

Paris, le 4 octobre 2018

Monsieur le Professeur,

La Commission Nationale des Accidents Médicaux représentée par le Professeur Alain LIENHART, son vice-président, et par le docteur Philippe HUBINOIS, ainsi que la Commission de Conciliation et d'Indemnisation pour l'Ile de France représentée par sa présidente ont participé avec grand intérêt aux réunions de travail des 29 mai 2018 et 10 juillet 2018 ayant précédé le colloque du 12 octobre 2018, qui est l'occasion, pour chacun d'entre nous, d'exprimer son point de vue sur votre synthèse relative aux propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale, dont vous êtes l'auteur, et qui, comme vous l'indiquez « *ne saurait engager les participants* ».

Nous souhaiterions apporter notre contribution et vous faire part de nos observations à la suite de sa diffusion.

### **I - Sur la formation des experts en responsabilité médicale**

Vous rappelez que pour être inscrit sur une liste d'experts de cour d'appel, le médecin doit avoir obtenu un diplôme de réparation juridique du préjudice corporel et justifier d'une formation continue organisée par les compagnies d'experts. Vous la critiquez au motif qu'elle serait « *inintéressante et ne portant que sur le droit des procédures expertales et non sur une dimension scientifique* ».

**Dans la proposition n° 1**, vous suggérez « *pour les disciplines médicales à risques aggravés listés à l'article D4135-2 du CSP, de rendre obligatoire leur participation à des séances de formation au sein des organismes agréés par la HAS... Les organismes agréés seraient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise 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* ».

Vous proposez de faire intervenir les organismes agréés par la HAS et les sociétés savantes dans le processus de certification de la formation des experts en responsabilité médicale au lieu et place de la CNAMED qui serait défaillante dans sa mission de former les experts.

La formation initiale et continue des experts est assurée actuellement par les compagnies des experts qui font intervenir des praticiens, des magistrats, des experts, des avocats...

Contrairement à ce que sous-entend votre proposition, le savoir technique ou scientifique n'est pas suffisant pour être un bon expert. Selon la formule du Président Pierre DRAI, l'expert est en effet un « *amicus curiae* », il est l'homme de l'art, riche de ses compétences et de ses savoirs. Mais il est aussi celui en qui le juge place sa confiance et il lui emprunte les exigences déontologiques d'indépendance et d'impartialité.

La formation à l'expertise ne peut se limiter à un aspect scientifique ou technique. L'expert doit en effet recevoir une formation sur ses obligations déontologiques et sur les règles de procédure relatives au principe du contradictoire, à l'indépendance, à la neutralité, à l'impartialité dans sa dimension subjective et objective. L'indépendance, la neutralité et l'impartialité sont des exigences qui sont traitées dans les chartes de déontologie élaborées par les compagnies des experts parce qu'elles sont les composantes essentielles du procès telles qu'imposées par les dispositions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et participent de la qualité de l'expertise.

Votre proposition de confier à des sociétés savantes ou agréées par la HAS une mission de formation portant essentiellement sur la dimension scientifique n'apparaît donc pas satisfaisante.

La CNAMED ne dispose d'aucun moyen budgétaire pour assurer elle-même la formation des experts inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux et sa mission, délimitée par le législateur à l'article L1142-10 du CSP, consiste à « *contribuer* » à cette formation. Son objectif est de repérer des organismes ou des structures universitaires qualifiées présentant des garanties d'indépendance pour contractualiser avec eux la mise en œuvre d'une formation de haut niveau adaptée aux besoins des experts.

S'agissant par ailleurs de la communication des rapports anonymisés, à but scientifique, elle se heurte à l'article 247 du CPC et votre référence à l'affaire « *Hayum* » du nom du praticien mis en cause, montre qu'il est très difficile de sauvegarder le secret médical qui doit protéger l'ensemble des parties.

La transmission systématique des rapports d'expertise conférerait à des OA un droit de regard, un pouvoir d'appréciation et de contrôle des rapports. Cette proposition est particulièrement inquiétante surtout si elle est rapprochée de la proposition n°3 qui consisterait à conférer aux OA le pouvoir de présélectionner les candidatures des experts pour leur inscription sur les listes des juridictions et de la CNAMED.

## **II – Le mode de sélection des experts**

**Dans la proposition n° 2**, vous suggérez 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 proposition a son intérêt.

Vous n'avez pas repris dans votre synthèse les échanges sur les conditions d'âge pour figurer sur les listes d'experts judiciaires et CNAMED. Lors des débats, il a été relevé que la condition d'âge pour être inscrit sur une liste d'experts judiciaires était de 70 ans alors que pour être inscrit sur la liste de la CNAMED il convenait de ne pas avoir cessé son activité depuis plus de deux ans avant la date de la demande d'inscription. Votre synthèse pourrait utilement préconiser un alignement de la condition d'âge à 70 ans pour l'ensemble des listes d'experts.

Vous indiquez que le dispositif propre au système CCI/CNAMED est « *théoriquement plus rigoureux, mais en pratique plus laxiste* » que celui appliqué par les juridictions judiciaires ou administratives, puisqu'en réalité les CCI font appel à des experts CNAMED non formés et aux experts hors liste.

Cette affirmation est contredite par les chiffres tirés du bilan d'activité de l'ONIAM. En 2017, les CCI ont ordonné 3.718 expertises dont 53% en collégialité. Sur la totalité des experts auxquels les CCI ont eu recours, 25% d'entre eux sont hors liste et cette pratique est autorisée par l'article L1142-12 du CSP. Dans 75% des cas, l'expertise est confiée à un ou plusieurs experts inscrits sur la liste élaborée par la CNAMED, par une Cour d'appel ou encore par la Cour de cassation. La désignation d'un expert non inscrit répond souvent à la nécessité de disposer d'un avis dans une spécialité très pointue et il intervient, dans la majorité des cas, en collégialité avec un expert inscrit sur une liste. Il s'ensuit que le recours à un seul expert hors liste reste « *exceptionnel* », au sens de l'article L1142-12 du CSP.

**Dans la proposition n°3**, vous proposez « *pour les spécialités médicales à risques aggravés... 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 les institutions compétentes dans la spécialité : compagnies d'experts, organisme agréé par la HAS, société savante* ».

Cette proposition reviendrait, pour les experts inscrits sur la liste de la Cour d'appel, à retirer au procureur de la république son pouvoir d'instruction des demandes initiales et de renouvellement, et à l'assemblée générale des magistrats de la Cour, son pouvoir de les apprécier. Pour les experts inscrits sur la liste de la CNAMED, instance collégiale et indépendante placée sous l'autorité du Garde des Sceaux et du Ministre de la Santé, composée de praticiens et d'experts de haut niveau, présidée par un magistrat honoraire, cette proposition lui retirerait le pouvoir qui lui a été reconnu par la loi du 4 mars 2002 de dresser la liste des experts spécialisés en matière d'accidents médicaux, d'infections nosocomiales et d'affections iatrogènes. Les OA ou associations professionnelles n'interviendraient pas pour émettre un avis sur la candidature, mais assureraient ainsi un premier filtrage des candidatures, une sélection des candidats selon des critères non définis.

Une telle proposition méconnaît totalement ce qui fait la valeur de l'engagement de ceux qui demandent à être inscrits sur une liste d'experts judiciaires ou sur la liste de la CNAMED : leur indépendance, qui est un des critères d'appréciation de la demande d'inscription.

Dans le système actuel, l'assemblée générale de la Cour d'appel, comme la CNAMED veillent aux diplômes universitaires, aux expériences professionnelles, à la connaissance de la technique de l'expertise, à la réputation professionnelle en interrogeant l'Ordre, vérifient l'adhésion à des associations professionnelles, se fondent sur les diplômes professionnels obtenus, les publications, les prix, les cours et expériences d'enseignement... Ces éléments constituent des garanties d'une reconnaissance publique de compétence et de moralité qui sont appréciés par des instances indépendantes et dont la composition garantit à la fois la compétence et l'intégrité.

L'article 6-3° du décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires prévoit déjà que le demandeur peut apporter la justification de sa compétence dans sa spécialité et l'avis de la compagnie d'expert ou de la société savante à laquelle il appartient peut déjà utilement être produit. Il convient également de préciser que les Cours d'appel sollicitent les avis des juridictions et que leurs représentants participent avec voix consultative à l'examen des demandes d'inscription et de renouvellement. Les présidents des CCI sont également consultés par la CNAMED sur les demandes de renouvellement d'inscription.

En tout état de cause, une telle proposition apparaît à contre-courant des réflexions actuelles qui ont conduit à l'élaboration en 2015 d'un Guide des Bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union Européenne, l'Institut Européen de l'expertise ayant considéré que dans le cadre de l'inscription ou du renouvellement de l'inscription, il appartenait à l'expert de prouver qu'il satisfait à des critères qui doivent être vérifiés par une autorité judiciaire, ou indépendante ou encore par un ordre professionnel.

**Dans la proposition n°4**, vous suggérez que les avis exprimés par les institutions préalablement consultées soient accessibles aux parties intéressées. Nous avons donné notre avis sur le mérite d'une telle proposition.

Dans vos développements, vous semblez relever une contradiction entre le fait que des experts n'auraient pas été inscrits sur une liste de Cour d'appel mais l'auraient été sur la liste de la CNAMED. Une telle contradiction n'est qu'apparente. L'inscription sur la liste de la Cour d'appel est faite « *en tenant compte des besoins des juridictions de son ressort dans la spécialité sollicitée* » de sorte que loin de traduire une différence d'appréciation sur ses mérites selon les instances, un expert peut se voir refuser son inscription par la Cour parce que le nombre d'experts dans sa spécialité est suffisant pour répondre aux besoins de la Cour, mais être inscrit sur la liste nationale de la CNAMED.

### **III – L'évaluation de la qualité des expertises**

**Dans la proposition n°5**, vous suggérez de rendre obligatoire pour les disciplines médicales à risques aggravés la transmission des expertises aux organismes agréés par la HAS. Ils se chargeraient de les anonymiser et les exploiteraient ensuite scientifiquement dans le but d'améliorer la prévention des risques liés aux soins, à condition que le statut de ces organismes évoluent ne se présentent plus comme « *des instances de défense des médecins* ».

Il n'est pas possible en l'état actuel de la législation que des rapports d'expertise soient communiqués de manière non anonymisée à des organismes agréés par la HAS qui sont, de votre propre aveu, « *des instances de défense des médecins* ». Une telle pratique créerait un risque de pression vis-à-vis des experts alors que le système doit au contraire protéger et garantir leur neutralité et les préserver de toute pression ou influence de quelque nature que ce soit.

Les garanties actuelles sous la forme du serment dans le rapport remis à la CCI sont renforcées par l'exigence du dépôt de la déclaration d'intérêt remise à l'ONIAM dans le cadre de la convention qui lie cet établissement public aux experts.

**Dans la proposition n°6**, vous suggérez pour « *lever le soupçon de partialité qui peut peser aujourd'hui sur les OA du fait de leur présentation maladroite, 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* ».

Les recommandations des OA ont une autorité relative, appréciée à l'aune de leur statut, que chacun peut consulter.

Par exemple, il ressort des statuts de GYNERISQ et de son site internet que cet OA « *mobilise aussi ses moyens pour défendre notre communauté professionnelle dans le domaine de la responsabilité, collectivement et individuellement...*

- ... constitution d'un fonds de références d'articles qui sont accessibles par le moteur de recherche du site.
- nous poursuivons le lobbying et l'accompagnement en faveur des confrères injustement menacés de ruine pour des sinistres graves déclarés entre 2002, année du coup de force des assureurs, et 2012 année où nous avons obtenu le FAPDS.
- A la demande des accrédités, GYNERISQ produit des avis collégiaux sur les aspects médicaux des expertises judiciaires qui vous accablent. Lorsque GYNERISQ a pu démontrer que ces expertises ne se fondaient pas sur les données médicales en vigueur, les avis utilisés par les défenseurs ont souvent aidé à rétablir les situations judiciaires ».

Il s'évince de cette présentation que cet OA poursuit une mission de défense de ses membres faisant l'objet de procédures et qu'il agit ainsi en qualité d'expert de partie ou de médecin conseil.

Cette activité, qui ne fait pas l'objet d'une « *présentation maladroite* », mais au contraire assumée, est utile à la défense de ses membres mais n'est pas comparable avec celle de l'expert judiciaire qui doit, pour sa part, présenter des qualités attendues de loyauté envers le juge et toutes les parties. L'expert judiciaire n'est le conseil d'aucune des parties et son indépendance, son impartialité et sa neutralité constituent des obligations essentielles et garantissent les conditions du procès équitable.

Par ailleurs, les OA sont investis dans une démarche qui vise à améliorer la qualité de soins proposés et participent au développement d'une culture de sécurité.

Cette dimension est étrangère à la finalité première de l'expertise médicale judiciaire ou en CCI qui vise à rechercher l'existence éventuelle d'un manquement aux règles de l'art ou aux bonnes pratiques, un défaut d'organisation ou un dysfonctionnement dans le service, et à déterminer les préjudices strictement en lien avec ces manquements. L'expertise judiciaire ou en CCI a pour finalité d'éclairer le juge ou la CCI sur une question de fait qui requiert la lumière d'un technicien dans le cadre d'une action en responsabilité pouvant conduire à une indemnisation.

Elle ne s'inscrit pas dans la même temporalité que l'analyse d'un risque qui se serait réalisé : l'expertise est en effet souvent sollicitée des mois voire des années après un accident médical allégué, alors que l'analyse d'un événement indésirable grave nécessite une analyse immédiate suivie le cas échéant de mesures pour éviter qu'il ne se reproduise.

**La proposition n°7** relative à la composition de la CRIS n'appelle pas d'observations particulières.

#### **IV- La définition de la mission de l'expert**

**Dans la proposition n°8**, vous suggérez que les experts devraient se justifier lorsqu'ils acceptent une mission et ils pourraient être tenus 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 CCI prenant sa décision finale au terme des échanges contradictoires.

L'obligation de justifier de sa compétence pour un expert inscrit et désigné dans sa spécialité n'est pas justifiée, son inscription faisant présumer sa compétence dans son domaine. Cela dit, il est fréquent que les juges tiennent compte des suggestions des parties dans le choix

des experts. En CCI, comme devant le juge des référés, les experts pressentis se voient généralement présenter les circonstances globales de l'affaire et sont libres d'accepter ou non la mesure en fonction des faits, des parties mises en cause et de leur disponibilité.

Ensuite, en CCI, comme devant les juridictions, les parties peuvent toujours demander en application de l'article 234 du code de procédure civile la récusation de l'expert pour manque d'indépendance, pour un défaut d'impartialité ou pour manque de compétence dans le domaine dont la connaissance serait nécessaire à la mesure. Cette dernière exigence est à rapprocher de l'article 70 du Code de Déontologie qui dispose que « *le médecin ...ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose* ».

**Dans la proposition n° 9**, vous suggérez qu'il soit fait obligation aux experts d'indiquer le niveau de preuves de leurs affirmations en référence à la méthodologie utilisée par la HAS.

Il arrive dans de nombreux cas qu'aucune recommandation ne soit en vigueur au moment des faits donnant lieu à réclamation, il n'est donc pas possible de systématiser cette proposition. Mais il est indispensable que l'expert motive son avis. Il est essentiel qu'il cite la littérature scientifique sur laquelle il le fonde et en présence de plusieurs avis possibles, ou d'opinions contraires, il doit y répondre et les évaluer.

**Dans la proposition n°10**, il est proposé de rendre plus fréquent le recours à l'interrogation orale de l'expert après le dépôt de son rapport. Cette possibilité est prévue par les articles 245 du CPC et R1142-16 du CSP pour les CCI. Elle mérite d'être davantage utilisée.

**Dans la proposition n°11**, vous suggérez que la loi rende obligatoire le dépôt d'un pré-rapport.

Devant les juridictions civiles, les missions prévoient, en grande majorité, le dépôt d'un pré-rapport. Devant la CCI - commission administrative chargée de rendre des avis destinés à faciliter le règlement amiable du litige- le pré-rapport n'est pas utilisé, à quelques exceptions près, pour des motifs tenant essentiellement au court délai de 6 mois qui lui est imparti pour rendre un avis.

La pratique consistant pour les experts à offrir aux parties la possibilité de leur faire part de leurs observations dans un court délai avant la rédaction du rapport afin qu'ils y répondent dans le corps de leur rapport doit être encouragée. En outre, après le dépôt du rapport, la séance de la commission est un moment où chaque partie peut s'exprimer sur la qualité des conclusions du rapport et si les contestations élevées par une ou les parties lui paraissent suffisamment sérieuses et motivées, elles peuvent justifier une contre-expertise.

**Dans la proposition n°12**, vous évoquez la possibilité qui serait offerte aux parties 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... ce mécanisme serait particulièrement justifié quand l'expert choisi est hors liste, pratique devenue « *fréquente* » dans les CCI.

Il s'évince des statuts mêmes des OA qu'ils ne sont pas des instances présentant des garanties d'indépendance, de neutralité et d'impartialité puisqu'ils ont notamment pour objet d'assurer la défense de leurs membres et il n'est dès lors absolument pas envisageable de lui confier la « révision ou la relecture » d'un rapport.

Un tel projet ne saurait se justifier au motif que les CCI auraient recours à des experts hors liste... En effet, les statistiques démontrent que ce recours reste exceptionnel et que les experts choisis hors liste interviennent la plupart du temps en collégialité avec d'autres experts inscrits. En outre, ils déclarent sur l'honneur n'avoir aucun lien direct ou indirect avec les parties et de nature à porter atteinte à l'objectivité dont ils doivent faire preuve dans le cadre de leur mission et ils remplissent une déclaration d'intérêts.

Par ailleurs, les opérations d'expertise ordonnées par le juge ou la CCI se déroulent au contradictoire des autres parties et chacun peut s'exprimer et faire valoir son point de vue. L'article 276 du CPC, applicable aux instances judiciaires et aux CCI, précise déjà que 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. Le temps de l'audience ou de la séance de la Commission constituent un autre moment où chacun peut s'exprimer et critiquer le rapport. Il n'est pas possible compte tenu précisément du statut des OA qu'ils puissent apprécier la qualité de la méthodologie ou de la motivation retenue par l'expert désigné par une juridiction ou par une CCI alors que cette mesure est précisément confiée à un auxiliaire de justice dont le mode de désignation tend à s'assurer de ses qualités professionnelles, déontologiques et éthiques.

En cours de mesure et après le dépôt du rapport, il appartient au juge ou à la CCI qui a ordonné la mesure, et à lui seul, de contrôler la manière dont se déroulent ou se sont déroulées les opérations d'expertise. Ce pouvoir de contrôle a pour pendant nécessaire le pouvoir de sanction qui est dévolu à la Cour d'appel et à la CNAMED.

Il n'est donc ni souhaitable, ni envisageable de confier aux OA la charge de réaliser une lecture critique des rapports dans lesquels les experts expriment leur avis, donnent les réponses qui leur semblent s'imposer en l'état de leur art aux questions techniques que leur pose le juge ou le président de la CCI.

Il convient de rappeler qu'en application de l'article 256 du CPC, le juge peut toujours charger une personne qu'il commet de lui fournir une consultation sur une question purement technique, à tout moment. Il lui est donc loisible d'entendre le point de vue d'un autre expert sur une question technique particulière.

**La proposition n°13** relative à la formation des praticiens à l'expertise médicale est tout à fait justifiée.

#### **IV- Déontologie et responsabilité des experts**

**La proposition n°14** vise à rendre obligatoire le dépôt par l'expert d'une déclaration d'indépendance qui porterait très précisément sur son indépendance dans l'affaire particulière dans laquelle il accepte la mission.

Cette déclaration existe déjà et est faite à titre liminaire dans les rapports d'expertise en CCI. Par ailleurs, les experts désignés par les CCI établissent une déclaration d'intérêt.

**La proposition n°15** consiste à rappeler que le doute sur l'impartialité d'un expert ne devrait pas être considéré comme un argument suffisant pour ne pas répondre, ni même examiner les arguments qu'il fait valoir.

On voit mal tout d'abord sous quelle forme pourrait être envisagé un tel rappel. Quoiqu'il en soit, le médecin conseil d'une partie est le conseil de son client, il est sinon partial du moins partisan parce que précisément il est le conseil de son client. Il prend nécessairement partie dans le procès. C'est ce qui le différencie de l'expert judiciaire qui émet un avis qui ne doit pas être pollué par un doute sur son objectivité ou sur une influence favorisant tel ou tel des intérêts en présence.

Dans le Juste, Paul Ricœur considère que les institutions doivent réussir à établir un juste partage entre chaque membre de la société et réussir à coordonner deux aspects : d'une part, lorsqu'elles séparent en rendant à chacun sa part et en établissant que la part de l'un n'est pas la part de l'autre ; d'autre part, lorsque, tout en partageant, elles contribuent à reconnaître la part de chacun.

Il nous semble que le rôle de l'expert est de prendre parti par les réponses qui lui semblent s'imposer en l'état de son art en les motivant, qu'un rapport d'expertise répond à ses objectifs lorsque l'expert a fait preuve d'indépendance, d'impartialité et de neutralité et que chaque partie trouve « *sa part* » dans les réponses qu'il apporte.

Il y aura toujours des expertises dont la qualité sera jugée insatisfaisante, mais le discours qui consisterait à déprécier par principe la qualité des expertises judiciaires et des CCI est absolument injuste et ne correspond pas à la réalité rencontrée par ceux qui, au quotidien, traitent du contentieux de la responsabilité médicale.

La difficulté à recruter des experts existe et doit sans doute être recherchée dans la charge de travail qui pèse sur les professionnels de santé qui hésitent à s'engager, mais aussi dans le fait qu'ils ont conscience que l'art de l'expertise est exigeant, rigoureux et qu'il faut aussi savoir faire preuve de courage dans ses avis. Elle est aussi liée au fait que la rémunération versée est sans commune mesure avec les rétributions offertes par les compagnies d'assurance aux experts de partie, qui trouvent donc un avantage financier à choisir d'intervenir plutôt comme médecin conseil.

Comme l'a déjà indiqué le Professeur LIENHART, ce colloque devrait être l'occasion pour les membres des sociétés savantes de s'engager dans l'expertise judiciaire et de CCI, tant il est vrai que les bons rapports font les bons jugements et avis. Les experts judiciaires et de CCI y trouvent pour la plupart une grande satisfaction qui dépasse les intérêts matériels, celle de participer à la manifestation de la vérité et à l'œuvre de justice.

Valérie BLANCHET, magistrat, présidente de la Commission de Conciliation et  
d'Indemnisation pour l'Ile de France

Jean TROTEL, président de la CNAMED, premier président honoraire de la Cour d'appel de  
LYON