



COMMENT SE PRÉPARER À L'EXPERTISE ?

Emmanuelle Krymkier d'Estienne avec la collaboration de Laure Jallet, Avocats à la Cour
Cabinet Auber, 7 rue Auber, 75009 Paris, France

INTRODUCTION

Quel que soit le domaine du droit, le recours à l'expertise est de plus en plus fréquent du fait notamment de la complexité du développement des sciences et des techniques, de la pression de l'opinion publique, mais surtout de la nécessité de disposer des avis des experts pour régler des problèmes techniques et scientifiques graves. Le domaine médical est un des terrains de prédilection du recours à l'Expert. L'expertise médicale est un exercice médico-juridique encadré par la loi ayant pour objectif selon les procédures en cours, soit l'évaluation du dommage d'une victime, la recherche de preuves, la qualification d'un délit, la mise en évidence d'une faute professionnelle.

Ainsi, qu'il soit praticien hospitalier, médecin salarié du secteur privé ou en exercice libéral, l'anesthésiste-réanimateur est particulièrement exposé aux procédures de mises en cause de sa responsabilité et y sera statistiquement plusieurs fois exposé dans sa carrière (3 fois en moyenne).

L'objectif de cet article n'est certainement pas de définir un guide à l'attention des médecins se rendant à une expertise mais de donner quelques principes qui doivent être présents à l'esprit de tout médecin convoqué devant un expert.

1. LES DIFFÉRENTES EXPERTISES

Se préparer à participer à une réunion d'expertise, c'est en premier lieu, comprendre que les enjeux et le déroulement de l'expertise dépendent de la procédure engagée.

Le choix de cette procédure revient au plaignant qui est, selon les cas, le patient souffrant de séquelles à la suite d'une intervention chirurgicale ou ses ayants droit en cas de décès. L'action civile introduite devant les juridictions civiles ou administratives (selon le mode d'exercice du ou des praticiens mis en cause) a un objet purement indemnitaire. L'action pénale, quant à elle, introduite à l'initiative soit du patient ou de sa famille, soit du Procureur de la République, a

pour objet la constatation d'une infraction au code pénal (homicide involontaire, mise en danger délibérée de la vie d'autrui, non-assistance à personne en danger, coups et blessures involontaires, etc...) et le cas échéant, la condamnation pénale du ou des praticiens mis en cause et/ou de l'établissement de santé public ou privé.

A côté de ces expertises dites judiciaires, il existe désormais depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, les expertises diligentées par les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux.

Il convient d'indiquer les principes généraux gouvernant ces différentes expertises.

1.1. L'EXPERTISE JUDICIAIRE

L'expertise judiciaire est un des moyens d'administration judiciaire de la preuve. Elle est une mesure d'investigation technique ou scientifique qu'un juge confie à un « homme de l'art », professionnel reconnu pour son expérience, sa compétence et son autorité dans le domaine requis par la question de fait qui se pose à la juridiction saisie.

1.1.1. EN MATIÈRE CIVILE ET ADMINISTRATIVE

Les expertises en matière civile ou administrative sont réglementées de façon très précise par le Code de Procédure Civile et par le Code des tribunaux administratifs (article R. 158 et suivants). L'expertise est une prérogative exclusive du juge et lorsque les parties la demandent, le juge n'est pas obligé de l'ordonner. En effet, celui qui la demande, doit démontrer son utilité.

La demande d'expertise s'explique ici principalement par une recherche indemnitaire, ce qui amène certains à dire qu'en définitive, elle intéresse moins le médecin lui-même que sa compagnie d'assurance. Cette façon de penser est quelque peu réductrice puisqu'il s'agit toujours de rechercher la responsabilité ou non du médecin en cause.

Il est nécessaire de comprendre qu'en matière civile ou administrative, le procès appartient aux parties qui en gardent la maîtrise sous contrôle du juge. Or, un principe gouverne le tout : il s'agit du principe du contradictoire qui signifie que chacune des parties doit mettre en mesure la partie adverse de prendre connaissance de l'ensemble des faits, objet du litige et de discuter des moyens juridiques que l'on va lui opposer. Par conséquent, les parties sont étroitement associées aux opérations de l'expertise. Ces expertises judiciaires obéissent à une procédure stricte et spécifique qui justifie une formation spécialisée des experts et qui pose des problèmes particuliers de responsabilité et d'application du secret professionnel. L'expert va remettre un rapport dans lequel il devra répondre strictement aux questions qui lui ont été posées. C'est l'adage « la mission, rien que la mission, mais toute la mission ». Le but de l'expertise est de donner aux magistrats un avis technique portant sur la réalité des faits, l'existence ou non de faute, le lien de causalité les unissant aux préjudices éventuels, la nature et l'importance des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

Il s'agit d'un avis technique sur lequel le juge pourra s'appuyer pour fonder sa décision. Les conclusions de l'expert ne lient pas le juge mais, en pratique, elles sont le plus souvent déterminantes.

1.1.2. EN MATIÈRE PÉNALE

Les victimes ont souvent tendance à privilégier la voie pénale dans la mesure où elles recherchent, au-delà de la réparation pécuniaire des dommages, l'identification du ou des responsables et leur condamnation. Le caractère « infamant » d'une telle condamnation constitue en lui-même un mode de satisfaction du désir de justice de la victime. Celle-ci estime parfois que la sanction pénale serait, du fait de son caractère exemplaire, seule à même de prévenir le renouvellement de l'accident. Le prononcé de la culpabilité apparaît comme une véritable exécutoire sociale ». Réglementée par le Code de Procédure Pénale aux articles 156 et suivants, elle peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par toute juridiction de jugement, soit à la demande du ministère public, soit d'office ou à la demande des parties.

Il existe de nombreux points communs à l'expertise pénale et civile : les experts sont choisis sur les mêmes listes, le juge peut choisir un expert non inscrit ; il a également le choix entre désigner un ou plusieurs experts pour une mission donnée. La mission des experts est définie par le juge et précisée dans la décision qui ordonne l'expertise. Un délai est imparti pour remplir la mission, qui est en général comparable et il en va de même pour le rapport.

Contrairement à l'expertise civile, l'expertise pénale n'est pas contradictoire : la partie civile, le médecin mis en cause seront, le cas échéant, convoqués seuls et le rapport adressé uniquement au juge ayant ordonné la mission et placé au dossier pénal. Seules les conclusions seront notifiées aux parties par le juge. L'expert pourra demander un avis sapiteur (appel pour un avis d'un autre technicien sur une question échappant à sa spécialité), mais seulement après avoir demandé l'autorisation du juge. L'expert n'a pas à attendre l'avis de consignation puisqu'en aucun cas le plaignant n'avancera d'argent. En effet, la rémunération de l'expert est à la charge du Trésor Public en matière pénale. La loi du 5 mars 2007, a renforcé notablement le caractère contradictoire de l'information, permettant aux parties de discuter le choix de l'expert, la nature des questions qui lui sont posées, ainsi que de présenter des observations sur un rapport provisoire (article 161-1 et suivants du CPP).

Comme en matière civile, la mission de l'expert n'a pour objet que de répondre à des questions d'ordre technique. L'expert ne doit pas trancher une question de droit, il ne doit répondre qu'à des missions d'ordre technique qui relèvent de sa compétence. Toutefois, le juge cherche à savoir si le comportement du médecin est constitutif d'une infraction pénale. Or, en matière pénale, l'appréciation de la causalité n'est pas la même. Qu'elle soit directe ou indirecte, elle doit nécessairement être certaine. Cette spécificité aura une incidence sur les questions qui seront posées à l'expert.

En matière pénale, l'expertise peut se dérouler sur dossier, c'est-à-dire sans que les praticiens qui ont eu à prendre en charge le patient soient entendus par l'expert, ce qui peut être regrettable non seulement parce qu'il est indispensable de reconstituer avec précision la réalité des faits et des données médicales de l'espèce, mais surtout, parce que les médecins mis en cause n'ont pu s'expliquer sur leur démarche diagnostique et thérapeutique. Dans le cas d'une expertise sur dossier, il est souvent opportun de demander, au juge d'instruction un complément d'expertise ou une contre expertise afin que le médecin mis en cause (qui sera selon les cas, mis en examen ou placé sous le statut de témoin assisté) soit entendu par l'expert.

1.3. L'EXPERTISE AMIABLE DANS LE CADRE DES CRCI

Mises en place par un décret du 3 mai 2002 en application des articles L. 1142-6 et L. 1143-1 du code de la santé publique, les Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation, des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI) doivent permettre l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux dont le préjudice présente un degré de gravité supérieur à un seuil fixé par le décret du 4 avril 2003, à savoir une incapacité permanente partielle (IPP) supérieure à 24 %, ou une durée d'incapacité temporaire de travail d'au moins 6 mois consécutifs ou 6 mois non consécutifs sur 12 mois, ou à titre exceptionnel, lorsque le patient a subi, du fait de l'acte de soins des « troubles particulièrement graves dans ses conditions d'existence ».

Qu'il y ait faute ou absence de faute, toutes les victimes d'un accident médical grave, qu'il ait pour origine un acte de prévention, un acte de diagnostic ou un acte thérapeutique, peuvent bénéficier de ce dispositif à condition que l'acte en question ait été réalisé à compter du 5 septembre 2001. Toutefois, une grande partie des dommages échappe à la compétence des CRCI (à titre d'exemple, l'ensemble des litiges des anesthésistes réanimateurs, portant sur les bris dentaires n'entre pas dans le critère de gravité fixé par décret).

De la même façon que si elle était décidée par voie judiciaire, l'expertise est le seul moyen d'éclairer la Commission sur des aspects techniques qui lui échappent. Les expertises diligentées par les CRCI doivent répondre aux mêmes critères qu'une expertise diligentée par une juridiction civile ou administrative. Les experts désignés par les Commissions sont choisis sur une liste nationale des experts en accidents médicaux. Le collège d'experts ou l'expert désigné devront s'assurer du caractère contradictoire des opérations d'expertise (Article L 1142-12 du CSP). La communication des pièces du dossier se fait par l'intermédiaire de la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation saisie par le ou les demandeurs. Chaque partie concernée reçoit copie des demandes de documents formulées par la Commission Régionale et de tous les documents communiqués à cette dernière. En cas de carences des parties dans la transmission des documents, la Commission pourra autoriser l'expert à déposer son rapport en l'état, et elle tirera toute conséquence du défaut de communication des pièces.

La convocation des parties à la réunion expertale contradictoire, adressée par courrier recommandé avec accusé de réception aux parties et en courrier simple à leurs conseils juridiques ou médicaux éventuels, n'est pas différente de celle en cours devant une juridiction civile ou administrative. De même, le déroulement de la réunion expertale contradictoire ne diffère pas de celui qui se fait en procédure civile et administrative. Les parties peuvent se faire assister d'une ou de plusieurs personnes (médecins et/ou avocat) de leur choix (article L 1142-12 du CSP). En réalité, la représentation des parties n'est souvent pas équilibrée, puisque le défendeur qui sera assuré aura à ses côtés, son conseil juridique et son conseil médical, alors que le demandeur, pour des raisons de gratuité du système, sera le plus souvent seul.

En ce qui concerne les missions d'expertise qui sont généralement ordonnées par les Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, celles-ci diffèrent peu de celles ordonnées en matière judiciaire. En effet, il s'agit de missions aussi complètes que celles ordonnées

par des juridictions civiles ou administratives, demandant à l'expert de statuer sur la réalité du dommage, l'existence ou non de faute, et surtout le lien de causalité entre le dommage allégué et les fautes éventuellement retenues.

S'est posée la question de la valeur des expertises diligentées dans le cadre d'une procédure CRCI. En effet, de plus en plus fréquemment, non satisfait de l'avis rendu par une Commission ayant statué dans un sens défavorable à ses prétentions, la victime va engager une nouvelle procédure mais cette fois devant le Tribunal. Bien que nous ne puissions pas parler encore de jurisprudence constante, il est fréquent que les juges des Référéés saisis de ce type de demande, déboutent les demandeurs au motif qu'il dispose, avant tout procès au fond, des conclusions d'une expertise médicale, certes non judiciaire, mais ordonnée par la CRCI conformément aux principes de l'article L. 1142-12 du Code de la santé publique, c'est-à-dire confiée à un médecin inscrit sur la liste de la Cour d'Appel et remplissant les conditions de nature à garantir son indépendance vis-à-vis des parties. Cette solution est la garante du principe selon lequel toute mesure d'instruction et a fortiori, une mesure d'expertise médicale ne sera ordonnée par le juge que si cette dernière est utile à la démonstration de la vérité.

2. UN TRAVAIL DE COLLABORATION EN AMONT

2.1. LE PRÉALABLE : UN DOSSIER MÉDICAL, CLAIR ET COMPLET

Le préalable à toute expertise est le dossier médical. Il s'agit de la base de travail qui sera examiné par l'expert, d'où l'importance, pour tout médecin anesthésiste d'être consciencieux dans la tenue de son dossier anesthésique et, surtout, lorsqu'il a connaissance d'un incident qui risquerait de voir mettre en jeu un jour sa responsabilité, d'en conserver une copie (rappelons en effet qu'en matière pénale le dossier est généralement saisi à la demande du juge d'instruction et que c'est donc en amont qu'il convient pour le praticien de conserver les traces écrites de sa prise en charge du patient). En outre, bien se préparer à une réunion d'expertise, c'est avant même que sa responsabilité ne soit mise en cause en tant qu'anesthésiste réanimateur, apporter une attention particulière à l'ensemble des éléments composant le dossier anesthésique, notamment, la feuille de consultation pré-anesthésique ou la feuille d'anesthésie.

En leur qualité d'experts, les Docteurs Manouil et Montpellier ont ainsi indiqué : « *Les experts doivent pouvoir retrouver aisément les différents temps anesthésiques pré, per et postopératoires qui correspondent aux recommandations de la société française d'anesthésie réanimation (SFAR)... En l'absence de données écrites dans le dossier, les experts devront « inventer » l'histoire et chercher ce que rend « l'accident médical le plus probable ». Par exemple, une feuille d'anesthésie incomplète, voire absente laissera planer un doute sur la qualité de la prise en charge, qu'il sera difficile, voire impossible de justifier a posteriori. Tout ce qui a été fait doit être noté. La feuille d'anesthésie parfaite avec des traits tirés à la règle, manifestement remplie après les faits, n'est pas non plus la solution.* ».

Cela est vrai pour tous les temps de la prise en charge du patient. Ainsi, en cas de transfert, le dossier médical doit conserver la trace écrite de tous les appels entrepris, les explications données, les horaires d'appels.

C'est donc l'ensemble du dossier médical qui doit être le plus complet possible : des observations médicales précises et détaillées, un compte rendu

rédigé à la suite de l'intervention (et non trois jours après), les résultats d'analyses biologiques, et d'examens anatomopathologiques, les comptes rendus de radiographies, d'échographies, de scanners, ainsi que les doubles des courriers adressés entre les différents médecins en charge du patient. De même, un intérêt particulier doit être porté au cahier de transmissions infirmières, aux annotations des aides soignantes, ainsi qu'aux feuilles de températures.

L'expert considérera que, jusqu'à preuve du contraire, ce qui est écrit dans le dossier a été fait et ne sera pas enclin à croire, que ce qui n'y figure pas, a été réalisé.

2.2. TRAVAIL TECHNIQUE AVANT L'EXPERTISE

2.2.1. PRÉPARATION DU DOSSIER PAR LE MÉDECIN CONSEIL DE LA COMPAGNIE D'ASSURANCE

Qu'il s'agisse d'une expertise judiciaire ou amiable ordonnée dans le cadre d'une CRCI, le médecin mis en cause va en premier lieu recevoir une convocation à l'expertise. Il doit en informer immédiatement son avocat mais également sa compagnie d'assurance qui devra désigner un médecin assistant-conseil. Il est important que ce dernier soit de la même spécialité que celle du médecin mis en cause ou celle de l'expert désigné.

Il appartiendra ensuite au médecin-conseil, désigné pour assister le médecin, de prendre attache avec l'assuré le plus rapidement possible à réception de sa mission et des pièces du dossier afin d'établir avec lui un bordereau de pièces à communiquer à l'expert. Cela implique au préalable une étude du dossier de l'assuré mais également des pièces produites par le patient, demandeur des opérations d'expertise. En effet, il est fréquent de constater dans le dossier du patient l'absence de certaines pièces médicales qui pourront être utiles à la discussion médico-légale avec l'expert.

L'établissement du bordereau de pièces permettra de classer les pièces médicales dans un ordre logique et chronologique afin de faciliter leur étude par l'expert qui se repérera ainsi plus facilement dans le dossier.

Au-delà de la réunion des pièces indispensables à la défense des intérêts du médecin assuré, il est primordial que le médecin-conseil désigné, fasse en amont de la réunion d'expertise, un travail de recherche de littérature et d'articles scientifiques qui pourront le cas échéant venir compléter les pièces communiquées à l'expert. En effet, si le médecin expert a une position de totale indépendance et d'impartialité, les médecins conseil, quant à eux, ne représentent et ne défendent chacun que les intérêts de la partie dont ils sont dépendants. Ceci ne doit en revanche rien retirer à leur objectivité scientifique et technique.

Une fois le bordereau des pièces établi, il sera adressé à l'avocat qui devra le transmettre avec les pièces annexées à l'expert désigné, non sans au préalable les avoir vérifiées, ainsi qu'à l'ensemble des parties ou à leurs représentants.

2.2.2. LA RÉUNION PRÉALABLE

La mise en cause par un patient ou sa famille de sa responsabilité est souvent mal vécue par les médecins. Les procédures intentées, qu'elles soient devant les juridictions civiles, administratives ou pénales, ou devant les Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux sont toujours sources de déstabilisation et d'anxiété.

Il est donc indispensable que le médecin mis en cause, le médecin-conseil désigné par sa compagnie d'assurance et/ou son avocat selon les cas, se rencontrent quelques heures, avant la réunion d'expertise, afin de la préparer le plus utilement possible.

Il s'agit pour le praticien d'être mis en « situation ». Participer à une réunion d'expertise lorsque sa responsabilité est mise en cause, suppose en effet d'être préparé à l'ensemble des questions ou demandes de précisions qui seront posées par l'expert ou les autres parties.

C'est pourquoi, au cours de cette réunion préalable, il est indispensable que le praticien concerné soit en mesure d'expliquer chronologiquement, de manière précise et objective, le déroulement de la prise en charge qui a été la sienne. Cet exercice n'est pas toujours le plus simple lorsque le dossier date de quelques années, d'où l'importance de la bonne tenue des dossiers médicaux, qui permettra non seulement au praticien concerné mais surtout à l'expert une lecture facilitée.

L'utilité d'une réunion préalable est donc essentiellement de permettre au praticien concerné de garder en mémoire l'ensemble des éléments et des constatations de sa prise en charge.

Les difficultés propres à chaque dossier et les points susceptibles d'être abordés voire « critiqués » par l'expert doivent être discutés.

Cette préparation ne peut se faire d'une façon optimale qu'au travers d'une collaboration étroite entre le praticien concerné, le médecin-conseil et l'avocat mandaté.

Il s'agit en réalité d'un entraînement qui vise, non pas à tronquer la réalité, mais bien à laisser paraître le praticien concerné le moins déstabilisé possible face à un patient, une famille qui attend de lui le plus grand professionnalisme possible.

Le Professeur Lienhart a écrit à cet égard : « *il convient de dénoncer le manque de préparation, qui ne peut fournir une impression de sérieux à l'égard de la pratique professionnelle du praticien en cause* ».

Dans le cadre d'une expertise ordonnée, dans le cadre d'une information pénale, par un juge d'instruction, il va de soi que ce travail de préparation du dossier n'a pas lieu de la même manière. En effet, l'expertise n'étant pas contradictoire et le dossier médical de la victime ayant été saisi et placé sous scellé, le médecin est convoqué seul ou accompagné de son avocat s'il a été mis en examen. Il n'y a donc pas de médecin-conseil. Si le praticien concerné a été mis en examen, son statut lui permettra de demander, par le biais de son avocat qui doit au préalable s'y faire dûment autoriser par le juge, la copie des pièces du dossier d'information pénale, et notamment, des pièces médicales.

Dans le cas d'une action en réparation pour un accident survenu dans un hôpital public, il est fréquent que le médecin hospitalier ne soit pas tenu au courant de l'action engagée par un patient. Cela s'explique très bien par le fait que c'est l'établissement qui est comptable des actes de ses praticiens et non le médecin lui-même. Toutefois, de manière générale, si l'expert demande à entendre le praticien concerné, il nous apparaît indispensable que ce dernier demande au directeur de l'Hôpital de bénéficier d'une préparation à l'expertise avec le médecin-conseil désigné par l'assureur pour défendre les intérêts de

l'Établissement (le cas est identique pour les médecins salariés des établissements privés).

Il ne faut en effet pas perdre de vue que si, sur le plan indemnitaire, le médecin n'est pas concerné, il conserve toute sa responsabilité au plan pénal et tout doit donc être mis en œuvre en amont pour éviter que le patient ou la famille ne s'engage sur cette voie.

3. L'ASSISTANCE À EXPERTISE (SAUF PÉNALE)

Chacun devra rester dans son rôle.

Le praticien devra répondre le plus clairement possible aux questions posées par l'expert avec, de préférence, des phrases concises qui lui éviteront de « tomber » dans certains écueils. Il devra faire un récit des faits objectif et rigoureux, sans imprécision, erreur, ou inexactitude, qui seraient du plus mauvais effet. Il devra également conserver son calme et sa sérénité devant la démarche du patient. Le praticien ne devra a priori, et en dehors des hypothèses où ses conseils l'y autoriseraient, jamais donner d'appréciations sur la prise en charge qu'il a menée et encore moins sur celles de ces confrères, qui ont eu également à prendre en charge le patient, que ces derniers soient mis en cause ou non dans le dossier.

Il est toujours utile que le médecin garde avec lui son dossier d'anesthésie et se reporte à sa feuille de consultation pré-anesthésique, à sa feuille d'anesthésie, à la feuille de surveillance de salle de surveillance post-interventionnelle, ainsi qu'aux observations médicales pour répondre aux questions de l'expert.

Le médecin assistant conseil ne devra intervenir, quant à lui, qu'en cas de mise en cause du médecin assuré. De manière générale, il ne semble pas opportun d'intervenir dans l'hypothèse où l'expert ne semble pas retenir de manquement à l'encontre du médecin mis en cause.

Sa mission prendra tout son sens en cas de difficultés pour le praticien concerné. Il lui appartiendra alors de faire connaître son opinion médicale en tant que médecin et spécialiste mais également d'appuyer, le cas échéant, la conformité de la prise en charge réalisée par le praticien mis en cause, avec l'ensemble des articles, conférence de consensus, et recommandations ...

Expliquer sa pratique à partir de recommandations, de conférence de consensus ou de données bibliographiques permettra de donner un impact positif.

Il devra donc convaincre l'expert de l'absence de responsabilité du praticien concerné et, si tant est que celle-ci puisse être établie, il lui appartiendra de tenter de la minimiser en fonction des données scientifiques dont il disposera.

A défaut, et dans l'hypothèse d'une responsabilité manifeste, son rôle sera de discuter, dans la dernière partie de l'expertise, de l'évaluation des préjudices songeant cette fois au coût que va représenter le sinistre pour l'assureur.

L'avocat, quant à lui, veillera au respect des principes de droit régissant l'expertise (régularité des convocations, demander à l'expert de faire respecter les règles de la procédure lorsque celles-ci ne le sont pas...), et veillera tout particulièrement au respect du contradictoire, principe essentiel régissant les opérations d'expertise (communication des pièces de l'ensemble des parties à l'ensemble des autres parties).

Rien ne lui interdit cependant, en fonction de sa connaissance de la matière et du dossier, d'intervenir pour poser des questions à l'Expert, faire des observations et faire poser des questions par l'intermédiaire de l'Expert aux autres parties afin de faire préciser certains points délicats. En principe, il ne lui appartient pas, d'apporter d'explications dans le domaine médical car il sortirait de son rôle.

Il doit s'assurer que l'expert réponde à toutes les questions de la mission et seulement aux questions de la mission.

Une difficulté rencontrée très souvent dans le cadre de l'expertise en matière médicale tient au climat particulier, souvent passionnel, dans laquelle elle va se dérouler. En effet, la réunion d'expertise met en présence d'une part, un patient ou sa famille en recherche d'explications, d'autre part, un médecin dont les compétences professionnelles sont discutées et, enfin, un expert qui peut être à la fois considéré comme « trop indulgent » par la victime et « trop sévère » par le praticien mis en cause.

Il appartient à l'Expert, avec le concours des avocats présents d'éviter que les parties ne s'interpellent ou ne s'emportent de façon inappropriée. En effet, si le rôle de l'expert est d'assurer la police de son expertise, l'avocat, quant à lui, doit assurer la « maîtrise » de son propre client.

4. ET APRÈS... ?

4.1. LA DISCUSSION EN FIN DE RÉUNION D'EXPERTISE

D'expérience, et bien que ce ne soit pas une généralité, il semble que le plus souvent, lorsque l'on se retrouve mis en cause dans une procédure conduisant à une expertise, c'est qu'il y a eu à un moment donné « une faiblesse dans le dossier », ce qui ne signifie pas nécessairement et fort heureusement que des manquements imputables puissent être retenus.

C'est pourquoi, il est indispensable qu'à la fin de la réunion d'expertise, le médecin-conseil, l'avocat et le médecin mis en cause se réunissent, au cours d'un rendez-vous immédiat après l'expertise, afin de tirer toutes les conséquences de ce qui vient de se dérouler. L'attention du médecin pourra alors être attirée sur la nécessité de changer ou d'améliorer certaines pratiques afin d'éviter que ne se reproduisent des faits similaires dans l'avenir.

Il est également possible pour l'assureur, après l'expertise et en fonction des observations de ses conseils, de « rappeler à l'ordre » son assuré et de l'inviter à participer à des journées de formation dans l'hypothèse où sa pratique mériterait d'être réellement améliorée.

4.2. LA PRATIQUE DU PRÉ-RAPPORT

Il est toujours utile qu'après une réunion d'expertise, l'expert puisse disposer, comme les parties, d'un délai de réflexion. La procédure du pré-rapport d'expertise trouve là toute sa justification. « *Ce n'est pas l'équivalent de la mise en délibéré par les magistrats puisque le délibéré est toujours secret. C'est au contraire une véritable poursuite de la procédure contradictoire au-delà de la réunion expertale* ». En expertise judiciaire, il fait désormais partie des points essentiels de toute mission d'expertise ordonnée par les magistrats. Il permet en effet, aux parties d'établir des dires en toute connaissance de cause, de les transmettre aux parties adverses, auxquels l'expert devra répondre aux termes

de son rapport définitif. La procédure du pré-rapport donne un temps de réflexion nécessaire et utile non seulement à l'expert mais également aux parties.

Lorsqu'il n'a pas été ordonné, il est souvent utile que les avocats le demande à l'expert et, dans l'hypothèse d'un refus, que soient évoquées oralement les grandes lignes de ses conclusions en fin de réunion, ce qui permettra aux parties et à leurs conseils, d'une part, d'entamer une discussion avec l'Expert en cas de désaccord sur les responsabilités éventuelles (le rôle de l'assistant conseil prendra alors tout son sens) et, plus généralement, de se faire une idée quant à la mise en cause du praticien.

Dans le cadre des procédures CRCI, le pré-rapport n'est jamais prévu par la mission. Toutefois, l'expérience des commissions laisse entrevoir une nette avancée dans ce domaine où désormais il est possible, en cas de difficulté (nouvelle mise cause nécessaire, documents manquants, avis sapiteur nécessaire...) de solliciter l'expert afin qu'il adresse aux parties une note de synthèse ou un pré-rapport et ce afin d'éviter que ne se multiplient les mesures de complément et de contre-expertise qui sont encore trop nombreuses devant les Commissions et pourraient être le plus souvent évitées si les conclusions des experts pouvaient être discutées directement avec eux plutôt que directement et sans préalable devant la Commission, une fois le rapport déposé.

En matière pénale, la procédure du pré-rapport d'expertise n'existait pas jusqu'à la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007. Cependant, la notification par le juge d'Instruction désigné des conclusions d'expertise aux parties et aux avocats des parties, permettait à ces derniers, non seulement d'en prendre connaissance, mais également de faire des observations écrites dans un délai fixé par le code de procédure pénale, auxquelles pouvaient s'ajouter des demandes de complément ou de contre-expertise. Comme nous l'avons vu précédemment, depuis le 1^{er} juillet 2007 (date d'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007), la pratique du pré-rapport a été consacrée par le législateur sous le nom de « rapport d'étape ». Si ce rapport provisoire reste une faculté pour le juge d'instruction de le demander à l'expert, il apparaîtra souvent utile que les parties en fassent la demande dès qu'elles seront informées de la décision ordonnant l'expertise en application de l'article 161-1, ce qui permettra, le moment venu de présenter des observations qui seront prises en compte dans le rapport définitif.

4.3. CONTRE-EXPERTISE ?

Dans le cadre des procédures amiables diligentées par les Commissions Régionales de Conciliations et d'Indemnisations, il faut avoir à l'esprit que les parties ne disposent pas de l'étendue des moyens de contestation disponibles dans le cadre d'une procédure judiciaire. A titre d'exemple, il n'y a pas d'appel. Cependant, dans la pratique, il est tout à fait possible de contester le rapport d'expertise, que ce soit sur le fond ou sur la forme. Cette possibilité existe après le dépôt par l'expert de son rapport, au moment de la rédaction d'un mémoire en défense adressé à la Commission compétente. Il sera alors primordial de mettre clairement en évidence les insuffisances dans le raisonnement de l'expert ainsi que les contradictions dans ses conclusions. Il n'est pas rare en effet que s'estimant insuffisamment éclairés, les membres de la Commission décident d'ordonner un complément d'expertise, voire une mesure contre expertise confiée à des nouveaux experts.

Dans tous les cas, la Commission prendra en compte les observations formulées au nom du médecin, et celles de toutes les parties, pour rendre son avis. Il convient de se souvenir que le rapport d'expertise ne fait pas la décision, il éclaire seulement la Commission dans l'élaboration de ses conclusions.

Les procédures judiciaire, civile, administrative ou pénale, prévoient, quant à elle, de nombreux moyens de contestation pour les parties. Cela s'applique aussi aux opérations d'expertise. Demander un complément ou une contre expertise, suppose que les arguments du demandeur (à la mesure d'expertise) soient fondés juridiquement et/ou scientifiquement et suffisamment convaincants pour être acceptés par le juge d'instruction ou le Tribunal qui devra être saisi au fond de cette demande qui, contrairement à la première mesure d'expertise, ne pourra être ordonnée par le juge des référés (juge de l'évidence). Le simple fait d'être en désaccord avec l'expert (une partie l'est forcément) est le plus souvent un argument insuffisant. En d'autres termes, l'appréciation de l'utilité ou de la nécessité d'un complément d'expertise ou d'une contre expertise relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

CONCLUSION

Gardez à l'esprit que la préparation de l'expertise commence par la bonne tenue du dossier d'anesthésie et la nécessité absolue d'en conserver une copie lorsque le déroulement du séjour du patient, les conséquences de l'intervention chirurgicale qu'il a subie ou de l'anesthésie elle-même risque un jour de donner naissance à un litige.

Gardez à l'esprit que le temps de la préparation de l'expertise est un temps clé du dossier contentieux et écoutez vos conseils car c'est à l'expertise que le plus souvent sera joué le sort du dossier.

En effet et bien que le rapport d'expertise ait pour vocation d'éclairer le magistrat sur les aspects techniques spécifiques de l'affaire et bien que l'expert ne soit pas le juge et le rapport d'expertise, pas la décision, ce document aura nécessairement, compte tenu de la spécificité des questions qui sont posées à l'expert et qui sortent du domaine de compétence du juge, une influence incontestable sur la décision du juge.

On dit que « l'expertise ne tient pas le juge » mais on dit aussi qu'il vaut mieux prévenir que guérir et le travail de prévention en l'occurrence est l'ensemble des moyens que vous vous donnerez pour faire admettre à un expert que vous avez agi conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science au moment des faits litigieux.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Article « Comment gérer une expertise en responsabilité en anesthésie réanimation Annales françaises d'Anesthésie et de Réanimation 27(2008) 355-362)) Manouil, Montpellier
- « L'Expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel » 2^{ème} édition J. Hureau, D. Poitout ; Masson
- « L'expert, l'expertise médicale » André Lienhart, Expert près la Cour de cassation
- Code de procédure civile
- Code de procédure pénale
- « La Répression de l'indifférence sociale en droit pénal français » Emmanuel Lemoine 2002 publié par l'Harmattan.