



<https://amet-experts-nimes.fr/>

Président Bernard MEGY



Musée de la Romanité



<https://cnemj.fr/>

Présidente Mary-Hélène BERNARD



COLLOQUE AMET- CNEMJ

Samedi 14 MAI 2022 de 9h-16h

Au Musée de la Romanité de Nîmes

16 Boulevard des Arènes, 30900 Nîmes

Quelle expertise dans le « monde d'après » ?

Sous la Présidence de :

**Michel ALLAIX (Premier Président CA de Nîmes),
Céline CHAMOT (Premier Conseiller TA de Nîmes),
Jacques COUDURIER (Bâtonnier de Nîmes)**



Livret pédagogique introductif

(adressé par voie électronique aux participants)

Ce qui a fait bouger les lignes ...

- **Mot d'accueil de Bernard MEGY** p. 1
- **Problématique médico-légale et Covid, une infection parmi d'autres ? Tour d'horizon européen**
Rémy GAUZIT (Infectiologue – Réanimateur - Expert CA Paris) p. 2
- **Rôle de la juridiction administrative pendant la crise Covid**
Céline CHAMOT (Premier Conseiller au Tribunal Administratif de Nîmes) p. 6
- **Conséquence médicolégale de la crise Covid : première réflexion de la CCI ?**
Stéphanie JOSCHT (Présidente CCI-PACA-Languedoc Roussillon-Corse)
- **La défense du patient infecté**
Frédéric BIBAL (Avocat au barreau de Paris, délégué général de l'ANADOC) p. 7
- **Contentieux et Covid : la défense des établissements de santé**
Thierry BERGER (Avocat au barreau de Montpellier)p. 8

Perspectives pour le « monde d'après »

- **Prise en charge médicale de haute technologie et pluri professionnelle, vers de nouvelles formes de contentieux ?**
Gérard ASECIO (Chirurgien Orthopédiste - Expert CA Nîmes)
- **Evolution de la formation académique des experts**
Éric BACCINO (Chef de service de Médecine Légale – Expert CA Montpellier) p. 15
- **Accès aux décisions de justice (Open Data) et formation continue des experts**
Elisabeth TOULOUSE (Conseillère à la Cour d'Appel de Nîmes) p. 16
- **Synthèse et Conclusion par Mary-Hélène BERNARD (Présidente CNEMJ)**

Autres éléments de lecture :

- **M.H. BERNARD**, L'expertise en santé : quel devenir ? Ann Med Psychol (Paris) décembre 2021 p. 23
- Et déjà en 2012 dans le N° 100 de la Revue EXPERTS de l'excellent et regretté Docteur Bernard PECKELS : <https://www.revue-experts.com/>



Mot d'accueil

Bernard MEGY, Président de l'AMET

Chère Consœur, Cher Confrère.

C'est avec une très grande satisfaction que nous vous accueillons à Nîmes ce samedi 14 mai pour cette rencontre multi professionnelle (Magistrats, Avocats et Médecins Experts) pour échanger sur le futur de l'expertise médicale.

L'AMET qui fête ses 40 ans cette année est honorée d'organiser cette manifestation en collaboration avec la CNEMJ dans le cadre des traditionnelles journées provinciales de cette dernière.

C'est pour ma part avec grand plaisir que je serai, avec Maître CARAIL, modérateur de cette réunion, certain que le terme sera approprié, celui d'animateur n'étant certainement pas adapté confiant en votre participation active.

Bienvenue dans la cité romaine au son de laquelle nos prédécesseurs férus de droit et de médecine ont déjà dû débattre sur des sujets similaires sur leur futur qui fait maintenant partie de notre histoire.

Que la fête commence!

Si la formule peut apparaître un peu osée compte tenu du sérieux du sujet, la légèreté de l'être ne peut que nous permettre d'en débattre avec le recul nécessaire.

Bernard MEGY

bernardmegy@gmail.com

Mai 2022

Problématique médico-légale et Covid, une infection parmi d'autres ? Tour d'horizon européen

Rémy GAUZIT
Infectiologue – Réanimateur
Expert CA Paris

Texte transmis par Rémy GAUZIT :
Note de la CNAMed relative à la COVID-19 du 23 juin 2021

L'abondance de la bibliographie traitant de la COVID-19 (plus de 55 000 publications entre février 2020 et avril 2021 ⁱ⁾), les modifications des recommandations au fil du temps, à mesure que s'étoffaient les connaissances scientifiques sur cette nouvelle maladie, rendent particulièrement complexe l'évaluation de ce qu'étaient les règles de l'art au moment de faits reprochés, d'autant que les ressources disponibles pouvaient varier en fonction des lieux et des périodes. Il est en conséquence particulièrement important d'établir un socle commun de références pour les experts, dans le but d'homogénéiser les réponses aux questions posées par les CCI. Cette mission a été confiée au groupe constitué des docteurs Gauzit, Bernard et Gachot pour leur compétence en la matière, Hubinois et Lienhart pour la CNAMed.

Même si elles ont pu varier et être discutées en leur temps, les recommandations du Haut Conseil de la Santé Publique sont apparues comme les plus légitimes, étant entendu qu'un délai dans leur application est inéluctable. En leur absence dans certains domaines, ce sont les recommandations des sociétés savantes compétentes en la matière qui ont été retenues.

Ont été retenus pour l'instant les points suivants en matière de traitement, appuyés sur de telles recommandations :

- l'administration d'hydroxychloroquine, seule ou en association avec l'azithromycine, est déconseillée (avis du Haut Conseil du 23 mars 2020, complétant celui du 5 mars 2020 ⁱⁱ⁾). On peut considérer qu'à partir de la fin du mois de juin 2020, l'utilisation du produit, hors protocole de recherche, est un manquement aux règles de l'art, le plus souvent, il est vrai, sans conséquence dommageable. Dans le même avis, il est recommandé de ne pas introduire d'anti-inflammatoire non stéroïdien, mais de ne pas arrêter un tel traitement s'il est habituel ;
- l'administration de corticoïdes est conseillée pour les formes oxygéno-requérantes ($SpO_2 \leq 90$ % en air ambiant) (avis du Haut Conseil du 19 octobre 2020 ⁱⁱⁱ⁾), de connaissance supposée à partir de la fin du mois d'octobre 2020 ; une utilisation antérieure n'apparaît pas reprochable ;

- l'administration de tocilizumab a été déconseillée en dehors du cadre d'essais cliniques (avis du Haut conseil du 25 novembre 2020 ^{iv}). Toutefois, en cas d'aggravation incontrôlée en dépit d'un traitement standard incluant la dexaméthasone, en situation de sauvetage chez des patients présentant un état hyper-inflammatoire persistant, en l'absence de surinfection, l'utilisation du tocilizumab peut être envisagée à l'issue d'une discussion collégiale. Le bien-fondé d'une utilisation antérieure mérite d'être discuté au cas par cas, tout particulièrement lors de la première vague de COVID-19 ;
- concernant les antiviraux, l'administration de lopinavir/ritonavir est déconseillée (avis du Haut conseil du 17 juin 2020 ^v). On peut considérer qu'à partir de septembre 2020, leur utilisation est en contradiction avec cette recommandation. Ce même avis recommande l'abstention de prescription d'un traitement spécifique, l'inclusion prioritaire dans un essai thérapeutique valide, la prescription de tout autre médicament étant laissée à l'appréciation du prescripteur après évaluation du rapport bénéfice/risque, sur décision collégiale (usage compassionnel). L'administration de remdesivir est déconseillée, quelles que soient la situation clinique et les modalités de prise en charge des patients, en dehors des essais cliniques randomisés (avis du Haut conseil du 25 novembre 2020 ⁴). Compte tenu des incertitudes et des recommandations internationales, une utilisation antérieure à septembre 2020 pour l'administration de lopinavir/ritonavir n'apparaît pas reprochable et il en est de même pour celle de remdesivir avant novembre 2020 ;
- concernant les anticorps monoclonaux, il a été proposé en janvier 2021 un accès à titre dérogatoire et après avis multidisciplinaire, à une population cible très restreinte (comme les greffés de cellules souches hématopoïétiques) (avis du Haut conseil du 28 janvier 2021 ^{vi}). En mars 2021, il a été recommandé de ne pas prescrire de bamlanivimab en monothérapie, ni en traitement curatif, ni en prophylaxie, de prescrire les associations d'anticorps monoclonaux bamlanivimab/etesevimab ou casirivimab/imdevimab en priorité dans le cadre d'essais cliniques randomisés (avis du Haut conseil du 23 mars 2021 ^{vii}) ;
- l'administration d'ivermectine est déconseillée en dehors de tout essai clinique (avis du Haut conseil du 28 janvier 2021 ⁶) ;
- l'administration préventive d'héparine (recommandation de la SFAR du 3 avril 2020 ^{viii}, recommandation du Haut Conseil du 28 janvier 2021 ⁶) est conseillée. Il est retenu une date d'application à la fin du mois de janvier 2021 ; une utilisation antérieure n'apparaît pas reprochable ;
- hospitalisation en chambre seule des sujets à risque de formes graves de COVID (recommandation de la SF2H du 6 mai 2020 ^{ix}) : on peut considérer qu'elle devait être connue à partir de la fin du mois de mai 2020 ; elle doit être mise en relation avec les disponibilités d'hospitalisation et la réalisation de tests PCR pour les entrants ;
- tests de dépistage COVID en milieu chirurgical avant les interventions (recommandation de la SFAR, version de juillet-août 2020 ^x) à mettre en application à la fin du mois de septembre 2020.

- il n'y a pas de recommandation particulière en matière de mode d'administration de l'oxygénothérapie : l'utilisation de hauts débits d'oxygène pour tenter d'éviter l'intubation et la ventilation artificielle s'est développée progressivement à la lumière de l'expérience ;

Pour ce qui concerne les critères de non-admission en réanimation, en l'absence de recommandations spécifiques à la COVID-19, ce sont les pratiques générales qui sont à considérer, notamment le caractère collégial de la décision, incluant l'avis d'un réanimateur.

Pour les infections acquises à l'hôpital, le mode de contamination n'est généralement pas à déterminer. La question qui se pose est d'indiquer la probabilité que la contamination ait eu lieu ou n'ait pas eu lieu à l'hôpital. Pour y répondre, on peut retenir une période d'incubation de 3 à 12 jours, avec une courbe d'aspect gaussien et une médiane entre 5 et 7 jours^{xi, xii, xiii}.

Lorsque les premiers symptômes sont apparus après l'entrée à l'hôpital, le fait que la contamination soit intervenue à l'hôpital est :

- improbable si le délai est de 2 jours ou moins
- peu probable si le délai est de 3 ou 4 jours
- vraisemblable si le délai est de 5 ou 7 jours
- certaine au-delà de 7 jours.

Lorsque les premiers symptômes sont apparus après le départ de l'hôpital, le fait que la contamination soit intervenue à l'hôpital est :

- certaine si le délai est de 2 jours ou moins
- vraisemblable si le délai est de 3 à 7 jours
- peu probable si le délai est de 7 à 10 jours
- improbable si le délai est de plus de 12 jours.

D'autres points seront évoqués, à mesure que les dossiers de COVID-19 déposés devant les CCI susciteront de nouvelles interrogations (en particuliers la vaccination, les nouveaux variants, les anticorps monoclonaux en association).

Références

- ¹ Kuriakose S. et col. Developing treatment guidelines during a pandemic health crisis: lessons learned from Covid-19. *Ann Intern Med* (2021) doi:10.7326/M21-1647) <https://www.acpjournals.org/doi/10.7326/M21-1647>
- ² HCSP. Avis du 23 mars 2020 relatif aux recommandations thérapeutiques dans la prise en charge du Covid-19 (complémentaire à l'avis du 5 mars 2020) <https://www.hcsp.fr/Explore.cgi/AvisRapportsDomaine?clefr=785>
- ³ HCSP. Avis du 19 octobre 2020. Covid-19 : conditions d'utilisation de la dexaméthasone ou d'autres corticoïdes de substitution chez les patients hospitalisés <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=935>
- ⁴ HCSP. Avis du 25 novembre 2020 relatif à l'actualisation des recommandations thérapeutiques dans le Covid-19 <https://www.hcsp.fr/Explore.cgi/AvisRapportsDomaine?clefr=954>
- ⁵ HCSP. Avis du 17 juin 2020 relatif à l'actualisation des recommandations thérapeutiques dans le Covid-19 <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=866>
- ⁶ HCSP. Avis du 28 janvier 2021 relatif à l'actualisation des recommandations thérapeutiques dans la prise en charge du Covid-19 <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=980>
- ⁷ HCSP. Avis du 23 mars 2021 relatif à l'actualisation des recommandations thérapeutiques pour la prise en charge du Covid-19 (tocilizumab et anticorps monoclonaux) <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/Groupe?clef=6326>
- ⁸ SFAR. 3 avril 2020 Traitement anticoagulant pour la prévention du risque thrombotique chez un patient hospitalisé avec Covid-19 et surveillance de l'hémostase <https://sfar.org/traitement-anticoagulant-pour-la-prevention-du-risque-thrombotique-chez-un-patient-hospitalise-avec-covid-19-et-surveillance-de-lhemostase/>
- ⁹ SF2H. 6 mai 2020. Recommandations relatives à l'organisation du parcours des patients, à la protection des patients et des personnels à l'heure du déconfinement et de la reprise de l'activité médico-chirurgicale non COVID-19 en milieu de soins <https://www.sf2h.net/recommandations-sf2h-le-parcours-de-soins-a-lheure-du-deconfinement-6-mai-2020>
- ¹⁰ SFAR. Juillet-août 2020. Préconisations pour l'adaptation de l'offre de soins en anesthésie-réanimation dans le contexte de pandémie de Covid-19 https://www.sfed.org/files/files/covid19endo_recosfar.pdf
- ¹¹ Rhee C, Kanjilal S, Baker M, Klompas M. Duration of Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 (SARS-CoV-2) Infectivity: When Is It Safe to Discontinue Isolation? *Clin Infect Dis* 72 (2021) 1467-74 <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33029620/>
- ¹² Zaki N, Mohamed EA. The estimations of the COVID-19 incubation period: A scoping reviews of the literature. *J Infect Public Health* 14 (2021) 638-46 <https://covid19.elsevierpure.com/en/publications/the-estimations-of-the-covid-19-incubation-period-a-scoping-revie>
- ¹³ Xin H. et col. The incubation period distribution of coronavirus disease 2019 (COVID-19): a systematic review and meta-analysis. *Clin Infect Dis* (2021) ciab501 <https://academic.oup.com/cid/advance-article/doi/10.1093/cid/ciab501/6297425>

Rémy GAUZIT

Email : remy.gauzit@aphp.fr

Mai 2022

Le rôle du juge administratif dans la crise sanitaire

Céline CHAMOT

Première conseillère

Rapporteuse publique au tribunal administratif de Nîmes

Docteure en droit

Dès les premiers jours du confinement en mars 2020, des particuliers, des associations et des médecins se sont tournés vers le juge administratif pour lui demander d'intervenir dans la gestion de la crise de covid-19.

Des centaines de requêtes ont été déposées devant le Conseil d'Etat, les cours et les tribunaux administratifs, pour vérifier, souvent en urgence, si les restrictions imposées aux libertés en raison du risque sanitaire étaient justifiées et appropriées. Dans sa mission de conseiller du gouvernement, le Conseil d'État a également eu à donner son avis sur les mesures prises pour faire face à la pandémie.

Dans un contexte contraint par l'ampleur et le caractère inédit de la pandémie, comment le juge administratif s'est-il adapté et a-t-il contribué à la recherche de solutions efficaces et respectueuses des normes fondamentales ? Comment s'est noué le dialogue entre le juge, le gouvernement et les acteurs de santé ?

Un retour sur les deux années écoulées permettra d'interroger l'apport et les contraintes de la gestion de la crise sanitaire dans le prétoire du juge administratif.

Céline CHAMOT

Email : celine.chamot@gmail.com

Mai 2022

La défense du patient infecté

Frédéric BIBAL

Avocat au barreau de Paris

Spécialisé en dommage corporel

Délégué général de l'[ANADOC](#)

Les critères de reconnaissance du caractère nosocomial d'une infection, tels qu'ils sont désormais fixés par la jurisprudence, s'avèrent en partie contre-intuitifs pour les médecins experts chargés d'éclairer le juge.

Il appartient aux conseils de la victime, en respectant l'analyse expertale et sa logique propre, de faire émerger les critères permettant, au sens des juges, de faire établir le droit à réparation du patient infecté. Sur ce terrain comme sur d'autres, le risque est réel de divergence entre l'approche strictement médicale et l'approche judiciaire. Un débat et un éclairage s'imposent pour circonscrire et concilier ces deux approches.

Frédéric BIBAL

Email : bibal@cabinet-bibal.fr

Mai 2022

Thierry BERGER

Avocat

Barreau de MONTPELLIER

Comme nous le savons tous, la pandémie de COVID 19 dans le monde et notamment en France, a aussi entraîné une contamination de patients hospitalisés.

La question qui s'est alors posée est de savoir si un établissement de soins peut être responsable de cette contamination et de ses conséquences dommageables pouvant aller jusqu'au décès du patient.

Cette situation a conduit parfois à la saisine par des ayants droit de patient décédés des juridictions compétentes, judiciaire ou administrative, mais en réalité le plus souvent les Commission de Conciliation et d'Indemnisation.

Il a aussi parfois été saisi le Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins à l'encontre de salariés d'établissements publics, et des plaintes pénales déposées devant le Procureur de la République.

Je ne développerai pas ces deux derniers points plutôt marginaux et qui à ma connaissance n'ont pas donné lieu à condamnation.

Je ne traiterai pas non plus la défense des établissements en qualité d'employeur si un salarié attrape le COVID au travail.

Je concentrerai mes propos sur la défense commune des établissements de soins devant la juridiction administrative, civile, et les CCI à la suite de patients contaminés.

L'article L1110-1 du Code de la santé publique rappelle :

*« Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par **tous moyens** disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels et les établissements de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes ou dispositifs participant à la prévention, aux soins ou à la coordination des soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les collectivités territoriales et leurs groupements, dans le champ de leurs compétences respectives fixées par la loi, et avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et **la meilleure sécurité sanitaire possible**. »*

Traditionnellement la responsabilité des établissements de soins peut être engagée au titre de la responsabilité pour faute (I) ou de la responsabilité sans faute (II).

I – RESPONSABILITE POUR FAUTE

La responsabilité des Etablissements peut aussi être recherchée au titre d'une faute commise lors de la pandémie.

L'article 1142-1 du Code de la Santé publique précise :

*« I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins **qu'en cas de faute.** »*

Il a été reproché par les proches de patients décédés des fautes qui auraient été commises par l'établissement de soins.

Il a ainsi été reproché de ne pas avoir pris certaines mesures comme l'isolement de patients, l'isolement des soignants contaminés, défaut d'information des proches de la situation dans laquelle se trouvait le patient, qui est par la suite décédé, en rendant d'autant plus brutale l'annonce, absence de transfert du patient en réanimation, défaut ou insuffisance de soins...

Sur ces différentes questions, l'expertise judiciaire ou ordonnée par la CCI, permet d'apprécier les circonstances précises des soins prodigués, s'il existe un comportement contraire aux données acquises de la science à la date des soins, la qualité de l'information...

Il faut tout d'abord pour apprécier l'existence d'une faute se replacer à la date des faits litigieux et rappeler les circonstances exceptionnelles rencontrées, avec des données médicales qui n'étaient pas les mêmes au début de l'épidémie, que par la suite.

Il faut aussi rappeler que les moyens mis en œuvre n'ont pas non plus été les mêmes, notamment la quantité de masques, les tests de dépistage, les pratiques...

Il a pu aussi être reproché aux établissements de ne pas avoir mis en œuvre tous les moyens nécessaires du fait d'une capacité d'accueil qui aurait été dépassée.

Il appartient au patient ou aux proches de la victime en cas de décès de rapporter la preuve de cela, d'une faute.

Cependant concrètement il apparaît très difficile qu'il puisse être reproché une faute dans les circonstances de la pandémie de COVID-19 puisqu'il a été mis en œuvre par les établissements toutes les directives gouvernementales en la matière.

De très lourds moyens ont été mis en œuvre, une organisation spécifique pour gérer la crise à tous les niveaux, la mise en place de confinement avec interdiction des visites sauf sur avis médical, mise en quarantaine de toutes les entrées en USLD et EHPAD.

Un contentieux a d'ailleurs existé opposant un membre de la famille d'un patient hospitalisé à qui il était demandé de quitter la chambre et qui le refusait. Le Tribunal a donné tort au membre de la famille récalcitrant.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 11 mai 2020 a été rendu relatif à ce qu'il soit enjoint au Préfet, à la l'Agence Régionale de Santé (ARS), et à un établissement en l'espèce un EHPAD de prendre toutes mesures pour le dépistage de tous les résidents, du personnel, de tout intervenant, de regrouper les personnes contaminées et organiser leur séparation, l'affectation à chaque groupe ainsi constitué d'un personnel dédié, l'accès sur place ou à l'hôpital à tous les soins que leur état de santé requiert.

Une ordonnance du Juge des référés du Tribunal Administratif de MELUN du 23 avril 2020 avait rejeté leur demande, et le Conseil d'Etat a rejeté le recours.

Le Conseil d'Etat a constaté que le dépistage des résidents, du personnel avait eu lieu, que la séparation stricte se heurtait à une impossibilité pratique insurmontable, et que le confinement en chambre y était appliqué.

Concernant l'accès aux soins, il n'était pas contesté que les résidents bénéficiaient des soins requis et notamment les moyens nécessaires en matière d'oxygénothérapie et que si leur état l'exigeait, un établissement hospitalier était apte à réaliser une ventilation invasive.

C'est donc pour chaque cas d'espèce, qu'il faut préparer tous les éléments du dossier permettant de démontrer tous les actes réalisés conformément aux données acquises de la science permettant aux experts puis aux Tribunaux ou CCI de conclure à l'absence de faute commise par les établissements.

En l'état sous réserve d'avis de CCI rendu en la matière, dont la publicité n'est pas effectuée, il n'existe pas à ma connaissance de décision ayant retenu une faute d'un établissement dans le cadre de la gestion de la crise COVID.

Enfin là encore il conviendra aussi d'être attentif au lien de causalité qui doit être démontré entre la faute évoquée et le préjudice. Souvent il est énoncé des fautes, qui en toute hypothèse ne sont pas en lien direct avec le préjudice constaté.

II- LA RESPONSABILITE SANS FAUTE DES ETABLISSEMENTS A LA SUITE D'UNE CONTAMINATION DU PATIENT AU SEIN DE L'ETABLISSEMENT

La maladie à coronavirus (COVID 19) est une maladie infectieuse due au virus SARS - CoV-2 selon la définition de l'OMS.

S'agissant de la contamination d'un patient par un virus, immédiatement nous pouvons penser à l'existence d'une infection nosocomiale.

En effet l'article L1142-1 du Code de la santé publique l 2^{ème} alinéa précise :

« Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère. »

La difficulté est qu'il n'existe pas de définition légale de l'infection nosocomiale.

Il appartient donc aux juridictions et aux CCI de se prononcer sur l'existence ou pas d'une infection nosocomiale, en s'aidant de l'avis des experts précédemment désignés, et des définitions qui ont pu être proposées par le corps médical.

Il est alors important de rappeler que s'il existe une responsabilité de plein droit à la charge des établissements du fait de l'infection nosocomiale, pour autant la preuve du caractère nosocomial incombe au patient, ce qui peut lui poser difficulté.

Classiquement l'infection nosocomiale est définie par la jurisprudence comme étant une infection qui survient au cours ou au décours d'une prise en charge – diagnostic, thérapeutique, palliatif, préventive ou éducative – d'un patient, s'il elle n'était présente ni en incubation au début de cette prise en charge. (CE 21/06/2013, CH Emile ROUX du PUY-EN-VELAY, REQ. N°347450 A)

L'article R 6111-6 du Code de la santé publique, issu du décret du 12 novembre 2010 a aussi précisé :

*« Les infections **associées aux soins** contractées dans un établissement de santé sont dites infections nosocomiales. »*

L'appréciation des modes de preuve par les juridictions civiles reposent essentiellement sur l'existence de présomptions graves, précises et concordantes de l'article 1382 du Code civil.

Une fois rappelé ces principes, vis-à-vis du COVID, la première question qui se pose est donc de savoir si le patient a été victime ou pas d'une infection nosocomiale.

En pratique il n'y a pas de difficulté pour le patient de rapporter la preuve qu'à l'entrée de l'établissement, il n'était pas porteur du COVID, soit parce que les délais d'incubation ne permettent pas de retenir le contraire, soit parce qu'il a été testé négatif à l'entrée, puis au cours de l'hospitalisation il est acquis que le patient a contracté le virus, en principe du fait d'un test positif.

Si nous sommes dans ce cas-là, sommes-nous pour autant en présence d'une infection nosocomiale quand bien même il est acquis la présence de l'infection dans les délais requis ?

Dans le cadre de la défense des établissements de soins face à la contamination par le virus du COVID, nous pouvons nous interroger quant à l'existence même d'une infection nosocomiale.

Pour écarter la qualification de nosocomiale de l'infection, il y a lieu de soutenir que contamination a une autre origine que la prise en charge du patient ou en d'autres termes a pour origine des circonstances extérieure à l'activité du centre hospitalier.

Pour la contamination par le COVID, il pourrait alors être soutenu que l'infection n'est pas liée aux soins, et donc il ne s'agit pas de ce fait d'une infection nosocomiale.

Selon le Comité technique des infections nosocomiales et des infections liées aux soins, les termes d'infection nosocomiale ou d'infection associée aux soins (IAS) englobent *« tous événements infectieux en rapport plus ou moins proche avec un processus, une structure, une démarche de soin dans un sens très large, une infection est dite associée aux soins si elle est directement liée à des soins ayant une finalité diagnostic, thérapeutique, de dépistage ou de prévention dispensés au sein ou en dehors d'un établissement de santé. »*

Or en l'espèce, il pourrait être soutenu qu'il n'y a pas eu de soins tels que définis par le Comité Technique.

En l'espèce la pandémie de COVID-19 a été constatée dans la France entière, et même dans le monde entier, et il n'y a aucune raison que la pandémie s'arrête par miracle aux portes des établissements de soins.

Nous ne sommes pas dans le même cas que l'infection endogène qui a été qualifiée de nosocomiale quand bien même le patient était porteur du germe en entrant dans l'hôpital car c'est au cours de

l'opération que le germe a pénétré dans l'organisme et est devenu pathogène, alors qu'en l'espèce il n'y a pas d'opération c'est-à-dire de soin à l'origine de la contamination.

En pratique l'infection ne résulte pas d'une opération, de soins invasifs, qui sont habituellement des portes d'entrée à l'infection nosocomiale. Ici il n'y a pas réellement de porte d'entrée, mais une situation dans l'établissement qui est la même qu'à l'extérieur.

Ne s'agit-il pas là d'une **autre origine** permettant d'écarter l'existence d'une infection nosocomiale comme l'entend le Conseil d'Etat, l'existence d'une cause étrangère ?

Des tribunaux pourraient estimer qu'il s'agit bien d'une autre origine, d'une cause étrangère et écarter de ce fait l'existence d'une infection nosocomiale et l'application des règles qui en découlent ?

Le Conseil d'Etat a à ce titre indiqué :

*« Doit être regardé, au sens de l'article L1142-1, comme présentant un caractère nosocomial, une infection survenue au cours ou au décours de la prise en charge d'un patient et qu'il n'était ni présente, ni en incubation au début de celle-ci, **sauf s'il est établi qu'elle a une autre origine que la prise en charge.** »* (CE. 23/03/2018 N°402237 A)

En réalité si nous trouvons de nombreuses décisions précisant que pour telle ou telle raison, il n'existe pas d'infection nosocomiale, c'est-à-dire que l'infection a une autre origine, en revanche il n'existe pas à ma connaissance de décision qui retiendrait l'existence d'une infection nosocomiale, mais qui estimerait aussi l'existence d'une cause étrangère comme mode exonératoire de responsabilité.

En effet la cause étrangère, fait du tiers, ne peut être un mode exonératoire qu'à la condition que la faute du tiers présente les caractères de la force majeure.

En l'espèce la force majeure ne peut en principe être retenue, car l'élément d'extériorité ferait défaut, le COVID venant obligatoirement des locaux, du personnel, ou d'autres malades.

Se poserait aussi la question de l'existence d'une imprévisibilité qui là encore pourrait faire défaut.

Tel ne peut non plus être le cas de la faute d'un Médecin, dans les établissements privés, puisque l'établissement répond de l'asepsie des locaux. (Cass. 1^{ère} Civ. 01/07/2010, N°09-69.151), et là encore la faute du médecin doit avoir les caractères de la force majeure.

La cause étrangère en raison du caractère inévitable de l'infection ne peut non plus être retenu en principe même s'il a été jugé par la Cour d'Appel de Limoges que même si l'infection n'était pas imprévisible, la preuve d'une cause étrangère est établie par la démonstration que la clinique (ou le Médecin) n'aurait pu l'éviter (Cour d'Appel LIMOGES 10/03/2021 N°09/01653), qui me semble être une décision isolée.

Le Conseil d'Etat n'a pas en effet retenu le caractère inévitable comme cause exonératoire de responsabilité dans le cas d'une réanimation respiratoire prolongée rendue nécessaire par l'état du patient, et qui avait rendu inévitable la survenue d'une infection pulmonaire mais selon le Conseil d'Etat il ne s'agit pas d'une cause étrangère au sens de l'article L1142-1 du Code de la santé publique. (CE. 17/02/2012 N°342366), ce qui est logique puisque l'infection est liée aux soins, la réanimation respiratoire prolongée.

La cause étrangère, comportement de la victime, ne saurait non plus être retenue puisque nous ne voyons pas ce qui pourrait être reproché au patient qui a contracté la maladie au sein de l'établissement.

Toutefois l'écueil dans la défense des Etablissements serait qu'il soit retenu qu'il y a bien des soins, par le seul fait pour le patient d'être présent au sein d'un établissement et entouré de matériels, du personnel de l'établissement.

Dans ce cas-là, du fait de la réunion du caractère temporel réuni et du fait de l'existence de soins, il ne serait plus alors possible d'exclure le caractère nosocomial de l'infection, et par là les conséquences de responsabilité de plein droit.

Cependant quand bien même il serait retenu le caractère nosocomial de l'infection, pour autant d'autres moyens de défense peuvent être développés et notamment l'absence de lien de causalité.

En effet il appartient au patient ou à ou à ses ayants droit en cas de décès, de rapporter la preuve d'un lien de causalité entre le préjudice évoqué et l'infection nosocomiale.

Les Tribunaux ou les CCI devront donc souvent en se basant sur les conclusions du rapport d'expertise, déterminer si le dommage évoqué est en **relation directe et certaine** avec l'infection nosocomiale, et « *non pas la conséquence d'une évolution de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci.* » (Article L1142-1 II du Code de la santé publique)

En l'espèce en matière de COVID, s'il est retenu l'existence d'une contamination par le COVID, pour autant il n'est nullement certain que cette contamination soit à l'origine du préjudice, comme le décès.

Les Tribunaux et surtout les CCI sont souvent saisis de cas où le patient est décédé au cours d'une hospitalisation alors que celui-ci était contaminé par le COVID.

Pour autant la contamination a-t-elle jouée un rôle dans la survenue du dommage à savoir le décès ?

Il conviendra alors de déterminer au cas par cas la situation, étant rappelé que la relation de cause à effet doit être directe et certaine.

Il ne sera pas par exemple retenu un lien de causalité lorsque le patient présente d'autres causes expliquant le décès.

Un patient particulièrement âgé, présentant de nombreux facteurs de comorbidité expliquant à eux seuls le décès, d'autant plus si l'infection est sans signe clinique de la maladie, le COVID ne serait pas alors retenue comme en lien avec le décès.

Une contamination par le COVID n'est donc pas suffisante pour retenir l'indemnisation du préjudice évoqué.

En l'absence de preuve d'un dommage strictement imputable à l'infection nosocomiale, le demandeur en réparation ne peut prétendre à aucune indemnisation. (Cour d'Appel de PARIS 14/10/2011, N°09/18185)

En revanche lorsque le préjudice ne résulte que partiellement de l'infection nosocomiale, il convient alors d'opérer entre les différentes causes, du décès par exemple, la part incombant à l'infection.

Nous savons qu'il est difficile de répondre à ce genre de question qui donnent lieu à de longues discussions en expertise.

Il a ainsi été estimé par une CCI qu'un patient sévèrement immunodéprimé en raison de son cancer et de sa dénutrition, le décès est imputable à l'évolution attendue du cancer en raison des métastases osseuses généralisées et des localisations cérébrales et qu'il résulte de cela une imputabilité dans la survenue du décès retenue concernant l'infection au COVID à hauteur de 2 %.

Il sera aussi rappelé que la notion de perte de chance ne peut être utilisée pour aboutir à une réparation partielle lorsque le dommage n'est que partiellement imputable au défendeur. (Cass. Civ. 1^{ère}, 28/11/2012, n°11-24.022)

Il y a donc un travail minutieux à réaliser au niveau du lien de causalité et les conséquences directes et certaines de l'infection avec le préjudice évoqué.

Enfin concernant le dommage, dans le cadre de la défense des établissements de soins, il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article L1142-1-1, 1° du Code de la santé publique, relève de la réparation au titre de la solidarité nationale les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes de santé correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 %, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales.

Ainsi il y a lieu de préciser qu'en cas de décès du fait d'une contamination par le virus du COVID, l'établissement de soins n'est pas débiteur d'une obligation d'indemnisation, mais seul l'ONIAM en est redevable.

Il sera aussi souligné qu'en application de l'article L1142-1 I alinéa 2 du Code de la santé publique, lorsque l'établissement de soins démontre l'existence d'une cause étrangère à l'infection nosocomiale, les dommages sont alors indemnisés au titre de la solidarité nationale par l'ONIAM, si les conditions de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale sont réunies notamment celle relative à la gravité du dommage. (Article L1142-1 II du Code de la santé publique)

L'ONIAM a toutefois un recours en cas de faute établie de l'établissement à l'origine du dommage, notamment un manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation à matière de lutte contre les infections nosocomiales. (Article L1142-17 alinéa 7 du Code de la santé publique)

Thierry BERGER

E-mail : cabinet@berger-avocat.fr

Mai 2022

Evolution de la formation académique des experts

Professeur Éric BACCINO

Chef de service de Médecine Légale

Expert CA Montpellier

La Formation Spécialisée Transversale (FST) d'expertise médicale pour les internes en médecine : résultats d'une enquête nationale et comparaison avec les données issues des Diplômes d'Universités

P. Sanchez ^{a,*}, P.A. Peyron ^{b,c}, S. Colomb ^{b,c}, L. Martrille ^{b,c}, E. Baccino ^b

Introduction. – La Formation Spécialisée Transversale d'expertise médicale et préjudice corporel est accessible aux internes en médecine depuis 2019. En parallèle, le nombre de médecins-experts en dommage corporel en activité est en constante diminution. L'objectif de cette présente étude était d'analyser l'enseignement pratique et théorique reçus par le biais de la FST et de les comparer avec les autres formations à l'expertise disponibles en France et ouvertes aux professionnels de santé médicaux telles que les Diplômes d'Université, les formations issues du secteur privé et du DES de médecine légale.

Matériels et méthodes. – Il s'agit d'une étude rétrospective descriptive analytique monocentrique réalisée à l'unité médico-judiciaire du CHU de Montpellier. Elle a consisté à recueillir directement de la part des internes affectés à la FST en France des renseignements à propos de leur formation et de la part des facultés et des enseignants les informations concernant les formations type DU, DIU ou autre, relatives à l'expertise, avec le nombre moyen d'inscrits et le taux de réussite. In fine, il s'agissait d'estimer la proportion en 2020/2021 de médecins qualifiés à l'expertise en dommage corporel à l'issue de ces enseignements afin de dresser un bilan de la production effective de médecins-experts chaque année sur le territoire.

Résultats. – Seize (16) internes sur 23 ont pu être contactés. Au total, près de 28% des postes de FST ouverts ont été pourvus en trois ans par une majorité d'internes en psychiatrie (56%) répartis dans 9 subdivisions de France métropolitaine. L'activité principale réalisée au cours des stages était plus centrée autour de la victimologie que de l'expertise au vu du faible nombre réalisée dans les services hospitaliers. Plus de 700 obtentions de diplômes issues de formations universitaires ou privées ont été estimées pour l'année 2020/2021 avec un taux de réussite moyen global de près de 91%, ce qui représente au moins 500 à 600 médecins pouvant prétendre à être qualifié officiellement en matière d'expertise médico-légale. Paradoxalement, il manque une centaine d'experts inscrits sur liste IRCA.

Conclusion. – La FST d'expertise médicale peine encore à trouver preneur contrairement aux Diplômes d'Universités et autres formations qui chaque année permettent de prodiguer des centaines de médecins-experts potentiels. Cela ne suffit pas à arrêter la pénurie actuelle autant pour les expertises assurantielles que judiciaires. La reconnaissance des internes de FST par ces instances est un réel questionnement, de même que celle des internes de médecine légale.

Éric BACCINO

Email: eric.baccino@chu-montpellier.fr

Mai 2022

L'Open Data et l'expertise : Quelle conséquence de la réutilisation des décisions de justice sur le travail de l'expert ?

Elisabeth TOULOUSE

Conseillère à la Cour d'Appel de Nîmes

Introduction

L'open data, à savoir la mise à disposition du grand public de données, est toujours présentée comme un outil prometteur qui provoque cependant en tout premier lieu la défiance, la crainte d'être trompé.

Alors qu'à l'ère du numérique l'accès à la data peut amplifier la connaissance d'un plus large public non initié mais intéressé ou concerné, le fait de s'en remettre à des algorithmes questionne effectivement tant éthiquement que déontologiquement.

Positif ou négatif, la question est d'intérêt car l'influence du numérique sur la vie de demain de tout un chacun concerne également les professionnels et leur pratique.

Le juge tout d'abord. Doit-on s'attendre à des juges robots qui se serviront des outils que l'open data aura permis de développer, par exemple « la juri-métrie » : la quantification de la jurisprudence par thème ?

Doit-on craindre un avocat qui ne sera saisi que pour évaluer les chances de succès, limitant considérablement l'organisation d'une défense avec un risque de disparition de ce dernier dans les matières civilistes essentiellement ?

Enfin, pour l'expert, le travail mais aussi la réputation et « le courant de pensée médicale » seront-ils examinés en amont par les parties, leur conseil ou les legattech proposant une évaluation de son approche personnelle des dossiers ?

Je n'ai pas de réponse à ces questions mais pour chacun de nous qui sommes concernés, l'essence de nos métiers n'est pas compatible avec de telles utilisations.

L'intelligence artificielle enrichit mais ne permet pas un raisonnement juridique avec discernement car c'est une tâche bien plus complexe que de fournir des données et en faire l'analyse pour rendre une décision.

De fait, le juge ne sera pas robotisé, l'avocat devra en toute hypothèse lui rapporter les faits qu'il soumettra à son appréciation souveraine et le technicien apportera son savoir sur ces faits afin de permettre que justice soit rendue avec discernement.

Il faut donc après la défiance (qui n'est pas la méfiance) dont l'utilité peut –être envisagée pour éviter les biais, observer ce que l'intelligence artificielle et la data qu'elle met à notre disposition peut positivement nous apporter.

En ce qui vous concerne, la réflexion sur la diffusion et la réception des décisions de justice à tous et par tous, intéresse le champ de la pratique de l'expertise tout comme celui de la formation de l'expert.

Après une brève présentation de l'open data des décisions de justice (I), il sera intéressant d'examiner ce que j'appelle la réutilisation des décisions de justice par le justiciable mais aussi par l'expert lui-même, peut apporter comme mutations à sa pratique professionnelle (II).

I-Présentation de l'Open data des décisions de justice : de quoi parle –t-on ?

La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique a institué en ses articles 20 et 21 la mise à disposition du public à titre gratuit (en « open data ») de l'ensemble des décisions de justice – judiciaires et administratives – en précisant qu'elle devrait se faire *« dans le respect de la vie privée des personnes concernées »* et être *« précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes »*.

Plusieurs textes suivront pour parvenir à sa mise en place : Loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme de la justice (art 33), Décret du 29 juillet 2020 relatif à la mise à disposition des décisions de justice, arrêté du 28 avril 2021 (application de l'article 9 du décret) et le décret du 20 septembre 2021 portant création des traitements.

Le dispositif légal et réglementaire de l'open data des décisions de justice se trouve aux articles L. 111-13, R. 111-11 et R. 111-12 du code de l'organisation judiciaire. Plus explicitement, les décisions qui vont être diffusées en open data (*par la voie électronique uniquement*) sont celles qui sont rendues publiquement et accessibles à toute personne sans autorisation préalable.

La première étape a été la mise à disposition des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat en octobre 2021 à partir de leur site respectif. La deuxième étape, celle de la mise à disposition des décisions civiles, sociales et commerciales des cours d'appel au 30 avril 2022. L'ensemble des décisions de première instance étant envisagée à échéance 2024- 2025.

Pour être en conformité avec les textes sur la protection des données personnelles, avant leur diffusion en open data, les décisions doivent faire l'objet d'une occultation obligatoire des noms et prénoms des personnes physiques, **parties ou tiers (l'expert**

fait-il partie des tiers il me semble que oui mais il n’y a pas de texte légal pour l’affirmer), mentionnées dans la décision. Il s’agit d’une occultation dite socle à laquelle il ne peut être dérogé.

Les décisions peuvent en outre faire l’objet d’occultations complémentaires de tout élément permettant d’identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe lorsque leur divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage. Il s’agit d’une occultation facultative faisant l’objet d’une décision spécifique du magistrat signataire de la décision. En toute hypothèse, il sera toujours possible pour le magistrat de demander l’occultation du nom de l’expert et de son lieu d’exercice s’il était considéré qu’il n’entre pas dans la catégorie des tiers.

S’agissant des acteurs de l’open data des décisions des cours d’appel, il doit être précisé que la Cour de cassation a la responsabilité de la mise à la disposition du public (conformément à la préconisation du rapport Cadiet du 9 mai 2018), des décisions rendues par les juridictions judiciaires et qu’elle tient les bases des données Jurinet et JuriCA par lesquelles lui parviennent les décisions rendues par les cours d’appel. Elle assume leur diffusion et représente en cela « le tiers de confiance » que certains appelaient de leurs vœux lorsque l’idée de la diffusion des décisions au grand public a été lancée (crainte d’un piratage des données avec modifications éventuelles de la donnée et égalité d’accès pour tous en évitant leur commercialisation).

Les présidents des formations de jugement ou les magistrats qui rendent les décisions vont devoir statuer sur les occultations complémentaires pour les parties ou des tiers, les premiers présidents des cours d’appel auront quant à eux une compétence particulière sur les occultations complémentaires pour les magistrats et les membres du personnel des greffes.

Enfin, les greffiers sur les instructions des magistrats relatives aux occultations complémentaires renseigneront la base de données JuriCA.

La diffusion est dès lors dépendante de l’alimentation de cette base par les juridictions.

La CNIL, dans sa délibération du 6 février 2020, a estimé « *indispensable qu’une doctrine soit élaborée afin de permettre une harmonisation des occultations complémentaires effectuées* » en l’absence de critère dans les textes. Dans son rapport du 24 juin 2021, le groupe de travail de la cour de cassation a privilégié un traitement différencié des occultations complémentaires selon quatre blocs d’occultations distincts et a ventilé les affaires à partir de la nomenclature « nature des affaires civiles » (NAC) complétée par la nomenclature « nature des affaires particulières » pour certaines matières.

Des occultations sont communes aux quatre blocs, c'est-à-dire qu'il est recommandé d'occulter les entités suivantes dans toutes les décisions avant leur diffusion en open data, outre l'occultation des nom et prénoms des personnes physiques qui est obligatoire :

- Dénomination d'une personne morale ou d'un site web si la personne physique est citée par ailleurs dans la décision (entité dénommée « physico-morale » indiquée dans le rapport du GT)
- Adresse et localité (pas d'occultation du département, de la région et du pays), y compris le lieu qui localise un établissement
- N° INSEE
- N° de téléphone et de fax
- Coordonnées bancaires
- Coordonnées électroniques : email
- N° de cadastre
- N° de plaque d'immatriculation.

Les dates civiles (le jour et le mois (pas l'année) des dates de naissance, d'anniversaire, de mariage, de PACS, de décès) et le nom des personnes morales (y compris n° SIREN/SIRET) ne sont occultées que dans certains blocs.

Ainsi, la décision qui intègre les instructions du magistrat relatives aux occultations complémentaires remontent à la Cour de cassation dans la base JuriCA puis, si la décision est rendue publiquement, un moteur de pseudonymisation identifie les entités précédemment citées susceptibles d'être occultées. Grâce à un outil développé par la Cour de cassation, appelé LABEL, des agents contrôlent, et corrigent le cas échéant, l'annotation de la décision conformément aux instructions du magistrat.

Une fois ce dernier contrôle la décision est accessible sur le site de la Cour de cassation JUDILIBRE et les données qu'elles comportent peuvent être analysées.

Il est donc essentiel de savoir ce que leur réutilisation peut avoir pour conséquence dans la pratique de l'expertise.

II-La réutilisation des décisions de justice et l'impact sur la pratique de l'expert

1) La réutilisation par le justiciable

Chargé d'informations ainsi recueillies, le justiciable pourra se présenter à l'expert en

indiquant que les décisions qu'il a consultées lui ont permis de savoir qu'il a droit à telle somme en réparation de son préjudice ou que son infirmité justifie une évaluation de son DFP de X %.

Il pourra ainsi avant même son examen par l'expert, estimer être en mesure de déterminer ce que recouvre son préjudice et le caractère fautif des soins qu'il a reçus.

Cette mutation n'est pas nouvelle pour les médecins qui désormais travaillent dans la relation médecin-patient avec le tiers « internet » et si l'information du patient lui permet de s'impliquer plus largement dans sa santé, son pouvoir d'agir le responsabilise tout autant.

Je considère qu'il en sera de même lorsqu'il parviendra à interpellier l'expert sur ce à quoi il peut prétendre ; il lui appartiendra alors de démontrer que sa situation est bien identique à celles dont il se prévaut, ce qui ne sera pas chose aisée. Le propre d'une décision étant de ne s'appliquer qu'à la situation qu'elle est sensée juger hors contentieux seriel.

La connaissance des décisions de justice par le justiciable aura plus certainement un impact sur la manière de rédiger de l'expert sachant que dans la rédaction des décisions de justice les citations des conclusions de l'expert sont fréquentes et font partie du raisonnement juridique qui conduit le juge à retenir la faute, à fixer le préjudice ou à écarter la demande.

L'open data se fait au nom de la transparence de l'information et de la confiance que l'on doit avoir en ses juges qui rendent à la justice au nom du peuple français. C'est d'ailleurs en cela que leurs noms ne peuvent être occultés des décisions sauf situation mettant leur sécurité en danger.

Mais cette confiance doit pouvoir exister également pour les experts qu'elle désigne dont la compétence, la fiabilité et l'impartialité doivent pouvoir être appréciée du grand public.

2) La réutilisation des données par l'expert lui même

C'est sur la base d'un jugement de fiabilité en son savoir technique que l'expert est désigné.

Le juge qui n'est pas sachant dans le domaine de la santé, s'en remet à son expertise pour appréhender la situation qu'il a à juger.

S'il ne lui abandonne pas toute appréciation, il est certain qu'il attend de lui un

engagement à remplir sa mission de telle manière qu'elle ne provoque aucune méfiance.

La connaissance par le grand public des décisions de justice mais également par lui s'il le souhaite lui permettront de connaître ce qui conduit à la nullité de l'expertise qui est une des prétentions désormais systématiques des dossiers en cause d'appel. Forte heureusement très peu de rapports sont annulés, ce qui révèle une bonne connaissance par les experts des règles du contradictoire, du respect des conflits d'intérêts. Toutefois, des erreurs plus ou moins importantes sont parfois commises et la consultation par item de la banque de données Judilibre peut éviter à l'expert l'erreur qu'il pressentait souvent et à laquelle il n'avait pas su apporter la bonne réponse.

La réutilisation de la donnée peut ainsi avoir une dimension d'enseignement pour l'expert, de meilleure connaissance des règles et de leur interprétation par les juges du fond. Il s'agit pour eux dans ce cas d'accroître leurs connaissances juridiques sur des questions de forme dont le respect est indispensable au bon déroulement des opérations d'expertise et des règles à observer. En cela l'Open data participera forcément à leur formation et à l'efficacité de leur expertise.

Il ne s'agira pas en revanche de devenir des juges par le maniement des concepts juridiques notamment de responsabilité exclusive ou partagée. Ces questions purement juridiques ne les concerneront que de très loin et leur usage ne sera pas indiqué car *contra legem* ; il remettrait en cause leur impartialité de technicien.

Ainsi après avoir évoqué l'impact que l'open data pourra avoir sur le déroulement de l'expertise et dans la relation au patient expertisé et aux parties plus généralement, mais également sur la rédaction de l'expertise, il est judicieux de s'interroger sur « l'influence » que la lecture des arrêts et décisions rendues pourront avoir sur l'avis de l'expert.

Peut-on envisager que l'expert par sa technicité, son expertise dans son domaine de compétence, soit enclin à rechercher lui-même (aider de data scientists) au cœur de JUDILIBRE, les informations dont il pourra se servir dans la rédaction des conclusions de son rapport ? S'inspirant des situations similaires expertisées par d'autres, est-il possible qu'il rédige son avis particulier, influencé par la synthèse de ces situations similaires qu'il aura analysées ?

La question peut faire réagir, j'en ai bien conscience mais si cette question se pose au juge que je suis c'est parce que je ne crains pas tant la fin de l'expertise ni même la disparition de la fonction même d'expert, que celle du raisonnement juridique fait avec discernement pour rendre la justice. L'appréciation des faits et l'application de la règle de droits à ces faits qui n'ont souvent que l'apparence de la similarité, incitera toujours

le juge à recourir à l'avis d'un technicien. Toutefois mon inquiétude réside dans un risque de standardisation des rapports d'expertise qui par contamination, standardiseront les raisonnements et à son tour la décision.

Or si on peut rendre une justice standardisée, doit-on l'accepter ?

Je vous ai indiqué en introduction que ce ne serait plus la justice. En effet, les programmes qui permettront de résoudre une classe de problèmes, seront alimentés au-delà de quelques mois par des données en vase clos et finiront alors par ne plus donner une analyse objective et surtout vraie des situations. Le raisonnement sera alors faussé et la décision injuste par voie de conséquence.

Il est dès lors d'une importance particulière que l'expert ne soit pas enclin à être « l'acteur malgré lui » de cette absence de justice.

Ex : la recherche porte sur la section d'un nerf dans une opération. Les décisions présentent dans la banque de données retiennent qu'elle est toujours fautive, ce qui est faux médicalement. Si l'expert est « influencé » dans son avis par cette unanimité des décisions et parce que le programme lui donnera toujours cette solution, il alimente alors la base de données qui finira par ne plus être conforme à la réalité et à la vérité médicale.

Ce travers peut s'appliquer tout autant au juge qui chercherait à aller vite et par l'aide des programmes des legattech, se verrait proposer sur la base de critères généraux une décision « clé en main » dont la fausseté finirait par arriver.

Pour conclure, je pense sincèrement que l'open data est un outil formidable pour tous, qui peut dès lors participer à la formation de l'expert et l'aider à affiner sa pratique, mais c'est surtout un outil qui nous engage à la clairvoyance et à l'exigence. Par sa finalité de transparence, il nous oblige surtout à « être (encore plus) digne de confiance » dans nos fonctions respectives, sortant ainsi le justiciable ou le professionnel de la « confiance naïve » et peut –être, pourquoi pas de la défiance envers le « sachant » tant contesté à ce jour ce que la crise sanitaire nous a d'ailleurs confirmé.

Ce sujet est mouvant et il évoluera en fonction de notre capacité à tous de revendiquer l'humain derrière « la machine » et l'algorithme qui n'est rien sans lui.

Elisabeth TOULOUSE

Email : experts.ca-nimes@justice.fr

Mai 2022



Disponible en ligne sur

ScienceDirect
www.sciencedirect.com

Elsevier Masson France

EM|consulte
www.em-consulte.com



Communication

L'expertise en santé: quel devenir?

Expertise in health: What future?

Mary-Hélène Bernard

Présidente de la compagnie nationale des experts médecins de justice, Université Reims-Champagne-Ardenne, Reims, France

INFO ARTICLE

Historique de l'article :
Disponible sur Internet le xxx

Mots clés :
Évolution
Expertise judiciaire
Indemnisation
Justice
Open data
Préjudice
Santé

Keywords:
Compensation
Evolution
Health
Judicial expertise
Justice
Open data
Prejudice

R É S U M É

Ce texte présente quelques éléments de réflexion de la présidente de la compagnie nationale des experts médecins de justice sur le devenir de l'expertise en santé à partir de l'état actuel. Il souligne particulièrement l'importance des progrès scientifiques en constante mutation, et l'importance de l'impact du numérique avec diffusion instantanée et mondiale des données par Internet. Toutefois persiste une interrogation sur la réalité du futur qui relève souvent des données imprévues.

© 2021 Publié par Elsevier Masson SAS.

A B S T R A C T

This text presents some elements of reflection of the president of the national company of medical experts of justice on the future of the expertise in health according to the current state. In particular, it stresses the importance of scientific progress in constant change, and the importance of the impact of digital with instantaneous and global dissemination of data via the Internet. However, there is still a question about the reality of the future, which often involves unforeseen data.

© 2021 Published by Elsevier Masson SAS.

1. Abréviations

CCI	Commission de conciliation et d'indemnisation
CNAMED	Commission Nationale des Accidents Médicaux
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux

2. Introduction

L'expertise et les experts en général ont toujours existé et continueront d'exister, mais les critères auxquels ils obéissent varient en fonction des exigences et de l'évolution de la société.

Bernard Peckels †, expert médecin, fondateur de la revue *Experts*, avait déjà organisé son centième numéro autour de ce sujet « l'expertise demain » [6].

Adresse e-mail : mh.bernard@univ-reims.fr

<https://doi.org/10.1016/j.amp.2021.11.009>
0003-4487/© 2021 Publié par Elsevier Masson SAS.

Nous avons besoin de référents qualifiés dans des domaines qui se multiplient et évoluent sans cesse, en particulier dans le domaine de la santé.

Complétant une réflexion sur le sujet publiée dans le *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie* de décembre 2020 [2], j'analyserai la situation française en 3 parties:

- de quelle expertise s'agit-il ?
- état actuel de la santé et de l'expertise ;
- quel devenir ?

3. De quelle expertise s'agit-il?

Expertise sous-entend approfondissement qualifié sur un sujet par une personne qui est supposée connaître parfaitement le domaine concerné.

Dans le domaine de la santé, il existe des expertises faites par des médecins, dont font partie les expertises psychiatriques, et des

expertises faites par des professionnels de santé ou des spécialistes du sujet non-médecins, dont font partie les expertises psychologiques.

Ces expertises peuvent avoir lieu dans de nombreuses circonstances, avec des objectifs et des procédures bien différents dont voici quelques exemples :

- l'expertise judiciaire sera demandée par un juge judiciaire pour l'aider à comprendre un contentieux dans un domaine médical qu'il ne maîtrise pas, et, selon le type de contentieux, ce pourra être un magistrat des tribunaux civil ou un magistrat des tribunaux relevant du pénal, avec des procédures différentes ;
- l'expertise administrative sera demandée par un magistrat de l'ordre administratif pour ce qui est des contentieux impliquant des établissements publics, avec des règles procédurales spécifiques ;
- l'expertise demandée par une Commission de conciliation et d'indemnisation (CCI) obéira également à des règles procédurales différentes ; ces commissions régionales administratives ont été créées pour permettre le règlement à l'amiable de contentieux médicaux avec un accès gratuit pour le justiciable et une procédure qui aboutit à des avis et non des jugements, l'ensemble étant financé par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM: <https://www.oniam.fr/>) ;
- l'expertise privée demandée par une assurance ou par une personne qui s'estime victime devra respecter le règlement interne de l'assurance ou l'entente privée entre le demandeur et l'expert.

Il est donc essentiel de savoir de quel type d'expertise il est question, car les règles ne sont pas les mêmes et, en matière judiciaire par exemple, si les règles procédurales ne sont pas respectées, l'expertise peut être annulée.

Il faut ajouter également que le terme d'expertise est de plus en plus galvaudé dans le langage courant et que parfois telle ou telle publicité se vante d'avis d'experts qui n'ont d'experts que le nom, sans aucune qualification réelle et seulement destinés à faire vendre le produit dont il est question.

Mon propos s'attachera à l'expertise judiciaire, administrative ou CCI, c'est-à-dire des procédures encadrées par des textes et des obligations procédurales où l'expert est désigné par une autorité et rendra un rapport à cette autorité, elle-même ayant la possibilité de suivre ou non les conclusions de l'expert qu'elle aura désigné. C'est le juge ou le président de CCI qui désigne « son » expert. Ce type d'expertise place l'expert dans une position de référent, compétent, indépendant et loyal puisqu'il intervient pour que justice soit rendue.

Ce type d'expertise « à la française » n'est pas celui de l'expertise « anglo-saxonne » où le mandant ne désigne pas personnellement d'expert, mais écoute les experts de chaque partie pour se forger une appréciation.

4. État actuel de la santé et de l'expertise

L'analyse de l'état actuel est indispensable pour tenter d'imaginer l'avenir.

4.1. La santé

La notion de santé évolue considérablement et les prises en charge bénéficient de progrès scientifiques qui ne cessent de se multiplier, avec des profits considérables qui rendent leur appréciation réelle particulièrement difficile ; on l'a vu ces derniers mois à propos de la crise sanitaire avec les polémiques suscitées par de grands « savants » affirmant parfois de façon péremptoire des données ponctuelles et non vérifiées, parlant de revues de

renommée internationale jusqu'alors incontestées, et pourtant mises en cause quant à leur crédibilité !

La vie du soignant se transforme avec les outils d'analyse automatisés : nous sommes de plus en plus performants par nos capacités à demander des examens complémentaires orientés et les biologistes ont été les premiers à faire donner les résultats directement par leurs machines, certes avec une signature de validation du médecin, mais l'essentiel est fait en amont pour la construction des machines, et en aval par l'usage que l'on fera de ces résultats ; le médecin est de plus en plus dépendant des résultats donnés par ces machines : en neurochirurgie par exemple, les résultats d'imagerie sont de plus en plus « machine dépendants », ou « radiologue dépendants » selon le programme demandé et le neurochirurgien, comme beaucoup d'autres spécialistes, est de moins en moins maître de la situation dans son ensemble et l'impact des outils automatisés est considérable.

Les spécialités et les surspécialités se multiplient avec une sorte de « saucissonnage » du patient qui nuit à sa prise en charge globale ; certes, nous devenons de plus en plus performants, mais on morcelle aussi de plus en plus le corps humain et on en oublie la vue globale de l'individu malade ; on pourrait avancer que le seul praticien qui pourrait survivre à ce saucissonnage hypertechnicisé est le généraliste ou l'interniste ; même le psychiatre se soumet de plus en plus aux résultats des imageries sophistiquées.

4.2. L'expertise en santé

Elle a elle aussi beaucoup évolué ces dernières années et le livre récent coordonné par Éric Baccino paru en janvier 2020 précise bien la situation actuelle [1].

Claude Racinet exprime l'état des lieux en périnatalité dans son ouvrage paru en mars 2019, *La qualité de l'expertise médicale en question* [5].

Le principe du « contradictoire » reste essentiel pour les expertises effectuées dans un cadre civil ou CCI, comme rappelé en 2014 par Tony Moussa, conseiller à la Cour de cassation [3].

D'une façon plus générale, pour les expertises judiciaires ou CCI :

- missions et renvoi à des barèmes de plus en plus précis concernant les incapacités ; la mission dite Dintilhac plus complète fait référence (barème et référentiel ONIAM de 2018) ;, disponible: <https://www.oniam.fr/procedure-indemnisation/bareme-indemnisation>
- règles nouvelles d'inscription et de réinscription sur les listes d'experts, avec une nécessité de formation régulière (décret de 2004 régulièrement actualisé et dont la version actuelle est la suivante: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000005983254/> ;
- nouvelles rubriques de professionnels sur les listes d'experts ;
- multiplication des listes d'experts avec les listes d'experts près de chaque cour d'appel, la liste nationale de la Cour de cassation, les listes d'experts des tribunaux administratifs, la liste d'experts de la Commission nationale des accidents médicaux ou liste « CNAMED », référence pour les CCI ; on peut souligner à propos des expertises « CCI » un recadrage estival d'août 2021, certes favorable aux experts puisque leurs honoraires sont revalorisés (modestement !) mais aussi posant problème puisque les experts inscrits sur la liste CNAMED auront des honoraires plus élevés que les autres, pour un travail pourtant identique ! ;
- l'open data des décisions de justice se met en place, avec mise à disposition pour tous dans un proche avenir, comme l'annonce le décret « Data Just »: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041763205/>.

La réparation du préjudice devant être intégrale, l'expert ne devra omettre aucun des préjudices subis et ces préjudices, sous la

pression des « victimes » et de leurs avocats se multiplient ces dernières années.

Des informations complémentaires sont disponibles en suivant le lien : <https://cnemj.fr/documents/>.

5. Quel devenir?

Croissance exponentielle des données scientifiques et développement phénoménal du numérique changent la situation pratiquement de jour en jour; que va devenir l'expertise en santé dans ces conditions?

5.1. La médiation

Quelques mots concernant la médiation : depuis les années 2000 a été instaurée la possibilité d'une conciliation, ou plutôt d'une médiation dans les établissements de santé, pour essayer de prévenir ou d'apaiser en amont de la plainte les contentieux d'ordre médical.

Actuellement, il existe des commissions des usagers au sein des établissements et des professionnels médiateurs qui reçoivent les plaignants au sein des établissements; des explications sont fournies et si besoin une information sur les possibilités de dépôts de plainte.

De façon plus générale, s'est créée en France une médiation judiciaire qui, dans ce cas, intervient après le dépôt de plainte; des « experts-médiateurs » peuvent ainsi être amenés à intervenir. L'idéal pour ce qui est le domaine de la santé est en fait que le litige soit analysé au tout début de la situation conflictuelle et bien en amont du dépôt de plainte par les professionnels eux-mêmes avec les médiateurs d'établissements.

La médiation, de mon point de vue, ne devrait pas relever de la justice car il ne s'agit pas d'un jugement *stricto sensu*, mais d'une explication et d'une résolution d'un conflit en train de naître.

5.2. Les données scientifiques

En ce qui concerne les données scientifiques que l'on croyait acquises, on se rend compte qu'elles sont changeantes très rapidement, et cela se voit en médecine où le diplôme qui était le sésame de tout médecin évolue vers une certification périodique, obligeant tout médecin de mettre à jour ses connaissances et de le prouver ; ce processus est en cours de validation législative et il est possible de prendre connaissance de l'Ordonnance n° 2021-961 du 19 juillet 2021 [4] qui provoque beaucoup de remous au sein des professions ; rien n'est encore figé, mais c'est une évolution inéluctable.

5.3. Le numérique

Pour ce qui est du numérique aussi, le changement est grand avec, entre autres, l'avènement des réseaux sociaux qui diffusent à une vitesse instantanée et dans un périmètre mondial des données non vérifiées, le risque étant qu'elles soient prises à tort pour « vraies ».

À supposer que les données scientifiques aient été vérifiées, la difficulté est aussi qu'elles intègrent le savoir d'un moment donné, et « vérité d'hier ne sera pas celle de demain », d'où la difficulté pour

l'expert « humain » de se tenir « à jour ». On peut imaginer que certains pans de l'expertise médicale pourraient être confiés à des « robots » régulièrement mis à jour dans leur programmation ; l'expert « humain » resterait alors nécessaire pour construire ces logiciels et applications.

La technique informatique avec les *opens data* et la mise sur Internet des décisions de Justice peut profondément modifier le besoin que l'on a des experts « humains » ; car si l'on rentre les données du problème dans une application, la conclusion pourrait être apportée directement par les analyses statistiques : plus besoin d'expert, ni même de juge !

5.4. « L'expertise à la française »

Enfin, le principe même de « l'expertise à la française », qui fait de l'expert judiciaire en quelque sorte le « bras droit du juge », pourrait être remis en question avec la mondialisation des expertises dont l'utilité dépasse largement nos frontières nationales et européennes.

6. Pour conclure

En conclusion de cette brève réflexion sur le devenir de l'expertise en santé, l'obligation d'une évolution est évidente, mais comment et dans quel délai pourra-t-elle se structurer ?

La gestion de la santé, comme d'ailleurs celle des tribunaux, fait aujourd'hui polémique (manque de moyens, manque de formation, etc.) et les responsables politiques semblent bien conscients de la nécessité de changement, mais le mille-feuille législatif rend cette nécessaire évolution particulièrement difficile, voire peut-être impossible hors révolution.

L'expertise en santé restera toutefois un des piliers de notre crédibilité et son évolution inéluctable sera fonction des données sociales et politiques que nous ne maîtrisons pas et d'ailleurs, si la prévision a toujours été l'ambition des intellectuels, elle se heurte bien souvent dans la réalité à un facteur que l'on n'aura pas vu venir.

Déclaration de liens d'intérêts

L'auteur déclare ne pas avoir de liens d'intérêts.

Références

- [1] Baccino É. Manuel d'expertises médicales. Paris: Éditions Sauramps médical; 2020.
- [2] Bernard MH. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2020; Numéro 27. 126789-2012078 Chronique-5, p. 55-61. (https://cnemj.fr/wp-content/uploads/2020/12/JDSAM_articleMHB_decembre2020.pdf).
- [3] Moussa T. L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction par Tony Moussa, conseiller à la Cour de cassation-Bulletin d'information de la Cour de cassation - 27 octobre 2014 https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors-serie_2074/autres_expertises_18685.html.
- [4] Ordonnance n° 2021-961 du 19 juillet 2021 relative à la certification périodique de certains professionnels de santé - JORF n° 0167 du 21 juillet 2021 - Texte n° 34 <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043814566>.
- [5] Racinet C, Catteau C. La qualité de l'expertise médicale en question-exemples en périnatalité. Paris: Éditions Sauramps médical; 2019.
- [6] Revue Experts-N°100-février 2012 (<https://www.revue-experts.com/liseuse/100>).