait que « l'expert médecin, dans une affaire en responsabilité médicale, doit être **de formation et expérience scientifique et/ou technique au moins égales à celles de ses pairs dans la spécialité concernée par l'avis demandé** ». D'autre part, l'Académie préconisait de créer :

- « **une réserve de techniciens associés (sapiteurs) ou de co-experts "pointus" nommés hors liste dans des affaires d'une difficulté particulière** » dans l'ensemble des praticiens accrédités par les organismes agréés pour l'accréditation ;

- **un mécanisme spécifique d'« accréditation des experts en responsabilité médicale »**, avec les étapes suivantes : l'HAS agréé un organisme chargé d'accréditer l'expert ou l'organisme expertal (collège d'experts) ; l'organisme agréé (OA-Accréditation) audite et accrédite l'organisme expertal (expert ou collège d'experts) ; l'organisme expertal livre le produit de l'expertise (le rapport) ; le client (c'est-à-dire le donneur d'ordre – le juge) reçoit en confiance un rapport en conformité avec les exigences de la norme NF X50-110 ».

Le rapport insistait sur cette proposition qu'il précisait ainsi : « Une procédure d'accréditation authentique d'experts devrait être mise en place **sous le contrôle de l'HAS et avec**

le concours des organismes agréés pour l'accréditation dans les différentes spécialités médicales dites "à risques". Conçue dans l'esprit de la norme AFNOR NF X50-110 qui certifie la maîtrise de la conduite de l'expertise et renforce la confiance dans l'expertise, cette procédure d'accréditation expertale normalisée créerait de **courtes listes d'experts accrédités utilisables de façon sélective par le juge dans chaque spécialité. Il conviendrait que cette accréditation soit étendue à l'ensemble des experts médecins en responsabilité médicale**. Ces "experts accrédités" pourraient, sous certaines conditions, avoir accès au portail d'informations créé par l'accréditation des médecins et équipes médicales : pré-requis de la spécialité et base de recueil et de traitement des informations anonymisées sur les événements porteurs de risques (base REX) ».

Concernant la norme NF X50-110 à laquelle se réfère l'ANM, il convient de rappeler que le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 « relatif à la normalisation » définit celle-ci comme « une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable ». L'article 2 du même décret dispose que « **La normalisation et sa promotion sont assurées par l'Association française de normalisation [AFNOR]** et les organismes agréés par le ministre chargé de l'industrie comme bureaux de normalisation sectoriels afin d'organiser ou de participer à l'élaboration de normes françaises, européennes ou internationales de cette façon ».

La norme AFNOR NF X 50-110 « **Qualité en expertise, Prescriptions générales de compétence pour une expertise** » a été homologuée par décision du directeur général de l'AFNOR le 20 avril 2003 pour prendre effet le 20 mai 2003. Comme le soulignait un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) de 2001 sur *Les saisines et le lancement de l'expertise sanitaire*¹³, « **la norme AFNOR NF-X 50-110 est devenue la référence sur la qualité en expertise** », sachant qu'un document complémentaire, le fascicule de documentation FD X 50-046, « *Recommandations pour l'application de la norme NF X 50-110, Prescriptions générales de compétence pour une expertise* », fournit aux organismes, ainsi qu'aux commanditaires, des recommandations pour faciliter l'application opérationnelle de la phase de saisine et aboutir au « contrat d'expertise ».

13 - [En ligne](#)

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2012)

Dans son intervention au colloque organisé par les deux Hautes juridictions, Mme Sylvia Mille, alors présidente de chambre à la cour administrative d'appel de Paris, avait elle aussi souligné que « **l'État ne peut imposer une formation, en définir le contenu ni agréer des organismes de formation** dès lors qu'il ne s'agit pas [s'agissant de la fonction d'expert] d'une profession réglementée » mais la magistrate avait proposé :

- de « **mettre en place une formation commune (juge judiciaire, juge administratif et CNAMed)** plus adaptée à la complexification de la fonction d'expert de justice »

- que l'État recommande « aux compagnies d'experts de proposer ou développer une offre de formation commune préalable à l'inscription à la fois **en compagnonnage avec un bon expert et sous forme de cours, suivie d'une période probatoire, pendant laquelle ils feront une expertise qui sera elle-même évaluée** », sachant « que c'est sur la base de cette évaluation qu'ils seront inscrits (cf. les chartes régionales conclues entre les compagnies d'experts, les juridictions judiciaires et les avocats) »

- dans les tribunaux administratifs, d'envisager « **d'organiser périodiquement des réunions de travail entre experts et magistrats** traitant le contentieux de la responsabilité hospitalière ».

Au cours du même colloque, le Dr Philippe Billet, expert judiciaire, avait également considéré « que **le compagnonnage ou la nomination d'un collège expertal ou encore une période probatoire pour les experts** serait une très bonne chose (...). Il serait tout à fait raisonnable de prévoir que, pendant deux ans, un expert candidat puisse assister à des expertises ou alors s'il est nommé expert, il le fasse en collège avec des experts chevronnés ».

6./ Propositions de la Cour des comptes sur la formation des experts par la CNAMed (2017)

Comme Me Amel Ghozia l'a bien relevé dans sa thèse précitée, il existe un paradoxe : alors que l'État ne serait pas en mesure d'imposer une formation aux experts inscrits sur les listes des juridictions (voir les observations ci-dessus), l'article L 1142-10 CSP dispose que la CNAMed est non seulement chargée « de prononcer l'inscription des experts sur une liste nationale des experts en accidents médicaux **après avoir procédé à une évaluation de leurs connaissances** » mais elle est également tenue de « **contribuer à la formation de ces experts en matière de responsabilité médicale** ».

La Cour des comptes ne s'est pas prononcée sur la qualité des formations que la CNAMed est censée dispenser aux candidats à l'expertise. Elle a seulement observé que « **la CNAMed n'a pas réussi à établir une liste suffisante d'experts médicaux.** Le nombre d'inscrits a été ramené de 247 médecins en 2011 à 200 en 2015, ce qui a conduit à entériner la pratique des présidents de CCI, en

principe exceptionnelle, mais devenue courante, de confier des expertises à des médecins non inscrits, **dont elle n'a pas assuré la formation** ».

La Cour des comptes a également constaté que l'ONIAM s'était doté d'un service médical, alors que le législateur n'a confié à l'Office « **aucune attribution d'ordre médical** ». De surcroît, aucun des praticiens choisis par l'ONIAM pour son service médical (un médecin généraliste, deux internes des hôpitaux et depuis peu d'un chirurgien à mi-temps), « **n'est agréé par la CNAMed** », ce qui est d'autant plus piquant que l'ONIAM s'est reconnu le droit de remettre en cause les avis des CCI sur la base d'expertises médicales que l'Office juge critiquables.

7./ Constats et propositions tirés des réunions IDS/OA de 2018

1° Aujourd'hui, pour obtenir leur inscription sur une liste d'experts de Cour d'appel, les médecins doivent avoir obtenu un diplôme de réparation juridique du préjudice corporel, diplôme d'université (DU) de 3^e cycle, délivré pratiquement par toutes les facultés de médecine. Quant à leur formation continue, elle est devenue obligatoire depuis la loi 2004-130 du 11 février 2014¹⁴, et elle est essentiellement organisée par les « Compagnies d'experts » regroupant, sur la base du volontariat, les experts d'une même Cour d'appel. Or, lors des débats, **le caractère trop souvent superficiel et inintéressant de cette formation continue a été critiqué car elle ne porte que sur le droit des procédures expertales, nullement sur leur dimension proprement scientifique.**

2° Jusqu'à présent, la CNAMed a publié des recommandations ou propositions tendant notamment « à l'harmonisation des missions d'expertise afin d'en renforcer la qualité et de garantir le traitement égalitaire des victimes ; l'élaboration d'un livret de l'expert lui rappelant son rôle, les procédures à suivre et, en particulier le caractère contradictoire de l'expertise ; [...] au respect de la collégialité de l'expertise, à savoir présence de deux médecins, l'un nommé au titre de ses compétences en matière de dommage corporel et l'autre en raison du domaine concerné, ou un seul médecin s'il possède les deux compétences »¹⁵.

14 - Article 10 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires modifié par le décret n°2007-1119 du 19 juillet 2007 : « Les demandes de réinscription pour une durée de cinq ans sont envoyées avant le 1^{er} mars de chaque année au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat exerce son activité professionnelle ou possède sa résidence ou, pour les demandes d'inscription dans la rubrique traduction, au procureur de la République près le tribunal de grande instance du siège de la cour d'appel.

La demande est assortie de tous documents permettant d'évaluer :
1° L'expérience acquise par le candidat, tant dans sa spécialité que dans la pratique de la fonction d'expert depuis sa dernière inscription ;
2° La connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien ainsi **que les formations qu'il a suivies dans ces domaines** ».

15 - Voir la réponse du président de la CNAMed au rapport de la Cour des comptes

Aucun décret n'est venu préciser les conditions dans lesquelles la CNAMed exerce sa mission d'enseignement. Il ressort cependant des rapports publiés par la CNAMed jusqu'en 2013¹⁶ que la Commission nationale organise **des séances de formation d'un peu moins de trente heures** sur le droit des expertises médicales.

Il est certainement possible de faire mieux. Les réunions de travail organisées par l'IDS et les OA de 2018 ont été l'occasion d'évoquer **une proposition qui va dans le même sens que celles de l'ANM** : il s'agirait de faire intervenir officiellement les organismes agréés par la HAS ainsi que les sociétés savantes dans le processus de certification de la formation des experts en responsabilité médicale.

Pour les experts inscrits sur une liste d'experts des juridictions et/ou des CCI et spécialistes des disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 du code de la santé publique (CSP), il conviendrait de rendre obligatoire leur participation à des séances de formation au sein des organismes agréés (OA) par la Haute autorité de santé (HAS), pour être formés et pour former les médecins adhérents. À cette fin, les OA seraient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise (anonymisés) en lien avec leur spécialité, afin de les exploiter scientifiquement pour « former des formateurs » ou dispenser directement des formations aux candidats à l'inscription sur les différentes listes d'experts médicaux (PROPOSITION n° 1)

II. / Le mode de sélection des experts en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

La conférence de consensus a émis deux recommandations particulières sur les modalités de choix des experts, en considérant :

- qu' « **il n'est pas de bonne pratique de choisir l'expert hors liste.** Un tel choix doit être justifié par des raisons particulières et nécessite de la part de l'expert ainsi désigné le respect des contraintes inhérentes à l'expertise. **Il est de bonne pratique de lui faire prêter serment** » ;

- qu' « **il est de bonne pratique que le juge prenne en considération, dans la désignation de l'expert, la proposition conjointe des parties,** ou celle d'une ou

.....
16 - Pour une raison inconnue de nous, il n'y a pas de rapport mis en ligne pour les années ultérieures

plusieurs d'entre elles dès lors qu'aucune ne s'y oppose, étant observé qu'il demeure toujours libre de son choix ».

La conférence de consensus a souligné les différences du système français et de certains systèmes étrangers :

- en Grande-Bretagne, « La partie souhaitant appuyer sa démonstration sur une expertise devra y être autorisée, en définissant son domaine et en identifiant le technicien approprié quand c'est possible. **Ce technicien n'est soumis à aucune sélection de l'autorité judiciaire** ; il ne devra sa capacité à retenir l'attention des parties requérantes qu'à sa compétence et à sa réputation ».

- « Aux États-Unis d'Amérique, la logique de "*l'expert witness*" a conduit la jurisprudence à exiger, **à l'occasion de chaque procès et avant l'examen au fond, le contrôle et la validation de la compétence de l'expert** »

- « **L'Allemagne** a adopté une solution similaire à celle de la France par la tenue de listes d'aptitude, avec **une différence notable**, puisque **le contrôle des aptitudes s'effectue par l'intermédiaire des professionnels eux-mêmes**, après agrément des institutions ou organisations qui en sont chargées ». : **on peut rapprocher cette pratique de la proposition évoquée lors des réunions IDS/OA**, cf. *infra* III./

2./ Recommandations du Médiateur (2009)

En 2008, la représentante du Médiateur de la République au colloque organisé à l'assemblée nationale, Mme Timsit, avait considéré que « la légitimité d'une expertise par un praticien ne pratiquant plus depuis de nombreuses années peut être questionnée, notamment lorsque se trouve discutée une technique médicale nouvelle. Or le droit actuel permet la désignation comme expert d'un professionnel ayant cessé son activité ».

Dans son rapport *Proposition de réforme de l'expertise médicale judiciaire de 2009*, le Médiateur de la République avait préconisé deux réformes :

- « **Améliorer les conditions d'élaboration et de diffusion de la liste nationale des experts judiciaires notamment en matière médicale** » en créant notamment **une « Commission nationale de l'expertise** chargée de l'établissement et du suivi de cette liste et qui présenterait l'intérêt d'associer des magistrats, des membres des compagnies nationales et régionales d'experts, des représentants des Ordres et organismes professionnels (syndicats de médecins représentatifs, sociétés savantes des différentes disciplines) concernés ainsi que des associations de malades et de défense des victimes » ;

- « **L'amélioration de la diffusion de la liste nationale** des experts judiciaires auprès des juridictions de première instance et des Cours d'appel », **par « la création d'un outil informatique national** rendant accessible à toute personne ou instance intéressée **un "fichier des experts" complet, précis et actualisé** apparaît indispensable ».

- « Parmi les conditions pour permettre l'inscription ou la réinscription sur une liste, **exiger que le candidat exerce toujours l'activité médicale au titre de laquelle il revendique sa qualité d'expert** »

D'autre part, concernant **la désignation de l'expert par le juge**, le Médiateur avait proposé de :

- « **Donner un effet plus contraignant aux listes d'experts** en posant le principe de la désignation de l'expert judiciaire à partir des listes, **le choix hors liste restant possible mais devant être motivé par le juge et justifié par des circonstances particulières** (par exemple l'expertise concerne un domaine très spécialisé non couvert par les listes ou encore il n'y a pas d'expert agréé disponible dans la discipline en cause) »

- « **Associer les parties à l'instance au choix de l'expert et à la définition de sa mission** », sachant notamment « que la **désignation consensuelle de l'expert** est d'ores et déjà préconisée et pratiquée dans certaines juridictions » et qu'il serait souhaitable d'étendre aux expertises judiciaires civiles la possibilité ouverte aux parties dans la procédure pénale (article 161-1 du CPP) de demander au juge d'instruction, « **d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes** mentionnées à l'article 157 [CPP] », c'est-à-dire la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des listes dressées par les cours d'appel.

- « **Favoriser la collégialité de l'expertise dans les cas complexes** [...] »

3. / Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise de 2011

La commission proposait **la motivation des décisions de refus d'inscription. Ce principe a été imposé par la Cour de justice de l'Union européenne** avant d'être consacré par le législateur. Ainsi, l'arrêt CJUE, 17 mars 2011, *Josep Peñarroja Fa*, aff. Jtes C-372/09 et C-373/09 a **rendu obligatoire la motivation d'une décision de refus d'inscription d'un expert** et la **loi n° 2012-409 du 27 mars 2012** a alors revu la rédaction de l'article 2 de la loi du 29 juin 1971 qui mentionne désormais que « La décision de refus d'inscription ou de réinscription sur l'une des listes prévues au I est motivée », sachant que la Cour de cassation sanctionne le défaut de motivation (Cass. 2^e civ, 6 juin 2013, 12-60.585 et 13-60.024) mais aussi « l'erreur manifeste d'appréciation » (Cass, 2^e civ, 7 juin 2012, 12-60.073) des assemblées générales de Cour d'appel.

La commission préconisait également d' « envisager soit l'abrogation de l'article R.122-25-1 du code de justice administrative, soit **l'établissement d'une liste nationale des experts commune au Conseil d'État et à la Cour de cassation** ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine

Le rapport précité de l'ANM préconisait deux réformes, dans les termes suivants :

1° « Lors de l'instruction du dossier d'un candidat à l'inscription sur une liste d'expert, la pratique de l'entretien avec un ou deux membres rapporteurs de la compagnie d'experts ou de la commission de la CNAMed, choisis dans la même spécialité, doit être étendue ».

2° « La nomenclature des rubriques expertales doit être revue avec plus de précision et faire mention des sur-spécialités. Une véritable banque de données informatisées et régulièrement contrôlées serait mise à la disposition du juge qui choisit et missionne l'expert ».

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2012)

Dans son intervention précitée, Mme la présidente Sylvia Mille avait préconisé de « **mettre en place un recrutement sinon commun (par regroupement des listes judiciaires et administratives quand elles existent) du moins harmonisé d'un ordre à l'autre**, plus sélectif et fondé sur des critères objectifs, transparents et communs, tels que ceux définis par la CJUE dans son arrêt *Peñarroja Fa* : les compétences techniques, l'intérêt pour la collaboration au service public de la justice, les besoins des juridictions. **Ce recrutement pourrait d'ailleurs être commun aux CRCI [devenues depuis CCI]...** », sachant que, « quel que soit l'ordre juridictionnel, la prestation de l'expert qui, comme l'a rappelé la CJUE, n'exerce pas une profession réglementée, est soumise aux mêmes exigences, qu'il soit judiciaire, administratif ou CRCI ».

6. / Propositions de la Cour des comptes sur les experts choisis par les CCI (2017)

Dans le corps de son rapport précité, la Cour des comptes a relevé qu' « une ordonnance du 15 juillet 2016 facilite désormais l'inscription des experts médicaux sur la liste nationale en supprimant la condition préalable d'inscription sur la liste des experts judiciaires » mais, selon la Haute juridiction financière, « cette mesure ne paraît pas de nature à régler toutes les difficultés rencontrées par la CNAMed pour solliciter des candidatures ».

La Cour a proposé de « **constituer un vivier suffisant d'experts** » sachant qu' « au-delà de la question de la qualité de l'expertise, **la rareté des experts, notamment dans des spécialités pointues, pèse sur les délais d'instruction des CCI** ». La Cour a ainsi souligné qu' « en plein contentieux¹⁷, et sans tenir compte des délais de recours, les délais des

17 - « Statistiques fournies sur la période 2011 à 2015 par le Conseil d'État pour les juridictions administratives et sur les années 2013 à 2015 par la direction des affaires civiles et du Sceau pour les juridictions judiciaires ».

tribunaux de grande instance et des tribunaux administratifs ne dépassent pas deux ans, alors que les procédures de l'ONIAM ont une durée moyenne de 2 ans 9 mois. Cet indicateur, essentiel, n'est pourtant pas suivi par l'Office. La comparaison serait encore plus défavorable à l'ONIAM si on incluait dans les délais des procédures juridictionnelles ceux portant sur les référés¹⁸ qui aboutissent, dans plus de 60 % des cas, à mettre fin au litige par un accord entre les parties ».

La Cour des comptes a alors proposé deux réformes alternatives :

- « **la liberté de recrutement par les présidents de CCI** ». Dans cette hypothèse, « **les présidents de CCI pourraient faire appel à des médecins non inscrits, en motivant le recours à un médecin hors liste**. La première mission qui leur serait confiée ouvrirait une période probatoire d'un ou deux ans, au terme de laquelle toute nouvelle mission serait conditionnée à l'agrément de la CNAMed » ;

- « **la suppression de la liste de la CNAMed** ». Dans cette hypothèse, serait retenue « **la liste des experts judiciaires en revalorisant progressivement les tarifs des expertises par référence à ceux appliqués par les juridictions administratives**, par redéploiement au sein du budget de l'ONIAM. La CNAMed se recentrerait alors sur la formation des experts et la vérification de la qualité des expertises. Elle devrait aussi s'assurer de la prévention des conflits d'intérêts dont les règles seraient à aligner sur celles de l'expertise sanitaire. Il convient en effet de **généraliser la publication des déclarations d'intérêts et de faire vérifier systématiquement par les présidents de CCI l'absence de liens d'intérêts avec l'une des parties ou avec l'ONIAM** ».

Dans la liste des propositions qui concluent le rapport, la Cour des comptes n'a retenu que la 2^e solution, celle consistant à « **supprimer la liste nationale d'experts médicaux en l'alignant sur celle des experts judiciaires et en veillant à l'attractivité de leur exercice auprès des CCI et en organisant leur formation continue** ».

Dans sa **réponse au rapport de la Cour des comptes**, le Premier ministre avait considéré qu'« en tout état de cause, **la suppression de la liste nationale d'experts médicaux en l'alignant sur celle des experts judiciaires n'aurait pas de sens**, dans la mesure où **le législateur vient de permettre à la CNAMed de porter sur la liste nationale des experts non-inscrits sur la liste des experts judiciaires et de faciliter l'obtention de l'agrément en promouvant la prise en compte des acquis de l'expérience au travers d'une inscription probatoire** ».

Le Premier ministre faisait référence à l'**ordonnance**

18 - « Les référés expertise (ou référés instruction) permettent au juge d'obtenir une mesure d'instruction ou une expertise plus riche que le simple constat de faits matériels, en vue de la solution du litige. Ils représentent respectivement 73 % du total des décisions des tribunaux de grande instance, prises en moyenne en moins de deux mois, et 56 % de celles des tribunaux administratifs, traitées en moins de quatre mois ».

n° 2016-967 du 15 juillet 2016 citée par la Cour des comptes, texte qui a modifié l'article L1142-11 CSP, lequel est désormais ainsi rédigé :

« I. - Les experts peuvent demander à être inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux s'ils justifient d'une qualification comportant une évaluation des connaissances et des pratiques professionnelles.

Cette inscription vaut pour cinq ans et peut être renouvelée. Le renouvellement est subordonné à une nouvelle évaluation des connaissances et des pratiques professionnelles.

Il peut toutefois être préalablement procédé à une inscription probatoire pour une durée limitée [...] ».

D'autre part, l'article R 1142-31-1 CSP, tel qu'il résulte de l'article 1 du décret n° 2017-1288 du 21 août 2017, dispose :

« I.-Les candidats qui n'ont jamais réalisé d'expertises ou dont les expertises produites à l'occasion de la demande d'inscription sur la liste mentionnée à l'article L 1142-11 **ne permettent pas de considérer qu'ils disposent des connaissances suffisantes en matière de techniques de l'expertise en responsabilité médicale, peuvent être inscrits à titre probatoire pour une durée maximale de deux ans.**

Pendant cette période, le candidat est affecté auprès d'une commission de conciliation et d'indemnisation [CCI]. Il ne peut être désigné seul pour procéder à une expertise. Il ne peut intervenir qu'auprès d'un ou plusieurs experts inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux et désignés par le président de la commission de conciliation et d'indemnisation concernée.

La commission nationale des accidents médicaux [CNAMed] précise, dans le cadre des recommandations mentionnées au deuxième alinéa de l'article L 1142-10 [recommandations sur la conduite des expertises], les conditions dans lesquelles est organisée la période probatoire.

II.-A l'issue de la période probatoire, et en vue de son inscription sur la liste mentionnée à l'article L. 1142-11 pour une période de 5 ans, la commission nationale des accidents médicaux [CNAMed] examine le dossier du candidat, **au regard notamment des rapports d'expertise réalisés au cours de cette période**, pour évaluer ses connaissances et pratiques professionnelles ».

Le Président de la CNAMed a répondu aux observations de la Cour des comptes en jugeant que :

- « la première hypothèse évoquée par la Cour [les présidents de CCI pouvant faire appel à des médecins non inscrits] permettrait raisonnablement de parvenir, à distance de 2 ou 3 ans, à l'élaboration d'une liste "CNAMed" plus étoffée, dans le respect des critères qualitatifs sus rappelés. Le niveau des résultats obtenus sera également tributaire de l'investissement personnel des présidents de CCI en

direction des experts "hors liste" actuellement désignés ».

- « La seconde solution, privilégiée par la Cour [retenir la liste des experts judiciaires en revalorisant progressivement les tarifs], formalisée à la recommandation n° 2 [suppression de la liste nationale d'experts médicaux en l'alignant sur celle des experts judiciaires], dont la simplicité et la nouveauté sont incontestables, nécessite[rait] des moyens humains et budgétaires, particulièrement pour assurer la formation continue des experts et la mise en place d'un dispositif de concertation et de dialogue entre les cours d'appel et la CNAMed ».

Quant aux **présidents de Commissions d'indemnisation des accidents médicaux (CCI)**, ils ont pris une position très ferme : « Au vu de la très grande difficulté à trouver des experts spécialisés en réparation du préjudice médical, [ces présidents] redisent **leur attachement fort au maintien des pratiques et textes actuels qui leur permettent de s'adresser à des experts hors listes**. Tant que la liste de la Cnamed ne sera pas substantiellement étoffée et qu'un dispositif d'agrément *a posteriori* des désignations faites par les présidents de CCI ne sera pas efficacement établi, **il est in-envisageable de limiter le recours à ces viviers extérieurs**. Le dispositif actuel cesserait en effet de fonctionner à brève échéance ».

Enfin, les co-présidents du Collectif interassociatif sur la santé (CISS) et de la présidente de la Fédération des AVIAM (association d'aide aux victimes d'accidents médicaux), considèrent que :

- « **la seule inscription sur la liste des experts judiciaires est (...) insuffisante pour garantir la qualité des expertises en matière d'accidents médicaux** » et « c'est pourquoi » ils soutiennent la première hypothèse » du rapport « qui suit la pratique qui vient d'être adoptée par la CNAMed et les présidents de CCI **en combinant l'initiative des présidents de CCI dans le choix des experts, une période probatoire puis "l'agrément" par la CNAMed** ».

- Le CISS et les AVIAM ajoutent qu'ils souhaitent « attendre une évaluation de cette nouvelle pratique de recrutement des experts avant d'envisager une refonte de la liste nationale des experts, qu'elle soit judiciaire, administrative ou CNAMed au profit d'une liste unique ». Enfin, « à titre annexe », les présidents déclarent souhaiter « **que l'ensemble des médecins intervenant dans le dispositif, indemnisation et fonds, justifient d'une formation en réparation du dommage corporel** ».

7. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA (2018)

1° Certains intervenants ont exprimé la nécessité **d'exclure des listes d'experts les médecins qui n'ont plus d'activité de praticien**. À l'appui de ce point de vue, on peut citer l'article R 1142-30-1 CSP relatif aux conditions d'inscription sur la liste des « experts Cnamed » au nombre desquelles figurent celles d' « avoir exercé son activité

pendant une durée de dix années consécutives au moins dans le ou les domaines de compétence à raison desquels elle demande son inscription » et de « **ne pas avoir cessé d'exercer cette activité depuis plus de deux ans avant la date de la demande d'inscription** ». Mais, au cours des débats, certains intervenants ont considéré que des retraités pouvaient rester informés des évolutions de l'art médical et avaient l'avantage de disposer du temps nécessaire pour effectuer des recherches. D'ailleurs, dans l'affaire dite Hayum qui a été évoquée lors de la 2^{ème} journée (cf. *infra*), c'est le rapport d'un expert médecin-retraité qui a conduit à la remise en cause des expertises rendues par des praticiens en activité agréés par la Cour de Cassation, alors que la candidature dudit Retraité auprès de la Haute juridiction judiciaire avait été refusée à deux reprises. **Il n'y avait donc pas de consensus sur le sujet au sein du groupe de travail IDS/OA sur la question du recours exclusif ou non à des praticiens en activité.**

Pendant, **Me Amel Ghozia a préconisé d'associer, dans les cas complexes, le médecin-expert qui ne pratique plus la spécialité médicale à un médecin-expert praticien de la discipline, tous deux étant co-signataires du rapport d'expertise. Cette idée nous semble devoir être reprise (PROPOSITION n° 2)**

2° Pour l'heure, l'article R 122-25-1 CJA dispose toujours qu' « il peut être établi, chaque année, pour l'information des juges, un tableau national des experts près le Conseil d'État dressé par le président de la section du contentieux, après consultation des présidents de cour administrative d'appel ». **Il n'est donc toujours pas question d'une liste commune aux deux ordres juridictionnels et à la CNAMed**, contrairement aux propositions formulées dans plusieurs rapports.

3° Lors des débats, certains experts aujourd'hui inscrits sur la liste CNAMed ont regretté avoir subi des refus d'inscription par des cours d'appel, sans que ces décisions aient été motivées. Cette pratique est contraire à l'état actuel du droit qui ouvre des voies de recours contre les refus non ou insuffisamment motivés (cf. *supra*) et il n'y a donc pas lieu de faire des préconisations particulières de réforme des textes mais **d'inviter les organisations professionnelles à rappeler aux candidats à l'expertise qu'ils ont le droit de savoir pour quelles raisons ils ne sont pas retenus.**

4° Les débats ont été l'occasion d'évoquer la situation **d'experts qui ont été inscrits sur la liste CNAMed alors que leur inscription sur une liste judiciaire leur avait été refusée peu de temps auparavant**. Évidemment, ces discordances font douter du bien-fondé de l'une ou l'autre de ces décisions (refus/acceptation), alors surtout que les exigences posées pour l'inscription sur la liste CNAMed sont théoriquement plus grandes que pour l'inscription sur une liste judiciaire. La situation paraît d'autant plus mal contrôlée que lors des débats a été confirmé le fait que les CCI recourent

fréquemment à des experts qui ne sont sur aucune liste. Ainsi, **le dispositif d'expertise propre au « système CCI-CNAMed-ONIAM » apparaît à la fois théoriquement plus rigoureux** (inscription sur une liste CNAMed sous condition d'une formation spécifique) **et en pratique plus laxiste** (absence réelle de formation des experts inscrits sur la liste CNAMed ; fréquence du recours aux experts hors-liste) **que le dispositif appliqué par les juridictions judiciaires et administratives.**

5° Pour rendre la situation plus cohérente, lors des débats a été évoquée une **proposition comparable à celle qui avait été faite en 2007** par un groupe de praticiens qui militaient pour « L'évaluation des pratiques professionnelles du médecin expert judiciaire »¹⁹. Concernant la sélection des experts, ces spécialistes préconisaient la « **Création d'une liste d'experts validés par la profession** », avec les arguments suivants :

« Il serait utile, et rapidement réalisable, d'envisager (sous l'égide d'une structure professionnelle qui pourrait être pour l'Obstétrique une Commission mixte du Collège national des gynécologues accoucheurs - CNGOF - et du Syndicat national des gynécologues accoucheurs -SYNGOF) des séminaires d'actualisation des données scientifiques destinés non seulement aux candidats-experts mais aussi aux experts titulaires (à partir de dossiers d'expertise anonymisés). Ces séminaires validés par une évaluation autoriseraient à **décerner le label des professionnels de la discipline**, lequel label serait renouvelable selon une périodicité à définir. **L'encadrement méthodologique et la validation des acquis de ces séminaires pourraient être confiés à la Haute autorité de santé (HAS)**. Cette proposition aboutira à l'élaboration d'une liste spécifique d'experts spécialisés dans un domaine médical, qui sera renouvelée régulièrement.

« Il serait heureux que cette liste soit élaborée dans le cadre d'une parfaite concertation entre : les sociétés savantes des différentes spécialités, les conseils de l'Ordre régionaux, les Compagnies nationales et régionales de médecins experts, les Commissions associant des représentants des juridictions et des experts prévues par l'article 2 de la loi 11 février 2004 intégrée dans la loi du 29 juin 1971.

« En dernier ressort et conformément à ses nouvelles compétences, il appartiendra au **Conseil régional de l'Ordre des médecins**, qui va prendre en charge le contrôle de la formation et de l'évaluation des pratiques professionnelles des praticiens en général, de **dresser in fine la liste des experts reconnus** c'est-à-dire offrant une garantie de qualité pour les demandeurs d'expertises médicales. Cette liste, qui serait la seule à offrir une réelle garantie de qualité en raison de sa validation par des scientifiques et non pas uniquement par des juristes ou des Experts, devrait être communiquée à l'ensemble des Présidents de Cours d'Appel, au Président de la Cour de Cassation, de même qu'à la CNAM, de manière

que soient, le cas échéant, intégrés dans la liste des Experts judiciaires ainsi que dans la liste des Experts CRCI les Experts spécialisés en responsabilité (obstétricale et périnatale pour notre exemple) ».

Cette proposition s'apparentait au dispositif applicable en Allemagne (cf. *supra*), mais elle n'a pas été précisée ni soutenue de façon très claire lors des débats IDS/OA, peut-être parce qu'elle est suspecte de donner un rôle trop important aux « corporations », ce qui serait contraire à notre tradition nationale.

6° En revanche, au sein des groupes de travail semblait faire consensus le fait que **la seule inscription sur la liste des experts judiciaires et/ou de la liste des experts CNAMed est insuffisante pour garantir la qualité des expertises, concernant en particulier les disciplines médicales et chirurgicales à risques aggravés.**

De ce constat consensuel peut être tirée la proposition suivante : **pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 CSP, il conviendrait de conditionner l'inscription ou la réinscription sur une liste d'experts des juridictions et/ou de la CNAMed à l'examen préalable des candidatures par des institutions compétentes dans la spécialité concernée : compagnies d'expert, organisme agréé (OA) par la HAS, société savante. Les appréciations portées par ces instances devraient être motivées par des éléments objectifs tenant à la formation du candidat, à sa pratique dans la spécialité, à la qualité des expertises qu'il a déjà rendues (PROPOSITION n° 3)**

Une autre proposition peut être tirée des débats :

Dans un but de transparence, il s'agirait de **rendre accessibles aux parties intéressées les avis exprimés par les institutions préalablement consultées - compagnie d'expert, organisme agréé (OA) par la HAS, société savante - sur les dossiers de candidature de l'expert pour son inscription ou réinscription sur les listes d'experts des juridictions et/ou des CCI. (PROPOSITION n° 4)**

19 - C. Racinet, C. Catteau, H. Fabre, F. Martinon, « L'évaluation des pratiques professionnelles du médecin expert judiciaire », *La revue du praticien en gynécologie obstétrique*, mars 2007, n°111, p. 1-3, [en ligne](#).

III. / L'évaluation de la qualité des expertises en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Pour la conférence de consensus il apparaissait « nécessaire d'organiser un **service des expertises** dans chaque juridiction » notamment pour « **assurer le suivi de toutes les expertises**, sauf quand le juge s'en est réservé expressément le contrôle dans sa décision ». Ce service serait « distinct du service de la cour d'appel mais coordonné avec lui, comportant au moins un juge et un greffier dédiés à cette fonction, même à temps partiel ».

La conférence de consensus a souligné que « **l'expertise en effet n'est pas que judiciaire, elle est aussi une "démarche fréquemment utilisée pour élaborer des avis, des interprétations, des recommandations** en vue de prévenir, d'innover, de construire et d'expliquer l'origine des événements ou des catastrophes, d'établir des responsabilités, d'éclairer la résolution des conflits, d'évaluer des dommages, des objets ou des services de toute nature" comme le définit la norme X50-110²⁰ et peut donc bénéficier de partage d'expérience ou de moyens avec les autres parties prenantes à l'expertise en général ». **Cette considération est importante et a été reprise par l'Académie nationale de médecine** (v. *supra*). Elle a également fait consensus lors des débats IDS/OA (v. *infra*).

2./ Proposition exprimée lors des colloques de 2008

Dans la synthèse des propositions de réforme qui avaient été formulées au cours des deux colloques dont l'ouvrage rendait compte, figurait l'idée selon laquelle « L'ONIAM et des scientifiques indépendants devraient être en mesure de **colliger toutes les expertises médicales afin d'en apprécier la qualité et d'en tirer des "recommandations de bonnes pratiques"** utiles à l'ensemble des praticiens. Selon nous, la création et l'alimentation régulière de cette **banque nationale informatisée des expertises médicales** devraient se faire, après avis de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), **sous le contrôle de la HAS** qui, depuis la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, coordonne la mise en oeuvre des trois dispositifs d'évaluation et d'amélioration de la qualité des pratiques et des soins, en établissements de santé et en médecine de ville : la certification des établissements de santé, l'accréditation des médecins et des équipes médicales et l'évaluation des pratiques professionnelles ».

3./ Propositions du Médiateur (2009)

Si le contrôle des expertises est prévu par l'article 23 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004, pour le Médiateur ce contrôle apparaissait « insuffisant dans le sens où il **n'existe pas de dispositif permettant une évaluation objective de la pertinence du raisonnement, des arguments et des conclusions déployés dans le rapport d'expertise** » et le Médiateur de « mentionner en outre **la faiblesse des moyens dévolus au juge spécialement chargé de contrôler les expertises au sein de chaque tribunal** ».

Sur la base de cette critique, le Médiateur faisait deux propositions de réforme :

- « **Mettre en place un véritable service judiciaire de contrôle des expertises au sein de chaque tribunal.** Celui-ci devrait être composé d'un ou de plusieurs magistrats et de greffiers dédiés à cette fonction, auxquels pourraient être ponctuellement adjoints des conseillers techniques suivant le domaine médical concerné ».

- « **Permettre l'évaluation du rapport d'expertise final par le service judiciaire de contrôle des expertises à la demande des parties.** En cas de contestation sur un aspect susceptible d'altérer substantiellement les conclusions d'un rapport d'expertise, portant sur le respect des procédures, des délais ou sur le raisonnement scientifique du technicien commis expert, les parties pourraient, dans un délai défini suivant le dépôt du rapport, saisir le service du 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 leur information et rendrait un avis communiqué au juge du fond »

4./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise judiciaire (2011)

Cette commission constatait que « **l'inexistence dans le système actuel de tout dispositif d'évaluation du contenu des opérations expertales** rend moins efficiente la procédure de réinscription des experts » sachant que « si les parties ont la possibilité tant dans le cadre d'une instance civile que dans le déroulement d'une information pénale de contester de manière contradictoire les travaux de l'expert, **le juge ne dispose toutefois pas d'un outil lui permettant d'apprécier et d'évaluer la qualité des expertises** ».

Pour pallier cette carence, la Commission préconisait de « **rendre obligatoire l'établissement contradictoire de fiches d'évaluation des expertises par les juridictions du fond**, limitées à la pertinence, la clarté, les respects des délais, la précision des réponses apportées et communiquées à la cour d'appel préalablement à la réunion de la commission de réinscription ».

D'autre part, pour contrôler la bonne exécution « formelle », « procédurale », des expertises il était également proposé de :

20 - Sur cette norme, cf. *supra*

- « développer le **suivi des expertises au travers des logiciels métiers**, notamment par une formation améliorée des magistrats et fonctionnaires sur les possibilités offertes par les chaînes civiles et pénales et par une meilleure organisation des services des parquets et des greffes correctionnels ».

- « rendre obligatoire la désignation dans chaque tribunal de grande instance et cour d'appel d'un **magistrat chargé du contrôle des expertises civiles sur intérêts civils** et créer autour de lui **un service centralisé et structuré du suivi et contrôle des expertises** ».

5. / Propositions de l'Académie nationale de médecine (2011)

Le rapport précité insistait sur le fait que le souci premier des membres du groupe de travail avait été d'élaborer des « recommandations ou des voies de recherche pour **améliorer les modes d'évaluation des experts et la qualité scientifique et technique des expertises** ».

Pour l'ANM, cette évaluation devait passer principalement par **l'instauration du système d'accréditation faisant intervenir les OA, tel que décrit supra**, même si l'Académie ajoutait que « la pratique des fiches d'évaluation de la qualité de l'expertise par les juridictions du fond pourrait être développée ».

L'ANM insistait sur le principe suivant : « **l'expert doit recevoir, automatiquement et non seulement sur sa demande, une copie des décisions de justice ou des avis des CRCI [CCI] rendus au vu de son rapport** (art. 284-1 du code de procédure civile), pour un retour instructif sur la qualité du travail qu'il a fourni (retour d'expérience) ».

6./ La recommandation de la Cour des comptes sur l'évaluation de la qualité des expertises par la CNAMed (2017)

Concernant la qualité des expertises rendues par les CCI, les textes confient à la CNAMed la mission d'**évaluer les conditions de réalisation des expertises** diligentées par les commissions et de **formuler des recommandations sur la conduite de telles expertises médicales** (art. R1142-38 CSP), mais il s'agit d'un travail général qui ne consiste pas en une exploitation du contenu des expertises dans un but scientifique d'amélioration des pratiques médicales.

La Cour des comptes a critiqué le travail de la CNAMed concernant le suivi de la qualité des expertises médicales : « Concentrant ses efforts sur l'établissement de la liste nationale d'experts médicaux sans pour autant réussir à infléchir une tendance défavorable, la CNAMed ne s'acquitte pas de l'obligation d'évaluation de l'ensemble du dispositif que lui confie la loi, sinon par la collecte de données purement quantitatives. Les quelques recommandations émises dans chaque rapport annuel ou l'élaboration ancienne d'un guide de l'expert **n'ont que peu contribué à l'amélioration de la conduite des expertises** et à l'harmonisation des pratiques

des CCI ».

De ce constat sévère, la Cour des comptes n'a tiré qu'une **recommandation générale** : celle de « restaurer la logique institutionnelle initiale du dispositif d'indemnisation amiable **en recourant à la loi [...] pour confier à la CNAMed un triple rôle de garant de la qualité de l'expertise**, d'harmonisation de la jurisprudence des CCI et d'instance d'appel des avis de ces dernières ».

On observera que **la Cour n'a pas précisé la réforme législative qu'il serait souhaitable d'adopter pour que la Commission nationale puisse garantir véritablement la qualité des expertises...**

7. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA de 2018

1° L'évaluation de la qualité des expertises a été le principal thème des discussions des groupes de travail. Les débats ont confirmé spontanément les défauts du système actuel, tels que le Médiateur les critiquait déjà dans son rapport précité. Ces défauts persistent apparemment, aussi bien dans les procédures CCI que dans les procédures juridictionnelles.

Les débats ont permis de souligner qu'aucun texte n'organise un mécanisme qui permettrait d'évaluer la qualité des expertises médicales rendues lors des procédures juridictionnelles. Les contradictions qui peuvent apparaître entre les expertises rendues au cours d'une même affaire ne sont pas systématiquement étudiées pour en tirer des conclusions utiles. La communauté des experts n'en est pas systématiquement informée et ces affaires ne permettent donc pas de prévenir la récurrence des contradictions d'expertise.

Concernant les expertises rendues par les CCI, le droit a récemment évolué puisque l'article L 1142-30 CSP, issu de l'article 2 de **l'ordonnance n° 2016-967 du 15 juillet 2016**, dispose désormais qu'« **en vue d'étudier dans le cadre de leurs missions les risques liés aux soins**, les autorités, établissements et organismes figurant sur une liste fixée par décret **ont accès, à leur demande, aux dossiers des expertises médicales** diligentées par les commissions de conciliation et d'indemnisation [CCI] ou par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales [ONIAM] », sachant que « les conditions d'utilisation des données issues de ces dossiers garantissant la préservation de la confidentialité de ces données à l'égard des tiers sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

Ce texte représente un progrès important pour deux raisons :

- il reconnaît explicitement la nécessité d'exploiter les expertises médicales dans le but d'étudier les risques liés aux soins ;

- il prévoit d'ouvrir le droit à transmission des expertises au profit non pas d'un seul organisme mais d'un ensemble

d' « autorités, établissements et organismes figurant sur une liste fixée par décret », ce qui une façon de reconnaître la nécessité de permettre des investigations multiples.

La portée du texte reste cependant réduite, pour trois raisons :

- d'une part, il se limite aux seules expertises diligentées par les CCI et l'ONIAM, excluant ainsi les expertises réalisées au cours des procédures juridictionnelles, civiles, pénales et administratives, alors que les juges sont souvent saisis des affaires les plus graves ;

- d'autre part, la transmission des dossiers doit être demandée par les organismes habilités : elle n'est ni spontanée, ni systématique ;

- enfin, à notre connaissance, aucun décret n'a encore fixé la liste des organismes autorisés à accéder aux expertises.

Au cours des réunions de travail IDS/OA, **concernant les disciplines dites « à risques aggravés »**, a semblé faire consensus **le principe d'une exploitation systématique des expertises, dans le but d'améliorer leur qualité et de les utiliser à des fins de prévention des risques.**

Il a été dit que les OA semblaient bien indiqués pour réaliser ce travail mais à la condition que leur statut évolue afin de garantir qu'ils travaillent bien dans l'intérêt général et non pas dans le but de la défense des praticiens (cf. *infra*). D'autre part, il serait logique que les OA renforcent leur partenariat avec les sociétés savantes.

De ces considérations peut être déduite la proposition suivante : **pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 CSP, il conviendrait de rendre obligatoire la transmission des expertises aux OA concernés, qui auraient la charge de les anonymiser avant de les exploiter scientifiquement, en partenariat avec les sociétés savantes, dans le but d'améliorer la prévention des risques liés aux soins. Cette proposition va dans le sens de celle qui avait été formulée par l'Académie nationale de médecine (cf. *supra*) mais elle suppose que le statut des OA évolue pour qu'ils ne se présentent plus comme des instances de défense des médecins (cf. *infra*). (PROPOSITION n° 5)**

2° M. Cédric Grouchka, membre du collège de la Haute autorité de santé, a participé à la deuxième réunion de travail IDS/OA, celle du 10 juillet. À cette occasion, il a rappelé ce qu'il avait écrit dans son mémoire universitaire récent sur « *Le droit et les recommandations de bonne pratique médicale* » qui insiste justement sur le fait que l'élaboration de telles recommandations « doit être irréprochable, d'une part dans la rigueur scientifique des méthodes utilisées, notamment pour les synthèses bibliographiques initiales, et d'autre part,

dans la vigilance et l'intransigeance à faire preuve dans la prévention et la gestion des conflits d'intérêts ».

Le docteur Grouchka a rappelé la nécessité de « **s'interroger sur la légitimité de mettre sur un pied d'égalité une recommandation d'une société savante et une recommandation de la HAS** » comme l'avait fait une Cour d'appel (CA de Reims, 6 janvier 2015, n° 13-0122) « qui se bornait à constater l'absence de consensus scientifique ». La HAS a conçu des procédures très rigoureuses pour l'élaboration de ses recommandations mais **la Haute autorité ne se prononce pas sur les méthodes de travail, l'objectivité et l'impartialité des sociétés savantes, non plus que sur celles des compagnies d'experts.**

En revanche la HAS a la charge d'agréeer les OA (cf. *supra*), ce qui signifie qu'elle doit apprécier la rigueur des méthodes de ces organismes. Les débats ont été l'occasion d'insister sur **le rôle que les organismes agréés par la HAS pourraient jouer dans l'élaboration des « règles de l'art » médical pour certaines spécialités.**

Le pouvoir réglementaire a donné une forte légitimité aux OA en leur confiant la mission de participer à « l'élaboration des référentiels de qualité des soins, des pratiques professionnelles ou de gestion des risques », « de proposer aux médecins et aux équipes médicales des recommandations individuelles et générales de gestion des risques » et « d'évaluer la mise en oeuvre de ces recommandations par les médecins ». **Il est donc permis de considérer que les référentiels conçus par les OA et leurs recommandations pourraient faire partie des « données acquises de la science »** auxquelles les médecins concernés doivent se conformer et à partir desquelles les experts désignés par les juridictions et les CRCI doivent se référer pour apprécier la conduite des praticiens mis en cause.

Cependant, les OA devraient évoluer. En effet, pour l'heure, certaines se présentent comme des organismes oeuvrant en défense des médecins. **Cette présentation n'est pas conforme aux textes (cf. encadré *supra*) et n'est pas de nature à garantir l'objectivité des appréciations que ces OA pourraient porter sur les expertises médicales** qu'ils seraient chargés d'analyser pour en tirer des recommandations de bonne pratique.

Pour lever le soupçon de partialité qui peut peser aujourd'hui sur les OA, du fait de leur présentation maladroite, il conviendrait de renforcer leurs liens avec la HAS, les associations de patients et les sociétés savantes afin que les recommandations de ces organismes puissent être adoptées dans des conditions de parfaite objectivité pour être qualifiées sans réserve de « données acquises de la science ». (PROPOSITION n° 6)

Pour rendre plus précise cette recommandation générale, on peut prendre en compte la « décision n° 2015.0003/DC/MSP du 7 janvier 2015 du collège de la Haute Autorité de santé adoptant le cahier des charges des organismes agréés pour l'accréditation des médecins et des équipes médicales ». Dans cette décision, le collège de la HAS a institué une « **commission risque interspécialité** » dite **CRIS** qui doit être « présidée par la HAS », être « composée de un à deux représentants de chacun des OA » et doit se réunir « au minimum une fois par an à la HAS ». Cette Commission « a pour missions de : • décliner les orientations nationales en termes de sécurité du patient ou de gestion des risques dans le cadre de l'accréditation ; • définir les programmes de risque interspécialités ; • donner un avis sur le programme de travail des enseignements interspécialités proposés ; • favoriser l'harmonisation des pratiques de gestion entre les OA ; • donner un avis sur les orientations de l'accréditation ».

Dans le sens de la proposition précédente, on pourrait envisager que **la composition de la CRIS soit modifiée pour être élargie afin qu'y siègent des représentants des patients. Ainsi, le fonctionnement des OA serait rendu plus transparent. (PROPOSITION n° 7)**

IV. / La définition de la mission de l'expert en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Sur le sujet, les recommandations de la conférence de consensus sont très nombreuses. Il peut être intéressant de les comparer avec les pratiques en vigueur concernant les expertises en responsabilité médicale.

Ainsi, pour le jury de la conférence, « **il est de bonne pratique que le juge :**

- **invite les parties** à définir de manière claire et précise la mission dont elles demandent l'exécution ;

- **vérifie que le projet de mission est conforme** aux textes applicables à l'espèce, relève du domaine de la compétence technique de l'expert et s'assure qu'il dispose des moyens pour l'exécuter ;

- **recoure, dans les cas les plus complexes, aux dispositions de l'article 266 NCPC.**

« Il est de bonne pratique pour le juge :

- **d'inciter, sous son contrôle, à une concertation, parfois évoquée par le terme impropre de "contractualisation"**, entre les parties ou entre l'expert et les parties afin de les laisser s'entendre sur l'organisation des opérations d'expertise. **Le juge ne saurait être lié par cet accord** qu'il pourrait cependant avaliser tout en gardant la possibilité de le modifier ultérieurement ».

« **Il est de bonne pratique :**

- **d'établir un contact préalable avec l'expert**, portant sur des questions générales et non pas sur l'espèce. Ce contact peut être téléphonique ou par voie électronique. Dans les cas complexes, il doit être organisé contradictoirement au début de l'instruction ».

- **que dans les cas d'urgence et dans les schémas simplifiés, le contrôle de l'adéquation de la compétence de l'expert pressenti avec la mission soit fait par référence à la proposition des parties ou par l'appartenance de l'expert à une liste dans la rubrique adéquate, telle qu'elle est tenue par le service des expertises.** A la demande du juge, le service des expertises peut fournir quelques noms sous forme d'une « courte liste ». Dans les autres cas, ce contrôle d'adéquation s'effectue soit *a priori* en fonction des références de nomenclature et de spécialité figurant sur la liste des experts, et éventuellement après un appel téléphonique à l'expert, soit *a posteriori* par l'expert lui-même qui, en acceptant la mission, a vérifié que sa compétence était bien en adéquation avec le litige ».

- **dans les cas les plus complexes, de désigner un collège d'experts** et de charger l'un d'eux d'en assurer la coordination ou la présidence.

- **que le juge désigne le coordonnateur ou le président du collège**, chargé des tâches administratives et de la répartition des travaux techniques au sein de l'expertise.

- **de recommander à l'expert d'en référer au juge lorsque l'intervention d'un sapiteur, choisi dans les conditions prévues par le NCPC, est susceptible de présenter des difficultés** ».

« Il est de bonne pratique :

- de **recourir aux 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 et ne choisir une mission spécifique que par défaut ou dans les autres cas complexes ».

- **que le juge organise une concertation entre les parties pour définir les contours de la mission.**

- quand bien même le juge aurait fait application des dispositions de l'article 455 NCPC en ne visant que les écritures des parties, **que dans tous les cas, le dispositif détaille la mission confiée à l'expert** ou indique comment ses contours seront définitivement arrêtés ».

« Il est de bonne pratique que le juge :

- **demande à l'expert de préciser contradictoirement la méthodologie**, le coût et le calendrier prévisible de ses opérations ;

- **rappelle** dans sa décision les termes de l'article 279, alinéa 1^{er}, NCPC affirmant **le principe selon lequel "en cas de difficultés ou de nécessité d'une extension de la mission, l'expert doit en référer au juge"** »

- « Il est de bonne pratique **de ne pas imposer une méthodologie à l'expert sauf le cas de missions-types** ou

normalisées qui contiendraient leur propre méthodologie ;

mais il est de bonne pratique **que la décision du juge indique comment et quand la méthodologie que devra employer l'expert sera précisée et arrêtée** ».

2./ Propositions du Médiateur

Concernant les conditions dans lesquelles les missions des experts sont définies, le Médiateur avait proposé de « **Mettre à la disposition du magistrat une assistance technique médicale**. Le rôle conféré à ces conseillers techniques (qui devraient être agréés par l'administration judiciaire) au service des juges et intervenant à leur demande ne devrait pas être confondu avec celui des experts. Leur mission s'exercerait tout d'abord en amont, afin d'**éclairer les magistrats sur les conditions de réalisation de la mission d'expertise envisagée par le juge**, s'agissant des intervenants nécessaires, du délai et du coût prévisibles de celle-ci, **des compétences et qualités requises du ou des experts appropriés et des questions à poser à l'expert**. Ces conseillers pourraient être également sollicités par le service chargé du contrôle a posteriori des expertises ».

3./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise de 2011

Le groupe auteur du rapport constatait que « **L'imprécision de la mission peut être source de difficultés** que devra trancher le juge chargé du suivi de la mesure, entraînant ainsi un allongement des délais. L'obligation faite au demandeur de proposer une mission précise relève de bonnes pratiques qui devraient figurer dans les chartes évoquées ci-dessus. L'utilité du débat contradictoire relatif à la définition de la mission n'exclut pas cependant l'élaboration de missions-types, déjà largement utilisées, notamment en matière d'évaluation du préjudice corporel ».

Le rapport formulait deux préconisations :

- « Développer en tant que bonne pratique en matière civile **la communication par le demandeur à la mesure d'instruction d'un projet de mission pour favoriser la discussion contradictoire sur la définition de la mission de l'expert** » ;

- « Élaborer en matière civile et pénale **des missions type** dans le cadre d'un processus centralisé de mise à disposition et de mise à jour sur le site intranet justice, et sur le site de la Cour de cassation ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine

Concernant l'adéquation de la compétence de l'expert pressenti avec la mission, l'ANM a préconisé « **l'auto-évaluation des experts listés** », selon les principes suivants : « L'établissement de listes fiables et l'adéquation de l'expert missionné ne peuvent être obtenus sans le concours d'experts d'une honnêteté intellectuelle et

morale irréprochable. **Lors du dépôt de sa candidature, l'expert doit cibler dans les rubriques la spécialité de sa compétence et préciser sa ou ses sur-spécialités. Lors de la réception d'une mission il est le mieux placé pour évaluer sa compétence dans l'affaire en cause** ». Cependant, l'ANM ajoute que « **l'expert "multi-cartes", omniscient pluri-spécialiste doit disparaître** ».

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2012)

Dans son intervention précitée, Mme la présidente Sylvia Mille avait déclaré qu'il lui paraissait « indispensable **que les deux ordres juridictionnels élaborent des missions-types d'expertise commune**, adaptée à l'évolution de la jurisprudence et "au cas d'espèce" (spécialisées, par exemple sur l'infection nosocomiale, ou générales et couvrant le champ de la faute : faute entraînant une indemnisation totale, faute entraînant une simple perte de chance comme le défaut d'information et la faute de diagnostic, mais aussi le champ de l'aléa thérapeutique, dit aussi "accident médical non fautif" ». Selon Mme Mille, « doter l'expert d'une telle feuille de route dès la première expertise permettrait à celle-ci d'épuiser le débat factuel et d'**éviter "l'expertise-shopping"** » c'est-à-dire « **la tendance récente des victimes à cumuler les expertises au motif que la première est incomplète ou insuffisante** ».

Au cours du même colloque, le Dr Philippe Biclet, expert judiciaire, avait préconisé :

- **que les juges inscrivent dans la mission de l'expert l'obligation pour lui de chercher à « connaître, d'une part, si le praticien [mis en cause] a une expérience réelle de la technique qu'il a utilisée**, combien de fois il l'a pratiquée, s'il peut en apporter les preuves, d'autre part s'il peut aussi **donner des informations sur sa propre sinistralité**, voire même, produire une attestation de la compagnie d'assurance »

- « **que l'expert puisse annoncer que pour une petite partie de l'expertise, il a besoin du sapitage**, de quelqu'un de la même discipline mais qui effectue une technique très particulière, de telle sorte que l'intervention de ce sapiteur serait très encadrée ».

6. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA de 2018

Les débats ont été l'occasion de souligner **les problèmes soulevés par le choix d'un expert unique, dans les affaires complexes**.

1° Selon plusieurs intervenants, les problèmes les plus graves ne résultent pas de l'incompétence complète de l'expert par rapport au cas dont il est saisi mais du **caractère incomplet de la qualification du médecin qui a accepté la mission**. Concernant les affaires d'obstétrique en particulier, les débats ont été l'occasion de souligner qu'il était fait trop rarement **appel aux généticiens pour tenter d'expliquer**

des pathologies dont les effets sont parfois imputés à des dommages commis par l'accoucheur, alors que celui-ci n'est pour rien dans la survenance de ces troubles.

Certains intervenants ont observé qu'il était assez fréquent que des relations de confiance se nouent entre juge et expert, au risque parfois qu'un même expert soit systématiquement désigné, **moins pour sa qualité scientifique que pour sa disponibilité, sa courtoisie et son respect des délais**. Cette pratique serait plus particulière aux petites villes où le vivier d'experts est limité.

2° Certes, devant le juge judiciaire comme devant le juge administratif²¹, **les experts peuvent recourir à des sapiteurs mais cette pratique n'est pas totalement satisfaisante**, pour plusieurs raisons que la conférence de consensus de 2007 avait bien mises en exergue²² et qui ont été évoquées lors des débats IDS/OA :

1° En matière civile, « c'est l'expert - et non le juge - qui, sous sa responsabilité, procède à la désignation du sapiteur de son choix, qui en assume le contrôle et prévoit les honoraires de celui-ci et les lui règle directement ». Or, l'expert peut ne pas vouloir choisir un sapiteur car ce serait une sorte d'**aveux d'incompétence**. Ou bien un sapiteur n'est pas désigné parce que **l'expert ne sait pas que cela serait utile à la compréhension du dossier** (ex. hypothèse évoquée *supra* de l'ignorance des facteurs génétiques qui pourraient expliquer des symptômes imputés à une malpratique obstétricale).

2° « Le choix par l'expert de son propre technicien (le sapiteur) dans une spécialité distincte de la sienne comporte le risque d'un choix ne présentant pas toutes les garanties requises en termes d'impartialité et d'indépendance, voire de compétence ». Il a été dit lors des débats que l'expert pouvait choisir un sapiteur selon **des critères qui privilégient les liens personnels, aux dépens des exigences scientifiques**.

Plutôt que de désigner un seul expert, en comptant sur l'appel éventuel à un sapiteur, il serait bien préférable, « dans les cas les plus complexes, de désigner un collègue d'experts et de charger l'un d'eux d'en assurer la coordination ou la présidence ». Cependant, **dans les affaires pénales, le fait que les expertises soient payées par l'État, c'est-à-dire imputées au budget de la juridiction concernée, peut conduire les juges à préférer le choix d'un expert unique,**

21 - L'article R 621-2 du Code des juridictions administratives dispose qu'« **Il n'est commis qu'un seul expert à moins que la juridiction n'estime nécessaire d'en désigner plusieurs**. Le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel, selon le cas, ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux choisit les experts parmi les personnes figurant sur l'un des tableaux établis en application de l'article R. 221-9. Il peut, le cas échéant, désigner toute autre personne de son choix. Il fixe également le délai dans lequel l'expert sera tenu de déposer son rapport au greffe. / **Lorsqu'il apparaît à un expert qu'il est nécessaire de faire appel au concours d'un ou plusieurs sapiteurs pour l'éclairer sur un point particulier, il doit préalablement solliciter l'autorisation** du président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'Etat, du président de la section du contentieux. La décision est insusceptible de recours ».

22 - Les phrases entre guillemets sont tirées du texte présentant les recommandations de bonnes pratiques.

complété éventuellement par un sapiteur.

La solution du problème n'est évidemment pas simple. La position de l'ANM sur le sujet paraît un peu vague. Si l'expert est « **le mieux placé pour évaluer sa compétence dans l'affaire en cause** », **on voit mal ce qui empêcherait que perde la catégorie de « l'expert "multi-cartes", omniscient pluri-spécialiste »** que l'ANM souhaite voir disparaître. C'était également le souhait des personnes qui ont participé aux réunions IDS/OA.

Des débats IDS/OA peut être tirée l'idée selon laquelle **les experts qui acceptent une mission devraient se justifier en indiquant précisément en quoi ils sont spécialement compétents concernant les cas complexes qu'ils auront à traiter, au regard de la mission que le magistrat ou la CCI aurait définie. Les experts pourraient être tenus ensuite de répondre aux arguments des parties qui mettent en doute sa compétence sur des aspects particuliers de l'affaire. Il y aurait ainsi un débat sur la qualification de l'expert avant qu'il n'entame sa mission, le juge ou le président de la CCI prenant la décision finale au terme des échanges contradictoires. (PROPOSITION n° 8)**

3° D'autre part, lors de la réunion de juillet, reprenant les termes d'un article qu'il avait publié avec d'autres spécialistes²³ dont le Pr. Jacques Hureau, bien connu pour ses publications sur les expertises médicales²⁴, le Pr. Claude Racinet a plaidé en faveur du concept d'une « **expertise médicale fondée sur les faits** », *Evidence-based medical expertise*, définie à partir du principe de la « médecine fondée sur les faits », *Evidence-based medicine*, d'origine américaine. L'article juge « maintenant indispensable, pour pouvoir répondre à la notion de soins en accord avec les données actuelles de la science, de se prémunir d'éventuelles contestations **en introduisant dans les rapports d'expertise une démarche fondée sur les faits avec :**

- la notion de recherche bibliographique (avec mention des sites et articles consultés) ;

- **la notion de "niveau de preuve" (NP)** dans les réponses avancées aux questions posées et la référence aux recommandations existantes pour telle ou telle prise en charge ;

- mais aussi la prise en compte des valeurs et préférences du patient (qui peut refuser certains soins) ».

La notion de niveau de preuve « repose sur des scores

23 - Claude Racinet, Jean-Luc Mas et Jacques Hureau, « L'expertise médicale fondée sur les faits. Evidence-Bases medical expertise », *Médecine & Droit*, 2013, en ligne

24 - V. not. l'ouvrage bien connu, J. Hureau et D. Poitout, *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel*, Masson, 3^e éd. 2010

permettant de hiérarchiser la qualité de l'information scientifique disponible. Cette hiérarchisation tient compte de la méthodologie utilisée dans les sources de l'information ».

Le système de niveau de preuve et de gradation des recommandations de bonne pratique avait été développé par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (Anaes) qui a publié en 2000 un *Guide d'analyse de la littérature et gradation des recommandations*.

En 2004, l'Académie nationale de médecine (ANM) a publié une synthèse faite par le Pr Jean-Baptiste Paolaggi au nom d'un groupe de travail sur la « **Place des nouvelles méthodes basées sur l'apport de "preuves" dans la prise en charge des patients** »²⁵. Cette étude soulignait l'intérêt de l'*Evidence Based Medicine*, communément traduite par « médecine fondée sur les preuves », mais en préconisant que le terme « preuves » soit « remplacé par un terme moins ambigu qui serait les **"meilleures données acquises de la science"**, le code de déontologie utilisant déjà la dénomination "données acquises de la science" ».

Le système élaboré par l'Anaes **est désormais utilisé par la HAS** qui a étudié les différentes techniques scientifiques de classification des recommandations²⁶. Par exemple, dans le guide précité, « les recommandations proposées sont classées en grade A, B ou C, selon les modalités suivantes :

- une recommandation de grade A est fondée sur une preuve scientifique établie par des études de fort niveau de preuve : par exemple, essais comparatifs randomisés de forte puissance et sans biais majeur, méta-analyse d'essais contrôlés randomisés, analyse de décision fondée sur des études bien menées ;

- une recommandation de grade B est fondée sur une présomption scientifique fournie par des études de niveau intermédiaire de preuve : par exemple, essais comparatifs randomisés de faible puissance, études comparatives non randomisées bien menées, études de cohortes

- une recommandation de grade C est fondée sur des études de moindre niveau de preuve : par exemple, études cas-témoin, séries de cas.

- En l'absence de précision, les recommandations proposées ne correspondent qu'à un accord d'experts.

- L'existence d'une évidence scientifique forte entraîne systématiquement une recommandation de grade A quel que soit le degré d'accord d'experts.

- En l'absence d'étude de fort niveau de preuve et d'accord d'experts, les alternatives seront exposées sans formulation de recommandations en faveur de l'une ou de l'autre ».

Des débats IDS/OA, on peut tirer la conclusion qu'il n'y a pas de raison que les expertises médicales ne reprennent pas

25 - [En ligne](#).

26 - V. le rapport en ligne HAS, *Niveau de preuve et gradation des recommandations de bonne pratique*, avril 2013, [en ligne](#).

cette démarche qui s'impose désormais dans les expertises sanitaires. En conséquence, il est proposé que les missions d'expertise ordonnées par les magistrats et les CCI fassent obligation aux experts d'indiquer le niveau de preuves de leurs affirmations, en référence à la méthodologie utilisée par la HAS. (PROPOSITION n° 9)

L'application de cette méthode permettrait d'éviter que la notoriété des experts ne l'emporte sur la rigueur de leur argumentation.

V. / La place du principe de contradiction dans l'expertise en responsabilité médicale

Comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, requête n° 21497/93, bien que le juge ne soit pas juridiquement lié par les conclusions des expertises, celles-ci **sont « susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits »**. Et la Cour a rappelé que « l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 par. 1 [art. 6-1 de la Convention EDH] est le caractère contradictoire de celle-ci ». Le rapport de la Cour de cassation de 2012 en concluait justement que « **le champ du contradictoire doit s'étendre, avec toute sa rigueur, à l'expertise** »²⁷. Plusieurs propositions ont été faites ces dernières années afin de rendre plus rigoureuse l'application du principe dans les procédures d'expertise.

I./ Proposition du groupe de travail « Incertitude et expertise » (2005)

Au cours de la conférence publique tenue à la Cour de cassation le 2 juin 2005, M. Patrick Matet, alors conseiller à la cour d'appel de Paris et en charge du contrôle des experts, avait fait plusieurs propositions qui avaient pour but d'« introduire plus de contradictoire dans le système de l'expert unique ». Ce spécialiste de l'expertise préconisait les mesures suivantes :

- « **Engager un débat entre les parties sur le choix de l'expert** » afin de s'assurer, sous le contrôle du juge ou du président de la CCI que les compétences techniques, processuelles et même la déontologie de l'expert sont en adéquation avec la mission pour laquelle il pourrait recevoir mission. Afin que ce débat soit serein, il paraîtrait préférable qu'il ait lieu au moment de la désignation de l'expert et non pas après la remise du rapport d'expertise.

- « **Laisser aux parties la faculté de choisir le nom d'un expert** ». comme le permet la common law ;

27 - Rappelé dans le chapitre sur l'expertise de l'étude sur le thème de « La preuve » dans le Rapport 2012 de la Cour de cassation, [en ligne](#).

- « **Mettre les experts à l'épreuve du *hot tub*** ». Concernant les procédures CCI, l'article R1142-16 CSP prévoit que « La commission peut entendre le ou les experts qu'elle a désignés ». mais **cette faculté d'audition est rarement utilisée** et, quand elle l'est, **elle ne s'organise pas selon une procédure véritablement contradictoire** au cours de laquelle les parties peuvent interroger l'expert. Aussi M. P. Matet considérait-il qu'il fallait aller plus loin : « **il faut que les parties, tant au civil qu'au pénal, participent plus activement au débat technique**, et y soient associées plus étroitement, afin qu'elles n'aient pas le sentiment que leurs arguments ont été escamotés. En effet, si la discussion technique ne s'instaure pas durant les opérations d'expertise, elle sera différée et aura lieu devant le juge. Mais cette discussion sera théorique, car il s'agira d'une exploitation critique du rapport, d'une sorte d'exégèse sans relation avec la vérité scientifique et technique. Pour renforcer cette discussion technique, il est nécessaire que l'expert soit présent à toutes les étapes de la procédure. Or, **dès que l'expert a déposé son rapport, ni les parties ni le juge n'ont plus de contacts avec lui**. Puisque le rapport de l'expert judiciaire constitue un élément de preuve apporté par un auxiliaire du juge, il n'est pas logique que cet expert disparaisse sitôt son rapport remis et que, lorsque le juge se pose des questions ou que les parties critiquent l'avis du technicien, il n'en soit pas référé au principal intéressé pour qu'il éclaire ses conclusions ou lève une zone d'ombre. **Seule la cour d'assises procède systématiquement à l'audition de l'expert** ». Pour corriger cette situation M. Matet en concluait qu'il serait possible de s'inspirer de la procédure australienne dite du *hot tub* : « cette technique impose à l'expert de remettre un rapport écrit, puis les avocats, **dans une audience uniquement consacrée à l'audition de l'expert, lui posent des questions selon le principe classique de la *cross-examination*, c'est-à-dire qu'il est interrogé et contre-interrogé** ».

Dans la synthèse publiée par M. Antoine Garapon (cf. *supra*), les observations complémentaires suivantes étaient faites :

- « **la contractualisation de l'expertise** permettrait de focaliser le litige sur les points essentiels, à condition de la réserver, soit à l'accord des parties, soit à des matières particulières, évaluation du préjudice corporel, dégâts matériels, estimation immobilière ou mobilière [...]. Le juge du contrôle de l'expertise deviendrait alors le juge d'appui chargé de réguler la mesure en répondant aux demandes des parties, sans avoir à surveiller **le déroulement des opérations qui s'opéreraient selon les dispositions arrêtées par les parties** » ;

- « Dans notre système, le juge ne possédant pas avant la commission de l'expert une claire vision des questions de fait sur lesquelles il souhaite être éclairé, en est réduit, bien souvent, à s'en remettre à une mission dont les termes ont été définis *in abstracto* ou à reprendre les allégations du demandeur. [...] **il serait utile que le juge provoque un débat sur la définition de la mission et sur la personne**

du technicien » ;

- « pour encourager le débat, **l'expert doit jouer la transparence dans l'organisation de ses opérations** » et il obtient « plus aisément la participation des parties lorsqu'il les informe de l'état d'avancement des opérations : en effet, l'une des parties peut avoir intérêt à porter assistance à l'expert au lieu de rester passive et obliger l'autre à réagir. Le juge est saisi de toutes les difficultés de mise en oeuvre des opérations ».

- « l'expert doit être armé pour rationaliser la discussion et éviter que les dires des parties n'entraînent le dépôt de son rapport : ainsi, il conviendrait de le doter du pouvoir de clôturer la phase technique de ses opérations à partir de laquelle, à condition que le dépôt du rapport intervienne dans un délai raisonnable, les parties ne pourraient plus déposer d'observations ».

- à l'appui de la proposition de transposition de la procédure dite de *Hot tub* (cf. *supra*), il faut retenir l'arrêt **CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97**²⁸ : dans cette affaire, la Cour avait jugé que « la procédure litigieuse n'avait pas satisfait aux exigences d'un procès équitable dès lors qu'en "*raison de la particularité de l'espèce, 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*"²⁹ ».

2./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Sur le sujet, la conférence de consensus a considéré qu'« il est de bonne pratique **que le juge accorde une attention particulière aux procès dans lesquels des parties ne sont pas assistées par des techniciens en veillant particulièrement au respect du principe du contradictoire à leur égard** ». Dans le domaine médical, depuis l'instauration des CCI, on peut considérer que le droit à l'assistance d'un expert est mieux garanti qu'il ne l'était antérieurement. C'était d'ailleurs un des principaux buts de la loi du 4 mars 2002, la procédure devant les CCI étant entièrement gratuite, les frais d'expertise étant pris en charge par l'ONIAM.

3./ Propositions du Médiateur (2009)

Considérant que le principe du contradictoire est « insuffisamment mis en oeuvre concernant les expertises », alors qu'il « est un pilier du droit français, mais aussi international et européen, et se trouve au cœur de la procédure judiciaire », le Médiateur faisait à ce sujet trois propositions de réforme :

- « **Rendre obligatoire l'établissement d'un rapport d'étape soumis aux observations des parties et discuté de manière contradictoire avant l'expertise finale**. Selon

.....
 28 - [En ligne](#).
 29 - [En ligne](#).

l'article 276 du NCPC, "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 donnée aux observations ou réclamations présentées.". Si ces dispositions visent à respecter le principe du contradictoire, **il est regretté que cet échange entre les parties et l'expert ne s'effectue généralement qu'au stade ultime du processus d'expertise et par voie écrite** ; il s'avère donc peu susceptible d'exercer une influence sur le rapport définitif de l'expert ».

- « **Rendre davantage effective la possibilité pour le demandeur de disposer de conseils durant les opérations d'expertise (avocat, médecin-conseil de victime...)** », avec constitution d'une « **liste nationale de médecins-conseils de victimes** permettant à ces dernières d'avoir recours à un médecin bénéficiant de compétences et d'une formation adaptées à cette mission ».

- « **Renforcer le droit d'accès de l'expert à toutes les informations nécessaires à sa mission et sanctionner plus efficacement la non communication** par un établissement ou un professionnel de santé des informations médicales demandées »

4./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise de 2011

Le groupe ayant établi le *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise* de 2011 avait choisi de « Recommander l'élaboration de **rapports d'étape et documents de synthèse** notamment dans les conventions dressées entre les experts – les avocats et les juridictions avec la fixation de délais impartis aux parties pour formuler leurs observations **afin de développer le principe du contradictoire** sans nuire aux exigences de célérité ».

5. / Propositions de l'Académie nationale de médecine

Sur ce point, le rapport de l'ANM s'est contenté de rappeler que « le respect du principe de la contradiction par l'expert **est l'un des facteurs de contrôle de sa compétence et de la validité de l'expertise**. Outre l'expert, il revient au juge et aux parties d'y veiller ».

6. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation

Dans son intervention précitée, Mme la présidente Sylvia Mille considérait que, « dès sa saisine, **le juge des référés devrait être informé par le requérant, sinon par le défendeur, de l'existence ou non d'une autre expertise** (par ex. une expertise CRCI) », de sorte que « si une première expertise contradictoire existe et si la nouvelle demande a, non pour objet de compléter ou d'étendre celle-ci, mais de contester la manière dont l'expert a rempli sa mission ou les conclusions de son rapport, cette demande devrait être

rejetée comme relevant de la seule compétence du juge du fond du litige, à qui il est loisible, s'il l'estime nécessaire, d'ordonner une mesure d'instruction supplémentaire ».

7. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA de 2018

1° Les débats IDS/OA ont été l'occasion de rappeler que les parties pouvaient critiquer par écrit le rapport d'expertise et obliger ainsi l'expert à y répondre. D'autre part, l'article 283 du code de procédure civile (CPP) dispose que « Si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées ».

Par rapport à la proposition de M. Matet, reprise dans la contribution de M. Garapon, **on peut donc conclure qu'il ne manque, dans la pratique française actuelle, que l'habitude de procéder à une interrogation orale de l'expert après dépôt de son rapport, procédure que le droit autorise et qui pourrait s'apparenter à la technique anglo-saxonne du *Hot tub*. Il est donc proposé de rendre plus fréquente cette pratique (PROPOSITION n° 10)**

2° Les débats ont été également l'occasion de constater que l'application du principe du contradictoire a un peu évolué et favorablement ces dernières années, devant toutes les juridictions.

En matière pénale, les opérations d'expertises ne sont pas contradictoires mais, inspiré des conclusions des commissions créées après l'affaire dite « d'Outreau » et des décisions de la CEDH, **le législateur a instauré des éléments de contradictoire dès la phase de l'instruction en matière d'expertise** » : ainsi la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a introduit un nouvel article 161-1 dans le code de procédure pénale (CPP), qui a été ensuite modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Cet article dispose désormais que « la décision ordonnant une expertise est adressée sans délai au procureur de la République et aux parties, **qui disposent d'un délai de dix jours pour demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 81, de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes mentionnées à l'article 157 [c'est-à-dire la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou une des listes dressées par les cours d'appel]** Si le juge ne fait pas droit, dans un délai de dix jours à compter de leur réception, aux demandes prévues au premier alinéa, il rend une ordonnance motivée. Cette ordonnance ou l'absence d'ordonnance peut être contestée dans un délai de dix jours devant le président de la chambre de l'instruction. Ce dernier statue par décision motivée qui n'est pas susceptible de recours ». Mais ces dispositions ne sont pas applicables :

- « lorsque les opérations d'expertise et le dépôt des

conclusions par l'expert doivent intervenir en urgence et ne peuvent être différés pendant le délai de dix jours prévu au premier alinéa ou lorsque la communication prévue au premier alinéa risque d'entraver l'accomplissement des investigations »

- « aux catégories d'expertises dont les conclusions n'ont pas d'incidence sur la détermination de la culpabilité de la personne mise en examen et dont la liste est fixée par décret ».

Concernant les procédures mises en oeuvre par le juge administratif, l'article R 621-8-1 du Code des juridictions administratives (CJA) dispose que :

« **Pendant le déroulement des opérations d'expertise, le président de la juridiction peut organiser une ou plusieurs séances en vue de veiller au bon déroulement de ces opérations.** A cette séance, peuvent notamment être examinées, à l'exclusion de tout point touchant au fond de l'expertise, les questions liées aux délais d'exécution, aux communications de pièces, au versement d'allocations provisionnelles ou, en matière de référés, à l'étendue de l'expertise.

« **Les parties et l'expert sont convoqués à la séance** mentionnée à l'alinéa précédent, dans les conditions fixées à l'article R 711-2. Il est dressé un relevé des conclusions auxquelles ont conduit les débats. Ce relevé est communiqué aux parties et à l'expert, et versé au dossier. La décision d'organiser une telle séance, ou de refus de l'organiser, n'est pas susceptible de recours ».

D'autre part, l'article R 621-10 CJA prévoit que « **La juridiction peut décider que le ou les experts se présenteront devant la formation de jugement ou l'un de ses membres, les parties dûment convoquées,** pour fournir toutes explications complémentaires utiles et notamment se prononcer sur les observations recueillies en application de l'article R. 621-9 » du CJA.

Concernant les procédures mises en oeuvre par les juridictions judiciaires civiles, **le code de procédure civile (articles 282 et s. CPC) ne prévoit toujours pas le dépôt par l'expert d'un pré-rapport.** Des débats IDS/OA, on peut tirer la conclusion qu'**un tel dépôt est devenu une pratique courante mais qu'elle n'est pas systématique. On peut donc proposer que cette pratique soit consacrée dans les textes afin qu'elle soit véritablement effective dans les procédures qui le nécessitent. (PROPOSITION n° 11)**

3° Au cours des débats IDS/OA, une hypothèse a été débattue longuement car elle présente un caractère véritablement novateur par rapport aux propositions émises jusqu'alors dans les différents rapports publics. Elle est **inspirée par la pratique des publications universitaires.**

Ainsi, comme chacun sait, avant qu'un article ne soit

publié dans une revue scientifique, il est donné à lire à des spécialistes qui ne connaissent pas l'auteur du texte, lequel ignore lui l'identité de ceux qui vont porter une appréciation sur son travail. Le comité éditorial de la revue décide ensuite de publier ou non l'article en fonction des appréciations qu'il a suscitées et des réponses de son auteur si des remarques critiques négatives ont été portées sur son travail.

Il serait possible de s'inspirer de ce mécanisme dans les affaires complexes, concernant des spécialités médicales à risques aggravés. **Ainsi, serait ouverte aux parties la possibilité de demander au juge ou à la CCI de saisir un OA pour lui demander d'apprécier la qualité de la méthodologie suivie par l'expert.** Bien entendu, le dossier serait anonymisé, l'identité de l'expert étant en particulier dissimulée. L'OA devrait vérifier la rigueur du raisonnement scientifique et en particulier le bien-fondé des données sur lesquelles l'expert s'appuie (« données acquises de la science » ; le bien-fondé des références scientifiques en relation avec l'affaire, etc.). **Cette possibilité aurait sans doute un effet préventif** : la qualité des expertises serait certainement et « spontanément » améliorée si les experts savaient que leurs travaux peuvent faire l'objet d'une lecture critique par un organisme spécialisé. **Ce mécanisme apparaît particulièrement justifié quand l'expert a été choisi hors liste, pratique devenue fréquente dans les CCI. (PROPOSITION n° 12)**

À titre d'exemple, concernant l'obstétrique, **lors des débats plusieurs intervenants ont montré la difficulté d'interpréter un « rythme cardiaque fœtal (RCF) ».** Cette question avait été abordée dans un numéro récent du *JDSAM* dans lequel le constat suivant était fait : « les études conduites par les obstétriciens montrent que "l'interprétation des tracés de l'ERCF n'est pas simple. Cette technique s'est diffusée entre 1970 et 1980, sans consensus sur les critères de lecture et d'interprétation, ce qui explique que **les "lecteurs-experts" ne soient totalement d'accord entre eux que dans 20 à 30 % des cas**"³⁰. Cette incertitude a de graves conséquences sur le plan judiciaire, comme le souligne un obstétricien qui travaille avec un des principaux assureurs de la responsabilité civile professionnelle médicale : "en pratique, l'analyse rétrospective d'un dossier par un expert devant les tribunaux n'est pas ou très peu reproductible et reste un avis qui, s'il est informatif, est malheureusement trop subjectif pour permettre une décision impartiale"³¹ ». **Pour prévenir ce type d'aléa, un OA pourrait être saisi**

30 - Sabiani L, Le Du R, Loundou A, d'Ercole C, Bretelle F, Boublil L, Carcopino X. « Intra and interobserver agreement among obstetric experts in court regarding the review of abnormal fetal heart rate tracings and obstetrical management », *Am J Obstet Gynecol* 2015;213:856.el-8

31 - Xavier Carcopino, « valuation des experts en obstétrique français devant les tribunaux : ce que tout obstétricien devrait savoir », *Gynéco-online*, 16 févr. 2016.

32 - Sur le sujet, voir le dossier du numéro 19-2018 du *JDSAM*, revue de l'IDS [en ligne](#).

par le juge ou la CCI à la demande d'une des parties afin de demander si l'interprétation du RCF qui est faite par l'expert est rigoureuse. L'avis de cette instance ne lierait pas le juge mais l'éclairerait sur la qualité de l'expertise.

Bien entendu, le caractère contradictoire de la procédure devrait être garanti. Comme l'a écrit M. le Président Gillet, « ce serait une belle et salubre manifestation du principe de contradiction que de voir une partie solliciter du juge contrôleur de l'expertise qu'il enjoigne à l'expert de transmettre son rapport ou projet de rapport à une instance chargée de sa relecture. Et ce juge statuerait après débat contradictoire devant lui. Et si quelqu'un veut contester le résultat de la relecture, il le fera valoir devant le juge du fond. Car celui qui tranche le litige est bien sûr le juge ».

4° Les débats ont été également l'occasion de souligner le défaut de préparation des praticiens aux exigences du contradictoire pendant l'expertise médicale. Bien souvent, les médecins libéraux mis en cause par des patients ne sont pas préparés à affronter ces situations auxquelles ils répondent de façon inappropriée, en paraissant même parfois, par maladresse, méconnaître la souffrance du patient. Les avocats des victimes se plaignent parfois du manque d'empathie de certains praticiens des hôpitaux publics qui rechignent à s'expliquer car ils savent que leur responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de « faute détachable du service », très rarement caractérisée. Or, il a été observé qu'il est fréquent que le comportement du praticien influe sur la décision du patient d'entamer une procédure ou non.

Lors des débats IDS/OA, les assureurs ont insisté sur l'effort qu'ils font pour offrir à leurs clients médecins une formation théorique et pratique, pour répondre aux exigences légitimes des patients. **Cependant, il paraît souhaitable que les praticiens soient préparés au cours de leurs études à devoir s'expliquer à l'occasion d'une expertise médicale. Des enseignements spécifiques et obligatoires devraient être généralisés à cet effet au sein des facultés de médecine. Ils seraient dispensés par des juristes, des psychologues et des experts habitués des procédures. (PROPOSITION n° 13)**

VI. / Déontologie et responsabilité des experts en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Pour la conférence de consensus :

- « Il est de bonne pratique de **faire souscrire à l'expert, dans tous les cas, une déclaration d'indépendance**, sous

la forme d'une attestation pré-rédigée qui lui sera envoyée par le greffe avec l'avis de désignation. L'expert indiquera, ou bien qu'il renonce à la mission qui lui est proposée, ou bien qu'il l'accepte. En cas d'acceptation, l'expert déclarera, soit purement et simplement qu'il est indépendant, soit qu'il est indépendant mais que dans un souci de transparence, il souhaite porter à la connaissance du juge et des parties des éléments d'information qu'il estime ne pas remettre en cause son indépendance »

- « **Il est de bonne pratique que le juge agisse avec réserve à l'égard des experts** »

Concernant « la désignation d'un expert hors liste », il était écrit qu'« elle impose des précautions particulières : il est nécessaire qu'il ait conscience qu'il devra respecter une "déontologie" et les règles de procédure civile visées sous les articles 233 à 248 et 273 à 285 NCPC. Il devra également pouvoir justifier d'une garantie d'assurance suffisante couvrant une éventuelle mise en cause de sa responsabilité civile résultant de la mission. **Dans le silence des textes, la nécessité d'une prestation de serment est controversée en jurisprudence. Le jury [de la conférence de consensus] recommande au juge de leur faire prêter serment.** L'expert nommé hors liste sera pour le reste soumis aux obligations communes à tous les experts et en particulier à la pratique de la déclaration d'indépendance ».

2./ Propositions du Médiateur (2009)

Sur le sujet, les recommandations du Médiateur étaient au nombre de quatre :

- « **Exiger de l'expert qu'il déclare préalablement à chaque désignation l'absence de tout conflit d'intérêts et qu'il confirme sa compétence dans le domaine médical concerné par la mission** ».

- « **Prévoir des règles de délocalisation (conduisant à faire appel à un expert en dehors de la juridiction de jugement) à la demande motivée d'une des parties** »

- « **Instaurer une incompatibilité légale entre les fonctions de médecin-expert judiciaire et de médecin-conseil d'une société d'assurance.** Il faut garder à l'esprit que les médecins-conseils sont dépendants de celui qui leurs confie une mission, et qui est également celui qui règle leurs honoraires. Les médecins-conseils de sociétés d'assurance doivent respecter les normes qui leur sont demandées et paraissent soumis à un contrôle particulièrement étroit qui les rend peu susceptibles d'être perçus comme un expert impartial ».

3./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise (2011)

Plutôt que de proposer de créer un code de déontologie destiné aux experts de justice, comme le souhaitait le Conseil national des compagnies d'experts de justice, ce qui soulèverait « de nombreuses difficultés liées d'une part à la légitimité de son auteur et d'autre part à la portée et

à la sanction des obligations qu'il contient », alors surtout « que les experts judiciaires n'exercent pas une profession réglementée », la Commission préconisait de « **regrouper dans les textes applicables aux experts judiciaires les principales obligations déontologiques attachées à l'exercice de leur mission** », soit donc d' « insérer l'ensemble des principes déontologiques des experts sous l'article 22 du décret du 23 décembre 2004 »

D'autre part, la commission recommandait « **de faire souscrire à tout expert désigné en justice une "déclaration d'acceptation de sa mission et d'indépendance"** », cette déclaration pouvant « être utilement complétée par une information donnée au juge et aux parties sur les délais et les coûts prévisibles de la mission confiée ainsi que sur la couverture d'assurance dont l'expert bénéficie ou non dans le cadre de son activité ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine (2011)

Le rapport de l'ANM s'est contenté de rappeler que « **l'indépendance de l'expert doit faire l'objet d'un contrôle** et peut donner lieu soit à une déclaration orale de principe devant les parties au cours de la réunion expertale (avec mention dans le rapport), soit plus rarement à 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. De plus **tout manquement pourrait être sanctionné**, en application extensive de la loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé adoptée par l'Assemblée Nationale le 4 octobre 2011 et transmise au Sénat. En outre l'expert doit savoir se déporter selon les mêmes critères que le juge (art. 234 du code de procédure civile). Il doit être impartial, c'est-à-dire en dehors des parties ».

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2011)

Au cours de ce colloque, le Dr Philippe Biclet, avait préconisé, concernant les experts qui connaissent leurs confrères « objets de la procédure », qu'ils fassent preuve « avant tout d'une transparence totale » au moment de la réunion d'expertise, « **en exposant d'une manière extrêmement claire les conditions dans lesquelles ils ont connu les confrères défendeurs**, de telle sorte qu'il n'y ait pas, après remise du rapport, ou au moment d'un dire, l'expression d'une critique qui serait tout à fait fondée si une des parties s'avérait surprise **d'une relation même tout à fait épisodique** entre l'expert et le défendeur ».

6./ Proposition de la Cour des comptes dans son rapport sur l'ONIAM/CNAMed (2017)

Pour la Cour des comptes, la CNAMed « devrait aussi s'assurer de la prévention des conflits d'intérêts dont les règles

seraient à aligner sur celles de l'expertise sanitaire. Il convient en effet de **généraliser la publication des déclarations d'intérêts et de faire vérifier systématiquement par les présidents de CCI l'absence de liens d'intérêts avec l'une des parties ou avec l'ONIAM** ».

Les présidents des CCI ont réagi très vivement à cette recommandation de la Cour des comptes : pour eux, il n'est « **pas envisageable de confier aux présidents de CCI la vérification de l'absence de liens d'intérêts entre les experts et les parties**. En ce domaine, le système actuel est déclaratif. Les présidents de CCI n'ont ni les moyens ni le temps de procéder à de pareilles vérifications. Tout au plus peuvent-ils continuer, ainsi qu'ils le font déjà, à prévenir des conflits d'intérêts dont ils auraient connaissance en dessaisissant des experts si de telles incompatibilités viennent à leur être signalées ».

7. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA de 2018

1° Les débats ont été l'occasion de constater que les textes n'imposent toujours pas aux experts qui acceptent une mission de déposer à cette occasion une déclaration d'indépendance. Il s'agit d'une pratique mais elle n'est pas systématique. La conférence de consensus précitée la préconisait.

Cette déclaration d'indépendance paraît s'imposer concernant particulièrement les experts qui sont choisis hors liste, comme c'est le cas fréquemment dans les procédures CCI. Une prestation de serment ne semble pas suffisante, car elle est trop générale. Pour cette raison au moins, les pouvoirs publics devraient rendre obligatoire le dépôt par l'expert d'une déclaration d'indépendance qui porterait très précisément sur son indépendance dans l'affaire particulière pour laquelle il accepte la mission. (PROPOSITION n° 14)

2° Lors des débats, la question a été posée des conditions de prise en compte par les juges des expertises rendues par des praticiens qui travaillent occasionnellement pour le compte d'assureurs.

Une affaire récente permet d'illustrer le sujet. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, 1^{ère} ch. civ. 31 janvier 2017, n° 15/03882, les juges s'étaient prononcé en ces termes : « S'agissant du document émanant du professeur R. intitulé de façon non neutre "rapport critique sur les pièces du dossier médical et de l'expertise judiciaire fournis par le docteur J.", étant d'ailleurs observé qu'il ne s'agit pas d'une expertise, il est tout d'abord observé qu'il **se fonde sur les recommandations du Collège national des Gynécologues-Obstétriciens français - CNGOF- (auquel il participe) de décembre 2007 postérieures à l'accouchement** ; la critique du rapport d'expertise de la CRCI en ce qu'aurait été

omis l'aspect pédiatrique est infondée puisque l'un des deux experts était un pédiatre ; en tout état de cause, il ressort des pièces produites par les consorts S que **le professeur R est lié via le groupe A. (association visant à défendre des médecins mis en cause dans des procédures) dont il est le médecin conseil au cabinet d'assurances B.**, assureur du docteur J., qui a refusé de reconnaître la responsabilité de celui-ci et de formuler une proposition d'indemnisation, de sorte que **son impartialité est, en dépit de sa qualité d'expert judiciaire, à tout le moins sujette à caution** ; le docteur R. est également lié au groupe Gynérissq évoqué ci dessous, avec lequel travaille également le cabinet B. qui le finance ».

Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation dans son arrêt Cass. civ. 1, 5 avril 2018, 17-15.620, publié au bulletin, en ces termes :

« Attendu que, pour rejeter la demande d'expertise judiciaire et condamner, sur le fondement du rapport d'expertise amiable, le praticien à indemniser les consorts X... et Y... ainsi que la caisse, au titre d'une perte de chance, subie par l'enfant à hauteur de 70 %, de ne présenter aucune séquelle ou de conserver des séquelles moindres, l'arrêt écarte les avis médicaux produits par le praticien, en retenant qu'ils se réfèrent à des recommandations du collège national des gynécologues et obstétriciens français édictées en décembre 2007, soit trois mois après la naissance de l'enfant, qui ne sont pas pertinentes, dès lors que les données acquises de la science doivent s'apprécier à la date de l'événement examiné ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'un professionnel de santé est fondé à invoquer le fait qu'il a prodigué des soins qui sont conformes à des recommandations émises postérieurement et qu'il incombe, alors, à des médecins experts judiciaires d'apprécier, notamment au regard de ces recommandations, si les soins litigieux peuvent être considérés comme appropriés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 31 janvier 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse »

Cet arrêt de la Cour de cassation a été commenté par la doctrine qui a concentré son attention sur le fait que la Haute juridiction judiciaire autorisait « l'invocation de données scientifiques postérieures au fait dommageable afin d'établir qu'aucune faute n'a été commise »³³. Il s'agit certes d'une prise de position très importante de l'autorité judiciaire.

Cependant, la censure de la Cour de cassation a occulté en quelque sorte le fait que l'arrêt de la Cour d'appel mettait

en cause l'impartialité d'un expert choisi par la défense au motif que ce dernier, bien qu'il fût professeur honoraire des universités et expert judiciaire, était lié :

- indirectement, *via* une association de défense des médecins, à l'assureur du médecin mis en cause, lequel assureur avait refusé de reconnaître la responsabilité de son client et de formuler une proposition d'indemnisation ;

- à un organisme agréé (OA) par la HAS, Gynérissq en l'espèce, qui aurait été financé par le cabinet d'assurance du praticien mis en cause.

L'arrêt est surprenant à bien des égards car **l'expert dont l'impartialité est mise en cause n'était pas l'expert judiciaire mais le médecin conseil du défendeur dont la « partialité » était donc « objective »**. Autrement dit, la Cour d'appel était mal venue de chercher à discréditer pour « impartialité » un expert choisi par une partie pour se défendre.

Au cours des débats IDS/OA, les avocats de patients ont indiqué qu'ils se trouvaient souvent confrontés à des expertises rendues par des praticiens qui travaillent occasionnellement avec des assureurs, ce qui serait de nature à faire douter de l'objectivité de ces expertises.

Pourtant, dans son arrêt Cass. civ. 2, 22 mai 2008, 08-10.314, publié au bulletin, **la Cour de cassation a jugé 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 ».

D'autre part, la caractérisation d'un lien d'intérêt entre un médecin mis en cause et l'expert qu'il a sollicité ne doit pas conduire le juge à écarter par principe l'expertise produite en défense. 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 n'est pas douteux qu'il faut exiger des experts sollicités par les parties une complète « transparence » sur leurs liens d'intérêt, comme pour les experts désignés par les juges ou les présidents de CCI, le risque existe que le vivier des experts compétents ne s'assèche si les juridictions et les CCI refusaient d'examiner des arguments scientifiques uniquement parce qu'ils sont avancés par des médecins qui ont accepté d'effectuer des expertises pour des compagnies d'assurance. Pour reprendre la fameuse formule de Peguy sur « le Kantisme qui a les mains pures mais n'a pas de mains », le risque existe que les juridictions n'admettent plus que « des chirurgiens aux mains pures », excellents professeurs peut-être, mais qui seraient en réalité incompétents pour juger de la qualité d'opérations qu'ils n'auraient jamais réalisées eux-mêmes et dont ils méconnaîtraient les difficultés propres.

33 - Lydia Morlet-Haïdara, « L'appréciation des données acquises de la science au regard de recommandations émises postérieurement à l'acte dommageable », *JDSAM*, juillet 2018, pp. 66-69, [en ligne](#).

Il est donc proposé de rappeler que **le doute sur l'impartialité d'un expert ne devrait pas être considérée comme un argument suffisant pour ne pas répondre ni même examiner les arguments qu'il fait valoir. (PROPOSITION n° 15)**

3° Les débats ont été également l'occasion d'évoquer des risques d'instrumentalisation des sociétés savantes.

Ainsi, un praticien peut se targuer auprès de la HAS ou des autorités chargées de l'inscrire comme expert (CNAMed ou cours d'appel) de réaliser régulièrement des communications devant une société savante, ce qui le légitime scientifiquement, puisqu'il paraît jouir alors d'une réelle notoriété, mais il ne fera pas état du fait qu'il y défend une « doctrine » qui ne fait pas consensus et qui peut même être critiquée par la majorité de ses pairs. L'exemple a été donné des débats qui existent dans les affaires de bébés secoués, concernant l'interprétation des signes cliniques qui permettent ou non de caractériser la répétition des violences : certains experts jouissent d'une autorité qui paraît incontestable aux yeux des magistrats alors que la majorité des autres experts contestent le parti-pris de leurs confrères qui refusent d'admettre que des signes cliniques peuvent traduire une évolution spontanée du cerveau après un secouement, sans qu'il y ait eu répétition des violences. Dans ces affaires, si le juge est finalement convaincu de l'évidence de la répétition des coups, alors qu'elle n'est qu'une hypothèse improbable, la sanction pénale sera bien plus sévère que dans l'hypothèse inverse.

Cet exemple montre que **les sociétés savantes et la HAS devraient insister sur les difficultés qu'elles rencontrent parfois 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 importantes.**

Il semble important de remettre en cause l'idée que l'irénisme prévaudrait toujours entre spécialistes d'une même discipline. Comme dans la doctrine juridique, et c'est normal, sur certains sujets importants il existe des « conflits d'Écoles » dans le domaine médical et il peut arriver que les expertises réalisées à la demande d'un juge ou d'une CCI soient, pour les tenants de telle ou telle thèse, l'occasion de la faire valider sans faire état des débats qu'elle suscite.

Certes, la Cour de cassation sanctionne le défaut d'impartialité d'un expert (v. par ex. Cass. civ. 2, 15 octobre 2015, n° 14-22.932) mais il s'agit d'hypothèses où le point de vue d'une des parties a été favorisé. Il est des cas différents où **l'expert privilégie une opinion scientifique mais sans intention de favoriser ou de pénaliser une partie, simplement parce qu'il se refuse à envisager une opinion contraire.**

Certes, selon la doctrine juridique, « l'information transmise par l'expert doit également comprendre les

opinions auxquels l'expert n'adhère pas. Par conséquent, l'expert-médecin qui s'abstiendrait de mentionner certaines opinions scientifiques ou qui n'indiquerait pas clairement l'incertitude qui affecte ses propres conclusions violerait l'obligation d'information dont il est tenu à l'égard du décideur et engagerait donc sa responsabilité civile à l'égard des personnes lésées par cette carence »³⁴. Mais ce principe reste parfaitement théorique concernant les expertises rendues à l'occasion d'un contentieux entre un patient et le praticien qui l'a soigné.

Et, parfois, l'omission des opinions scientifiques contraires à celles de l'expert ne résulte pas d'une intention de sa part mais de **son ignorance de l'existence d'hypothèses explicatives alternatives** qui n'apparaissent alors que tardivement dans le procès...

4° Les débats IDS/OA ont été l'occasion d'évoquer la responsabilité des experts dont l'incompétence se révèle tardivement.

Ainsi, lors des débats IDS/OA a été rappelée « l'affaire Hayum », dont la Presse a rendu compte³⁵, concernant un obstétricien qui avait été condamné pénalement et civilement sur la base de **quatre expertises** non documentées mais qui émanaient d'experts près la Cour de cassation, lesquels avaient estimé que la pathologie cérébrale dont souffrait l'enfant résultait d'un retard de césarienne alors qu'une expertise ultérieure a démontré qu'il s'agissait d'une anomalie congénitale, hypothèse que les experts près la Haute juridiction judiciaire n'avaient pas du tout envisagée.

De la mésaventure de son client, l'avocat du Dr Hayum, Me Jérémie Balzarini, avait tiré la leçon selon laquelle « **lorsqu'un expert éminent donne, au début d'une affaire, un avis, les autres n'osent jamais le contredire** ». Ce point de vue a été partagé par des avocats qui participaient aux débats IDS/OA.

Un représentant du Conseil de l'Ordre des médecins a rappelé qu'il était possible de sanctionner disciplinairement les experts fautifs.

En effet, en application du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, un expert inscrit qui « 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 » **peut faire l'objet de poursuites** par le procureur général près la cour d'appel ou le procureur général près la Cour de cassation, devant l'autorité ayant procédé à l'inscription statuant en formation disciplinaire. **La sanction consistera en une radiation de**

34 - Amel Ghazia, *op. cit.* p. 458

35 - Sandrine Blanchard, « Un médecin est lavé d'une faute après vingt ans de procédure. Un obstétricien avait été condamné pour avoir tardé à pratiquer une césarienne, en 1984, ce qui était supposé avoir provoqué un handicap. En 2005, une cause congénitale est retenue », *Le Monde*, 13 mars 2006, [en ligne](#) ; *La Dépêche*, « Le gynéco blanchi 16 ans après. Jean-Marc Hayum, obstétricien castrais, avait été condamné pour faute », [en ligne](#).

la liste des experts, sachant que « la radiation d'un expert de la liste nationale emporte de plein droit sa radiation de la liste dressée par une cour d'appel » et que « a radiation d'un expert d'une liste dressée par une cour d'appel emporte de plein droit sa radiation de la liste nationale » (article 30 du décret). Mais la sanction n'entraînera pas la suspension du droit à exercer la médecine.

D'autre part, la suspension d'un expert médecin pourrait être obtenue sur la base du **décret n° 2014-545 du 26 mai 2014 « relatif aux procédures de contrôle de l'insuffisance professionnelle** et aux règles de suspension temporaire des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des infirmiers, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues ». Les dispositions de ce décret ont été codifiées aux articles R 4124-3-5 et s CSP. Ainsi, « **en cas d'insuffisance professionnelle rendant dangereux l'exercice de la profession** », un conseil régional ou interrégional, saisi par le directeur général de l'agence régionale de santé ou par une délibération du conseil départemental ou du conseil national, peut prononcer la suspension temporaire, totale ou partielle, du droit d'exercer d'un praticien, pour une période déterminée, qui peut, s'il y a lieu, être renouvelée. Cependant, comme Me Ghozia l'a souligné dans sa thèse précitée, « il appert que la jurisprudence ne retient en pratique » à l'encontre de l'expert « que des fautes caractérisées ou grossières ».

D'autre part et surtout, **la crainte des poursuites pourrait conduire à une crise des vocations expertales**, comme c'est déjà le cas dans les spécialités médicales à risques aggravés, telles que l'obstétrique.

Aussi, plutôt que d'envisager une politique répressive plus sévère, sans doute vaudrait-il mieux appliquer les réformes envisagées au cours des débats IDS/OA, afin de :

- privilégier le contrôle de la qualité des expertises au cours des procédures juridictionnelles et CCI ;

- et d'exploiter systématiquement les expertises médicales pour en tirer des recommandations de bonne pratique, de nature à réduire les risques.

Liste des participants de la réunion du 29 mai 2018

Docteur Pierre Assié Médecin, Expert près la Cour d'Appel de Montpellier ; Madame Valérie Blanchet, Magistrate, Présidente de la Commission de Conciliation et d'Indemnisation de l'Île de France ; Madame Perrine Bouvy, Directrice Défense et Indemnisation - Cabinet Branchet ; Docteur Patrick Fournet, Gynécologue-obstétricien, Expert près la cour d'appel de Rouen. Expert inscrit sur la liste des experts en accidents médicaux près la CNAMed. Président de la Commission Expertise-Information du CNGOF ; Maître Amel Ghozia, avocate au barreau de Paris, docteur en droit privé, chercheur associé à l'Institut Droit et Santé (Université Paris Descartes) et à la Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politique de la santé (Université de Montréal). ; Monsieur Jean-Louis Gillet, Président de chambre

honoraire à la Cour de cassation ; Docteur Xavier Gouyou-Beauchamp, Chirurgien orthopédiste libéral, Secrétaire général de l'Union des chirurgiens de France et du BLOC ; Maître Georges Lacoeyille, Avocat au barreau de Paris ; Madame Marianick Lambert, Administratrice de France Asso Santé - Avocat honoraire - Membre de la CCI d'Île de France, de la CNAMed et du COR de l'ONIAM Docteur Jean-Pierre Laplace, Gynécologue obstétricien en établissement privé. Président de Gynerisq ; Madame Béatrice Le Nir, Juriste, Coordinatrice Gynerisq ; Docteur Gérard Lonlas, Gynécologue obstétricien, Expert judiciaire près la Cour d'appel d'Orléans et la Cour administrative d'appel de Nantes. Président de la Compagnie des experts judiciaires près la Cour d'appel d'Orléans et le Tribunal administratif ; docteur Jean Marty, Gynécologue obstétricien, Expert Gynerisq. Ancien Président du SYNGOF ; Madame Sandrine Mauchamp Juriste, Direction juridique SHAM ; Madame Lydia Morlet, Maître de conférences à l'Université Paris Descartes - Vice-Doyen de la Faculté de droit - Membre de l'Institut Droit et Santé ; Docteur Gérard Nitenberg, Ancien Chef du Département d'Anesthésie-Réanimation et Pathologie Infectieuse de l'Institut Gustave Roussy - Ancien Directeur Médical Exécutif de l'Institut Gustave Roussy ; M. Rémi Pellet, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences Po Paris - Institut Droit et Santé, Inserm UMRS 1145 ; Maître Grégory Pilliard, Avocat à la Cour (Toulon) ; docteur Alain Proust, Gynécologue-Obstétricien. Secrétaire de Gynerisq. Membre du Comité National d'Etudes de la Mortalité Maternelle. Maternité des Vallées-Hôpital Privé d'Antony ; Maître Soledad Ricouard, Avocat à la Cour ; Monsieur Florian Roussel, Maître des requêtes au Conseil d'État ; Monsieur Simon Taylor, Maître de conférences HDR - Université Paris Diderot - Institut Droit et Santé ; docteur Jean Tourres, Gestionnaire de l'organisme agréé d'accréditation CFAR (Collège Français d'Anesthésie Réanimation), co responsable de la commission accréditation du CFAR et Expert accréditation HAS/CFAR

Liste des participants à la réunion du 10 juillet

Madame Linda Aouar, Conseillère Affaires Juridiques et Contentieux, Direction Générale, APF France handicap. Membre titulaire de la CNAMed ; docteur Guy Bercau, Médecin expert ; Maître Claudine Bernfeld, Avocat à la Cour, Barreau de Paris. Spécialiste de droit du dommage corporel. Présidente de l'ANADAVI. Association nationale d'avocats de victimes de dommages corporels ; Maître Frédéric Bibal, Avocat à la Cour. Spécialiste de droit du dommage corporel. Membre de l'association nationale des avocats de victimes ; Madame Valérie Blanchet, Magistrate, Présidente de la Commission de Conciliation et d'Indemnisation de l'Île de France ; Professeur Léon Boubli, Chef de pôle en obstétrique du cabinet Branchet ; Maître Amélie Chiffert, Avocat Associé à Paris ; Madame Isabelle Comparato, Juriste en médico-légale. Cabinet Medirisq ; Professeur Henry Coudane, PU-PH, Professeur de médecine légale et droit de la Santé. Chirurgien des Hôpitaux. Expert agréé par la

Cour de Cassation ; Dr Denis de Valmont, Médecin conseil, Responsable du Marché des Professionnels de Santé - SHAM ; Docteur Jean-Marc Dumeix, Secrétaire général du CFAR. En charge de l'accréditation en équipe ; Docteur Thierry Faillot, Neurochirurgien ; Docteur Serge Favrin, Gynécologue obstétricien, Expert Gynerisq ; Professeur Benoit Funalot, Généticien ; Maître Amel Ghozia, Avocate au barreau de Paris, docteur en droit privé, chercheur associé à l'Institut Droit et Santé (Université Paris Descartes) et à la Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politique de la santé (Université de Montréal) ; Monsieur Jean-Louis Gillet, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation ; Docteur Cédric GROUCHKA

Membre du Collège de la Haute Autorité de Santé (HAS). Président de la Commission des Stratégies de Prise en Charge ; Docteur Philippe Hubinois, Chirurgien viscéral. Expert près la cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation, expert près les cours administratives d'appel de Paris et de Versailles, inscrit sur liste de la CNAMed. Membre titulaire de la CNAMed ; Madame Marianick Lambert, Administratrice de France Asso Santé - Avocat honoraire - Membre de la CCI d'Ile de France, de la CNAMed et du COR de l'ONIAM ; Madame Béatrice Le Nir, Juriste, Coordinatrice Gynerisq ; Docteur Didier Legeais, Vice-Président du Syndicat des Médecins de l'Isère. Président du Syndicat National des Chirurgiens Urologues Français. Membre du CA de l'Association Française d'Urologie. Membre associé de l'Académie de chirurgie. Vice-Président du Conseil Départementale de l'Ordre de l'Isère. Elu URPS Rhône-Alpes. Membre de la Commission Paritaire Locale. Ancien Président de l'ISNIH, INSCCA. Ancien VP de l'Union des Chirurgiens de France. DG du cabinet Médirisq. Directeur médical de la compagnie Panacéa ; Madame Marie Legrand, Ingénieur hospitalier chargé de la qualité et de la gestion des risques au sein de trois établissements (un centre hospitalier et 2 Ehpad) ; Docteur Jean-Jacques Lehot, Expert anesthésiste ; Monsieur Sébastien Leloup, Directeur Général de l'ONIAM ; Professeur André Lienhart, Vice-président de la CNAMed ; Docteur Jean Marty, Gynécologue obstétricien, Expert Gynerisq, Ancien Président du SYNGOF ; M. Bertrand Millat, Professeur émérite Montpellier I. Président délégué de la Fédération de Chirurgie Viscérale et Digestive. Président du Conseil Scientifique de la CNAM ; Docteur Etienne Mireau, Neurochirurgien-Médecin Légiste - Expert près la cour d'appel de Versailles - Hôpital Foch- Suresnes ; Professeur Israël Nisand, Gynécologue Obstétricien. Président CNGOF ; M. Rémi Pellet, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences Po Paris - Institut Droit et Santé, Inserm UMRS 1145 ; Docteur Emmanuelle Pianta D'Ingrado, Médecin conseil au siège de Sham, ancienne chirurgienne viscérale ; Professeur Claude Racinet, Expert honoraire près la Cour d'Appel de Grenoble ; Monsieur Florian Roussel, Maître des requêtes au Conseil d'État ; Monsieur Simon Taylor, Maître de conférences HDR - Université Paris Diderot - Institut Droit et Santé ; Docteur Jean Thévenot ; Président De l'Ordre des Médecins 31 - Président du PASS (Programme Aide Solidarité Soignants).