

COLLOQUE 12 octobre 2018

Réactions à la « note de synthèse »

Monsieur le Professeur,

Je tiens à vous remercier pour l'organisation de ces journées d'échanges très riches, qui auront permis de confronter différents points de vue sur l'expertise médicale.

A défaut de parvenir à un consensus, ou même à une adhésion suffisamment large, sur la plupart des propositions formulées dans la « note de synthèse », ce colloque aura du moins été l'occasion de mener une réflexion très stimulante sur la façon dont se déroulent aujourd'hui les expertises médicales et sur les différentes pistes susceptibles d'en améliorer la qualité.

Je ne peux cependant qu'émettre les plus vives réserves avec la plupart des propositions formulées dans cette note, pour des raisons à la fois de droit et d'opportunité.

1. La formation des experts

Les compagnies d'experts animent déjà un grand nombre de formations initiales et continues, destinées à permettre aux experts de mieux appréhender les règles qui encadrent l'organisation de l'expertise ou encore les relations avec les CRCI et les juridictions ainsi que les exigences relatives à la présentation formelle de leurs rapports. Ces formations paraissent adaptées, tant en volume horaire qu'en qualité.

Les organismes agréés (OA) mentionnés à l'article D. 4135-4 du CSP, qui ne sont pas impliqués dans l'expertise judiciaire, ne semblent pas les mieux placés pour assurer des formations sur ce thème, que ce soit en complément ou en lieu et place de celles existantes. Ils ne pourraient transmettre à l'expert que des connaissances médicales que l'homme de l'art est supposé déjà maîtriser, de par sa formation universitaire et son expérience professionnelle.

Par ailleurs, il ne saurait, en tout état de cause, être envisagé, comme envisagé dans la note de synthèse, que ces organismes soient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise en lien avec leur spécialité. Outre qu'on conçoit difficilement en quoi une telle communication pourrait être nécessaire à la formation des nouveaux experts, elle impliquerait la transmission aux OA d'une masse très importante de données confidentielles – le cas échéant protégées par le secret judiciaire – et leur conférerait un droit de regard sur l'action des experts.

2. Le mode de sélection des experts

2.1. Il me semble là encore impossible et inopportun de conférer aux OA un droit de regard, ou a fortiori un pouvoir de décision sur l'inscription et la réinscription des experts :

- sur le plan juridique, ce serait confier à des organismes privés une mission de service public qui paraît par nature relève de la compétence des juridictions (pour les experts judiciaires) ou de la CNAMED (pour les CCI). Rappelons que devant la juridiction administration, le décret n° 2013-730 du 13 août 2013 a institué, sur le modèle des dispositions du code de procédure civile, une procédure d'inscription sur le tableau des experts et prévoit en particulier la possibilité pour les présidents de juridiction de refuser de réinscrire les experts ou même de les radier s'ils méconnaissent leurs obligations (art R. 221-9 et s du CJA) ;
- l'agrément donné aux OA par la HAS n'a pas été conçu en vue de l'exercice de telles missions et il ne semble pas qu'ils soient les plus aptes à exercer un tel contrôle ;
- un tel processus de sélection et de contrôle pourrait, en outre, mettre en cause l'objectivité et l'impartialité des experts, qui doivent être indépendants de toute pression (réelle ou ressentie comme telle) de la part de certains de leurs pairs.

Il importe ainsi que chacun reste dans le rôle qui lui a été imparti par le législateur et le pouvoir réglementaire : la HAS et les sociétés savantes identifient les bonnes pratiques médicales, les OA s'assurent qu'elles sont respectées par les professionnels et la CNAMED et les juridictions désignent les experts et contrôlent le respect par ceux-ci de leurs obligations déontologiques.

2.2. La proposition visant à associer, dans les cas complexes, le médecin expert qui ne pratique plus la spécialité médicale à un médecin-expert praticien de la discipline n'appelle bien sûr pas les mêmes réserves de principe. Sans vouloir nier totalement les difficultés susceptibles d'être ponctuellement rencontrées avec des experts très âgés, il convient toutefois de souligner que les experts qui ne pratiquent plus n'en disposent pas moins souvent d'une solide expérience tant dans leur domaine de compétence qu'en matière d'expertises.

Il leur appartient certes de continuer à se tenir informés de l'évolution de leur spécialité mais on ne saurait présumer qu'ils ne le font pas. S'agissant de faits qui remontent souvent à plusieurs années, il importe avant tout que l'expert puisse expliciter les données acquises de la science de l'époque - même si évidemment tout éclairage sur les évolutions postérieures peut être utile.

3. L'évaluation de la qualité des expertises

- 3.1. Ainsi qu'il a été dit, la proposition tendant à rendre obligatoire la transmission des expertises aux OA concernés me semble impraticable et inopportun, pour des raisons liées à la confidentialité des rapports d'expertise et à la préservation de l'indépendance de l'expert.
- 3.2. Je suis également extrêmement réservé à l'égard de la proposition qui tend à ce que les recommandations des OA puissent être qualifiées sans réserve de « données acquises de la science ».

S'il est bien sûr loisible aux parties de se prévaloir de la position de tels organismes dans le cadre du débat contradictoire et aux juges ainsi qu'aux CCI d'en tenir compte, de telles « recommandations » ne peuvent par construction avoir la même autorité juridique que celles de la HAS et des sociétés savantes, auxquelles incombe cette définition des « données acquises de la science », ainsi que l'ont souligné le Pr Lienhart et le Dr Nitenberg.

Les échanges au cours des journées de travail ont par ailleurs révélé, comme l'ont rappelé Valérie Blanchet et Jean Trotel dans leur note de ce jour, que les OA ne justifiaient pas nécessairement de l'indépendance nécessaire à cette fin.

On imagine difficilement qu'un tel organisme puisse difficilement, sans collusion d'intérêt, s'ériger en défenseur des professionnels de santé face aux mises en cause judiciaires et participer régulièrement à leur défense devant les juridictions tout en formant et sélectionnant les experts et en contribuant à l'élaboration des données acquises de la science.

A cet égard, un simple changement statutaire ne pourrait suffire à dissiper les doutes légitimes du public, les accusations de parti pris contre les personnes concernées pouvant demeurer prégnantes au vu de leurs prises de position passées.

4. La définition de la mission des experts

4.1. La proposition tendant à ce qu'il soit fait obligation aux experts d'avoir à justifier de leur compétence ne paraît pas justifiée, leur inscription sur la liste au titre de la spécialité considérée les rendant a priori compétents.

Bien évidemment, il leur appartient, le cas échéant, d'indiquer au juge qu'ils ne se sentent pas en mesure d'assurer l'expertise mais on ne saurait les obliger à évoquer leurs précédentes missions.

4.2. La proposition tendant à ce 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 paraît quant à elle intéressante mais difficile à mettre en œuvre.

Il est certes important que l'expert précise autant que possible dans son rapport son degré de certitude sur les questions médicales, en étayant si possible sa position par des références pertinentes. Cependant, il ne lui est pas toujours possible d'indiquer des « degrés de preuve » et il appartient au juge et lui seul d'apprécier si la position privilégiée par l'expert est suffisamment probante.

L'idée d'une référence exigée aux « meilleures données acquises de la science » ne paraît, à cet égard, pas pertinente, le juge devant souverainement apprécier si les éléments présentés devant lui apparaissent ou non suffisamment probants.

5. La place du principe de contradiction dans l'expertise

5.1. La proposition de mettre en œuvre plus régulièrement la technique du « hot tub », qui conduit le juge à procéder à une interrogation orale de l'expert après dépôt de son rapport me semble particulièrement bienvenue.

Cette procédure existe certes en droit civil comme en contentieux administratif (art. R 621-10 du CJA) mais elle est encore trop méconnue et insuffisamment pratiquée.

- 5.2. De même, la proposition consistant à généraliser la pratique du pré-rapport paraît tout à fait opportune tant devant la juridiction administrative que judiciaire, afin de faire en sorte que tous les arguments techniques soient échangés devant l'expert, avant de l'être ensuite, le cas échéant, devant la CCI ou le juge.
- 5.3. En revanche, pour les raisons déjà exposées, la proposition tendant à ce que le juge saisisse un OA afin de lui demander d'apprécier la qualité de la méthodologie suivie par l'expert ne peut raisonnablement être envisagée.

Outre les difficultés liées au statut actuel des OA, il paraît difficilement envisageable de soumettre le rapport de l'expert à la supervision d'un organisme quelconque.

On peut en outre regretter que la proposition, telle qu'elle est formulée, sous-entende que les experts ne feraient pas actuellement tout leur possible pour remettre des expertises de qualité et objectives et que la menace d'une relecture par leurs pairs serait de nature à les inciter à travailler de façon plus rigoureuse. Rien ne me semble justifier une telle mise en cause.

Rappelons par ailleurs que si le juge a un doute sur les conclusions de l'expert, et en particulier sur les données acquises de la science, il est loisible d'ordonner une nouvelle expertise, voire même de solliciter un avis technique à un professionnel indépendant (art. R. 625-2 du CJA, s'agissant de la juridiction administrative).

6. Questions relatives à la déontologie et à la responsabilité des experts

- 6.1. On peine à concevoir l'intérêt de la proposition tendant à la remise par l'expert d'une déclaration d'indépendance au regard des exigences réglementaires actuelles, et en particulier de l'obligation pour l'expert de remplir une déclaration d'intérêts et de s'engager à ne pas effectuer d'activité incompatible avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires à l'exercice de ses missions (art. R 221-13 du CJA, s'agissant de la juridiction administrative).
- 6.2. Il semble encore plus contestable de rappeler (au demeurant sous quelle forme ?) « 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 ».

La jurisprudence administrative et judiciaire ménage en effet un équilibre qui paraît satisfaisant entre le respect de l'exigence d'impartialité et les considérations pratiques de

bonne administration de la justice, qui impliquent de ne pas se priver inutilement d'experts compétents par des exigences trop formalistes.

Ainsi, la circonstance qu'un expert ait travaillé ponctuellement plusieurs années auparavant pour une compagnie d'assurance ne justifie pas à lui seul sa récusation. En revanche, s'il travaille régulièrement pour l'assureur ou intervient fréquemment à l'appui des professionnels de santé mis en cause (ou s'il le faisait dans une période récente), l'exigence d'impartialité n'est manifestement pas satisfaite.

Il en est de même s'il a déjà pris publiquement position sur la question médicale en litige ou s'il est impliqué (ou l'a été par le passé) dans une association ayant pour objet la défense de ses confrères mis en cause.

En complément de ces réactions aux différentes propositions, je souhaite attirer votre attention sur deux passages du rapport qui me semblent problématiques :

- en page 20, je ne crois pas que le principe d'une « exploitation systématique des expertises » - expression assez ambiguë - ait fait consensus. Les échanges ultérieurs ont d'ailleurs montré les difficultés et les dangers d'une telle exploitation ;
- en page 29, la critique de l'arrêt de la CA Bordeaux mettant en cause l'impartialité de Gynerisq ne me semble pas relever du rapport de synthèse, d'autant qu'elle ne débouche logiquement sur aucune proposition concrète – il me semble que le rapport n'a pas à prendre parti sur son bien-fondé et à soutenir Gynerisq dans ce débat devant la juridiction judiciaire (en tant que juge administratif, je me garderai naturellement de toute prise de position dans cette controverse...).

Florian Roussel

Maître des requêtes au Conseil d'Etat