

L'expertise médicale par temps de Covid

Colloque dématérialisé organisé par la Compagnie nationale des experts médecins de justice (CNEMJ), le 8 décembre 2020.

Comme tous les secteurs, le secteur médical a dû s'adapter à la période que nous traversons, marquée par le risque de contamination par le Covid-19 et la distanciation physique. Mary-Hélène Bernard, présidente de la Compagnie nationale des experts médecins de justice (CNEMJ), a ouvert une discussion sur le sujet des expertises médicales en cette période lors d'un colloque dématérialisé organisé le 8 décembre dernier par la compagnie ; différentes situations pratiques ont été envisagées avec une quarantaine de participants, experts, magistrats judiciaires et administratifs, présidents et juristes de CCI et avocats, analysant les difficultés actuelles dans le cadre particulier de l'expertise médicale.

Pour introduire le sujet, ont été communiqués les résultats récemment diffusés d'une enquête menée par la MACSF sur la pratique de la téléconsultation pendant la première vague de l'épidémie de Covid-19 dans l'article¹ de Nicolas Gombault, directeur général délégué du Groupe MACSF (Mutuelle d'assurance des professionnels de la santé): trois quarts des médecins généralistes ont mis en place la téléconsultation depuis le début de l'épidémie alors que moins de 5% la pratiquaient auparavant ; au cours de la première semaine de déconfinement, en mai 2020, 7 médecins sur 10 ont réalisé au moins une téléconsultation, et un sur 10 parmi eux a déclaré avoir réalisé plus de 25% de ses consultations par ce moyen.

« Ce confinement a donc été un véritable accélérateur de la télé-médecine à travers toute la France, sans disparités régionales. Cependant, le contact reste absolument nécessaire pour l'examen clinique », ajoute Mary-Hélène Bernard.

La MACSF a d'ailleurs dressé une liste de cinq poches de risques liées à la crise sanitaire pour les professionnels de santé :

- un diagnostic en mode dégradé : le premier risque est lié à la téléconsultation ; cette modalité

d'exercice ne permet pas de réaliser un examen clinique en présentiel, qui reste fondamental pour réaliser le diagnostic de certaines pathologies ou pour déterminer une conduite thérapeutique. Les problèmes techniques rencontrés par certains praticiens au cours de téléconsultations ne peuvent malheureusement qu'accroître ces risques ;

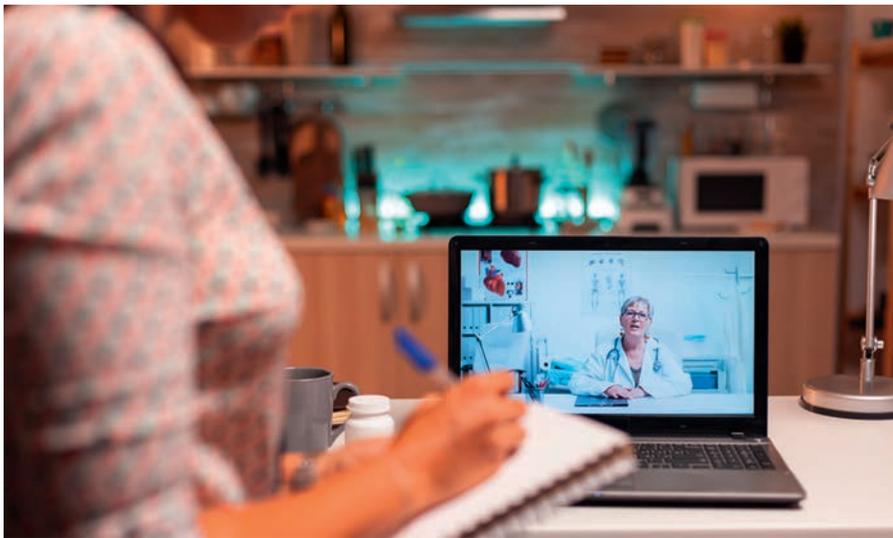
- la continuité des soins : la perte de contact avec certains patients, dont les pathologies pourraient s'aggraver sans que le praticien en soit informé. « Ce risque a pu faire l'objet d'une prévention de la part de certains professionnels de santé qui ont régulièrement téléphoné à leurs patients pendant la phase du premier confinement pour prendre de leurs nouvelles lorsque les patients ne les appelaient pas. Cela demande bien entendu une parfaite organisation et il est recommandé de garder une trace de ces appels », précise Nicolas Gombault dans son texte ;
- la transmission du virus : la possibilité pour un professionnel de santé d'être mis en cause par un patient qui lui reprocherait une transmission de la Covid-19 ;
- la responsabilité de l'employeur : cela concerne les praticiens qui emploient des collaborateurs (assistantes...), lesquels, s'ils contractent la Covid-19 dans le cadre de leurs fonctions, pourraient rechercher la responsabilité civile de leur employeur pour faute inexcusable ;
- la conformité des soins : le risque d'être mis en cause pour ne pas avoir soigné de façon conforme aux données de la science les patients atteints de la Covid-19.

Les étapes de l'expertise et leurs difficultés en pratique

Depuis le début de cette pandémie, les experts ont finalement dû déterminer – notamment en fonction du nombre de participants prévu et de l'espace dont

ils disposaient dans leurs salles – la manière dont ils pouvaient organiser leurs réunions d'expertise. Thierry May, professeur d'inféctiologie et expert près la cour d'appel de Nancy, a rappelé la nécessité de disposer de salles suffisamment vastes s'il existe beaucoup de parties concernées par la réunion d'expertise, permettant de respecter « une distanciation physique suffisante ; au sein du CHU, nous avons cependant fait bien évidemment très attention à ne pas organiser de réunions de plus de douze personnes dans ces grandes salles d'enseignement, qui étaient par ailleurs équipées de solutions hydroalcooliques. On prévenait les parties en amont des conditions dans lesquelles les réunions allaient se réaliser, en leur signalant que si elles étaient symptomatiques dans les jours qui précédaient nous différencierions ce rendez-vous. Lors des expertises que j'ai menées durant les deux confinements, tout le monde a toujours respecté les règles que j'avais indiquées dans la convocation. Ils avaient un masque, respecté la distanciation, etc. Le moment qui pose le plus de problèmes, c'est l'examen clinique des patients : pour le réaliser, on descend dans un bureau d'examen et on limite le nombre de médecins pouvant assister à l'examen clinique à un ou deux représentants de chaque partie. Il y a donc le patient, un ou deux experts, et un ou deux médecins des différentes parties mais pas davantage. On veille à ne pas être trop nombreux. Puis, à l'issue de l'examen clinique, on revient en plénière et on fait de manière contradictoire le retour de l'examen clinique en présence de l'ensemble des participants à la réunion. Dans les rapports d'expertise, j'ai toujours bien précisé qu'on avait respecté les procédures sanitaires qui s'appliquent en période de Covid-19 ».

Serge Federbusch, président du pôle Nord (Picardie - Nord-Pas-de-Calais - Centre) des CCI a souligné la nécessité d'un « plein consensus » de l'ensemble des participants lors de l'organisation de réunions en visioconférence ou en pré-



Un médecin en visioconférence (photo d'illustration).

sence physique : « il faut s'assurer que tout le monde puisse venir, et si certains ne le peuvent pas, il faut ne pas aller plus loin, pour le respect du principe de la contradiction et de l'égalité de traitement de toutes les parties, et éventuellement attendre que les conditions sanitaires s'améliorent. En tant que CCI, ce que nous avons dit aux experts, c'est qu'ils étaient capables d'apprécier la situation par eux-mêmes : une expertise avec de nombreuses parties et/ou des personnes fragiles, ce n'est bien évidemment pas la même chose qu'une expertise diligentée dans le cadre d'un décès où la personne victime n'est plus présente. De la même manière, il faut tenir compte des distances à parcourir par les participants pour rejoindre le lieu de la réunion et des conditions de transport ».

Serge Federbusch a, par ailleurs, précisé au sujet des CCI : « Je pense qu'il faut revenir à la philosophie du dispositif CCI qui est là pour faciliter les accords amiables. Nous ne sommes pas une juridiction ordinaire ; il n'y a pas de voie d'appel ou de cassation. Nous sommes donc beaucoup plus libres, d'une certaine manière. Tout étant basé sur l'accord amiable, si toutes les parties sont d'accord pour une réunion d'expertise en visioconférence, il n'y a aucune raison de s'en dispenser et de la leur refuser. Si l'expert est intimement convaincu qu'il peut la mener à bien et que toutes les parties sont d'accord pour le penser, on peut d'ailleurs tout à fait envisager que dans le futur ce mode de fonctionnement soit pérennisé, ou tout du moins accepté ».

Marion La Hutte, juriste au sein du pôle Nord des CCI a, de son côté, fait remarquer qu'ils n'ont pas reçu « de

retours négatifs de qui que ce soit sur l'emploi de la visioconférence. Une fois que l'accord de l'ensemble des parties a été obtenu et que la réunion a été menée, il n'y a jamais eu d'avocats, de victimes ou de médecins conseils qui se sont plaints par la suite. La visioconférence est de plus en plus sollicitée pour faire avancer les dossiers ; les avocats ne freinent plus des quatre fers sur ce sujet. Dans certains cas, il y a eu un dispositif mixte avec certaines personnes présentes physiquement sur le lieu de la réunion et d'autres en visioconférence : un avocat par exemple pouvait se rendre au domicile de son client et il participait à la réunion aux côtés de celui-ci par visioconférence. Cela a permis notamment de faire avancer les dossiers de personnes considérées comme à risque concernant la Covid-19, qui ne pouvaient pas se déplacer étant donné le contexte sanitaire ».

Didier Honnart, expert en anesthésiologie et réanimation près la cour d'appel de Dijon, a souhaité pour sa part souligner qu'il était important que la visioconférence ne prenne pas une place prépondérante dans l'organisation des réunions d'expertise : « Dans le cadre d'expertises avec des personnes victimes d'un accident médical fautif ou non, je trouve qu'il y a besoin d'empathie, de réitérer si nécessaire les explications pour chacune des parties, d'être sûrs que les gens ont bien compris ce qu'il se passe et ce qu'il se dit, et c'est difficile de faire cela par visioconférence. Il y a aussi un certain nombre de personnes âgées qui peuvent ne pas avoir accès à ces techniques de communication, et qui seraient désavantagées si on les leur imposait ».

Elie Younes, expert en urologie près la cour d'appel de Versailles, a en outre souligné la difficulté d'obtenir rapidement l'accord de toutes les parties pour l'organisation de réunions en visioconférence : « Le plus simple est d'envoyer un e-mail à tous les avocats qui peuvent ensuite transmettre cette demande à leur client et aux médecins conseils, mais parfois cela prend quand même un certain temps, certaines personnes ne répondent pas. Par ailleurs, concernant l'examen clinique, la question qui peut se poser est : est-ce qu'il faut faire la réunion d'expertise avant ou après l'examen clinique ? Je pense qu'il faut décider en fonction du dossier : si on voit que l'examen clinique n'est pas primordial dans l'expertise, on peut le faire dans un second temps. Si l'examen clinique va forcément orienter l'expertise, là on est obligé d'organiser un examen clinique en présentiel avec les médecins conseils puis faire la réunion d'expertise dans un second temps ».

Concernant la médecine légale thanatologique, Bertrand Ludes, directeur de l'Institut médico-légal (IML) de Paris et expert agréé par la Cour de cassation, a signalé qu'« au cours de cette période de pandémie, surtout lors du premier confinement, nous avons pu diminuer le nombre d'autopsies eu égard au risque d'infection à la Covid-19 pour les équipes de l'Institut médico-légal ; ce risque diminue certes après le troisième jour post-mortem mais il existe quand même. Avec l'accord des magistrats, nous avons privilégié dans notre travail les examens scanographiques dans un premier temps, puis nous avons fait des examens externes pour rechercher des lésions, des plaies ou d'autres éléments qui pourraient nous faire penser à l'intervention d'un tiers dans le décès. Nous avons évité les autopsies, sauf dans les cas criminels ou ceux pour lesquels il existait une suspicion d'intervention d'un tiers dans le décès ; nous avons ainsi pu sécuriser le travail mené au sein de l'IML. Cela s'est relativement bien passé, et nous avons été sur la même longueur d'ondes que les tribunaux avec lesquels on travaille. C'est par l'imagerie que nous avons fait les examens et répondu aux questions des magistrats : cause du décès d'une part, intervention de tiers d'autre part. Nous avons limité les investigations invasives. Et les équipes ont pu disposer dès le début de la pandémie des protections nécessaires ».

Bertrand Ludes a, par ailleurs, précisé que pendant le premier confinement « la présentation des défunts a été suspendue ; les familles n'avaient plus accès à l'Institut. Tout le côté funéraire a été limité au départ des corps. C'était très drastique ; cela s'est passé différemment lors du deuxième confinement où l'accès du public a été moins restreint ».

Cécile Manaouil, expert en autopsie et thanatologie près la cour d'appel d'Amiens et professeur de médecine légale au nouveau CHU Sud d'Amiens, a fait les remarques suivantes pour sa zone géographique : « nous n'avons pas constaté une diminution d'activités ; nous avons eu l'impression que les réquisitions étaient toujours aussi nombreuses, et nous n'avons pas constaté une diminution du nombre d'autopsies pratiquées. Par ailleurs, nous avons eu un certain nombre de décès dont la cause pouvait être la Covid-19 : il s'agissait notamment de personnes décédées à leur domicile, qui présentaient des symptômes quelques jours avant leur décès, mais qui n'avaient pas consulté de médecin. Nous avons pu faire des tests rapides d'orientation diagnostique (Trod) spécifiques à la Covid-19, mais il faut avoir conscience qu'il y a de faux négatifs ».

Circonstances pouvant engager la responsabilité de l'expert

Concernant le risque d'une recherche de responsabilité de l'expert si une personne se révèle positive après une réunion d'expertise, Marion Libert, avocate au barreau de Clermont-Ferrand, a souligné que « si l'expert a pris les précautions nécessaires, qu'il n'a pas réuni un nombre trop important de personnes dans un petit espace, que tout le monde portait un masque, il n'y a pas de raison qu'il voie sa responsabilité engagée. Si une personne découvre quelques jours après une réunion d'expertise qu'elle est positive à la Covid-19, l'expert devra simplement prévenir tous les participants qu'ils sont potentiellement cas contacts, mais il n'y a pas de risque de voir aboutir une recherche de responsabilité, si les règles sanitaires sont bien respectées ».

Vincent Vigneau, Conseiller à la Cour de cassation, a abondé dans ce sens : « Lors du deuxième confinement, il n'y a pas eu de suspension de l'activité juridictionnelle ; l'activité s'est poursuivie avec un protocole sanitaire fixé par décrets. Dès lors que ce protocole sanitaire est respecté, je ne vois

pas quelle faute peut être recherchée vis-à-vis de l'expert ».

Rémy Salmon, expert en cancérologie près la cour d'appel de Paris, a ensuite fait part de son interrogation concernant la possibilité de rechercher la responsabilité d'experts pour perte de chance à la suite d'une intervention différée : « En cancérologie, notamment, lorsque dans quelques années des demandeurs viendront nous dire qu'on ne leur a pas fait l'opération recommandée par les bonnes pratiques, qu'on a retardé la chimiothérapie ou une autre intervention dont ils avaient besoin, c'est à ce moment-là que les problèmes vont se poser et vont être difficiles à régler. On pourra alors nous demander pour quelles raisons nous avons modifié les délais de prise en charge d'un patient. Des articles scientifiques ont déjà été publiés concernant le nombre de cancers, le nombre de décès possibles considérant le nombre de semaines de retard de prise en charge ».

Vincent Vigneau a répondu à ce questionnement en soulignant qu'il s'agirait ici « d'une recherche de responsabilité pour faute ; or, la faute repose sur une obligation de moyens. Si un médecin a dû déprogrammer une intervention parce que les conditions sanitaires ne lui permettaient pas de procéder à cette opération, la perte de chance de survie du patient qui en est résultée ne va pas forcément engager sa responsabilité s'il n'a pas commis de faute par ailleurs, surtout si ce report a été imposé par les autorités de santé ou par l'établissement dont il dépend. Même si c'est lui qui a pris cette décision, si celle-ci reposait sur une appréciation pondérée, réfléchie, motivée du bénéfice/risque, il n'a pas commis de faute. Il n'est pas tenu à une obligation de résultat. Il en est de même pour la responsabilité de l'État : pour que sa responsabilité puisse être engagée, il faudrait démontrer que l'État a commis une faute en imposant un confinement et des mesures restrictives et limitatives de liberté. Est-ce qu'il n'aurait pas, au contraire, commis une faute s'il n'avait pas pris ces mesures ? Cela a certainement provoqué des pertes de chance, mais il ne s'agit pas nécessairement de pertes de chance indemnifiables sur le fondement de la responsabilité pour faute. D'un autre côté, la seule responsabilité sans faute que nous connaissons en matière médicale, c'est celle concernant les infections nosocomiales ; or, ici, nous ne sommes absolument pas dans le cadre

d'infections nosocomiales. La perte de chance est réelle, mais ce n'est pas pour autant qu'elle est de nature à entraîner la responsabilité d'un professionnel de santé ou de l'État ».

**« Il faut s'assurer que le client, l'avocat et le médecin conseil puissent se mettre en relation d'une manière garantissant la confidentialité de leurs échanges. »
(Vincent Vigneau)**

Vincent Vigneau a, par ailleurs, tenu à signaler que la relation entre l'avocat et son client ne devait pas souffrir du recours à la visioconférence lors des opérations d'expertise : « Le client est assisté par son avocat ; cette assistance se manifeste par des conseils, des prises de parole au cours des opérations d'expertise. Si des réunions d'expertise sont organisées à distance, il faut s'assurer que le client, l'avocat et le médecin conseil puissent se mettre en relation d'une manière garantissant la confidentialité de leurs échanges – il est hors de question que l'autre partie ou l'expert puissent en avoir connaissance –, et il faut qu'ils aient la certitude de s'adresser à la bonne personne. Une réunion d'expertise qui serait organisée exclusivement par visioconférence pour des raisons sanitaires ne semble pas pouvoir répondre à ces exigences ».

Sur ce sujet, Marion Libert a indiqué que lors de toutes les réunions d'expertise qu'elle a faites en visioconférence depuis le début de la crise sanitaire, elle était toujours aux côtés de son client : « Il était hors de question que nous ne soyons pas dans la même pièce et que nous ne puissions pas converser de manière confidentielle pendant la réunion. On appliquait bien évidemment les mesures de sécurité et on portait un masque ».

Conséquences à court, moyen et long terme de l'expertise par temps de Covid

Céline Chamot, premier conseiller au tribunal administratif de Nîmes dans la chambre « santé publique » et « travaux publics », a souligné concernant les conséquences à court, moyen et long terme de la période que nous traversons « que les magistrats de première ins-

tance sont pris en tenaille entre deux impératifs : d'une part, ordonner de manière régulière des expertises, et d'autre part ne pas laisser dérapier les délais de jugement. Depuis le premier confinement, nous avons systématiquement accordé des délais supplémentaires aux experts qui le demandaient, afin de leur permettre de s'adapter, de récupérer les documents qui avaient pu être plus difficiles à obtenir durant cette période marquée par la Covid, de différer les réunions, d'organiser celles-ci différemment, etc. Nous avons accordé à chaque fois un délai supplémentaire de six mois. La première conséquence de ces délais supplémentaires accordés aux experts est que cela a entraîné pour nous un retard à juger. La seconde conséquence est que chez mes collègues de première instance, la tentation est grande de vouloir régler un maximum de dossiers sans ordonner de nouvelles expertises, afin de ne pas laisser les délais dérapier davantage. Au sein de ma chambre du tribunal administratif, je dois me battre pour ordonner des expertises en ce moment lorsque j'en ai besoin pour des dossiers médicaux ou de travaux publics ».

Céline Chamot a ensuite indiqué qu'« à plus long terme, dès que les rapports seront déposés, on analysera la régularité des opérations d'expertise : on s'attachera à vérifier si les personnes ont pu bénéficier de l'assistance correcte de leur avocat, d'un médecin conseil,

vérifier que la visioconférence a été acceptée par toutes les parties, etc. » Elle a ensuite ajouté que « pour ce qui est des contentieux Covid, au tribunal administratif de Nîmes, pour l'instant, nous n'avons ordonné que quatre expertises en référé sur des problèmes de prises en charge de patients compliquées par une contamination par la Covid-19, ayant conduit au décès dans le cas de personnes âgées – il y aura ensuite des contentieux indemnitaires qui seront noués soit contre l'établissement hospitalier soit contre l'ONIAM. Nous ne voyons pas bien pour l'instant le fondement sur lequel reposerait cette responsabilité, s'il n'y a ni mesures sanitaires d'urgence ni qualification possible en tant qu'infections nosocomiales ».

Chargé de conclure les échanges de ce colloque dématérialisé, Vincent Vigneau a rappelé le caractère totalement inédit de la situation que nous vivons actuellement, qui bouscule tous les domaines : « Cette pandémie de Covid-19 va bien au-delà de la seule sphère sanitaire, puisqu'elle remet en question nos pratiques professionnelles, judiciaires, expertales... Mais il faut aussi considérer cela comme une chance de mener une réflexion sur nos pratiques et trouver une manière de les améliorer. Par ailleurs, on voit un principe apparaître : celui de présence. Est-ce que la présence est un principe des procédures civiles et pénales ? Est-ce qu'on peut

juger quelqu'un hors de sa présence physique ? On ne s'était jamais posé la question auparavant ; et là on constate que, confrontés à des procédures qui se sont imposées à nous, on ne juge pas de la même façon, on n'appréhende pas les questions de la même manière selon que la personne est ou non présente en chair et en os devant nous. Je pense que c'est un sujet que nous allons tous devoir creuser dans les années à venir : l'émergence d'un principe de présence. On a pu remarquer que les entreprises, après avoir développé le télétravail, reviennent en présentiel parce qu'on se rend tous compte qu'on a besoin de la présence physique des autres, d'être ensemble en chair et en os, pour créer des synergies. Je pense que l'acte de juger, comme celui d'expertiser, ne peut pas se passer de cette présence humaine. Mais il faut garder à l'esprit que cette présence, actuellement, peut représenter un risque, celui d'être contaminé à la Covid-19. Est-ce qu'on doit prendre en compte ce risque et l'accepter ou est-ce qu'il doit nous faire renoncer à des garanties procédurales qui favorisent une bonne justice ? »

NOTE

1. « Covid-19 : les 5 poches de risques de mise en cause », par Nicolas Gombault, publié le 18 novembre 2020 sur le site Internet www.macsf.fr (<https://www.macsf.fr/responsabilite-professionnelle/Cadre-juridique/covid-19-5-poches-de-risques-de-mise-en-cause>).




Compagnie Nationale des Experts Médecins de Justice

ACCUEIL ACTUALITÉS EXPERTS COMPAGNIE DOCUMENTS LIENS UTILES ET CONTACT

Entretiens ZOOM de février à juin 2021 de 18H à 20 H

Judi 18 février Liens et conflits d'intérêts
Judi 18 mars Les honoraires et le statut fiscal de l'expert
Judi 15 avril Expertise en responsabilité médicale et de soins
Judi 20 mai La perte de chance
Judi 17 juin Les barèmes d'évaluation : quelle évolution ?

Notre site Internet : <https://cnemj.fr/>

En ligne et accessible à tous :

- Actualités,
- Détail du programme ZOOM
- Activités de formation,
- Références de nos experts,
- Livrets des colloques,
- Liens utiles aux experts en santé

Prenez date pour participer aux ZOOM !

Inscription obligatoire
Gratuite pour
Les membres CNEMJ, les magistrats et les orateurs
Détails actualisés sur notre site

Et dès que possible Une réunion présentielle sera couplée au ZOOM

Inscriptions et renseignements par mail à : CNEMJ@orange.fr