

## L'expert, l'expertise médicale

A. Lienhart\*

*Expert près la Cour de cassation*

*Département d'anesthésie-réanimation. hôpital Saint-Antoine, 184, rue du Faubourg Saint-Antoine, 75571 Paris cedex 12, France*

(Reçu et accepté le 26 juin 2001)

L'expertise se situe à l'intersection de deux mondes différents : le médical et le juridique. Elle vise à aider la transcription dans le code du second d'événements survenus dans le premier. Formellement, elle est une réponse à une série de questions posées par un magistrat, qui n'est pas tenu par ses conclusions. Concrètement, elle est de la plus haute importance et c'est pourquoi il importe d'en comprendre les mécanismes et les enjeux, pour s'y préparer.

### LE CADRE JURIDIQUE

Dans le système juridique français, fondamentalement différent du système anglo-saxon, il n'existe pas un expert pour (i.e. payé par) le médecin et un expert contre lui (i.e. payé pour cela), tous deux s'affrontant à la phase finale de la procédure devant un jury populaire. Cette image, véhiculée par le cinéma et la télévision d'origine anglophone, est celle d'un système reposant sur un équilibre de forces, un peu comme une voûte gothique. Notre système, d'origine romaine, a pour pilier la sagesse d'un homme, le juge, pouvant disposer de nombreuses aides, dont celle des experts. Le magistrat désigne l'expert, fixe les questions auxquelles celui-ci doit répondre, les délais, les indemnités. Il est fréquent que l'expert ne soit pas seul, par exemple lorsque le recours à plusieurs spécialistes est nécessaire, mais le rapport d'expertise n'en est pas moins unique, c'est-à-dire que les éventuelles divergences entre experts doivent être réglées avant de transmettre le rapport au magistrat. S'il y a désignation d'un « collègue d'experts » (cf. infra), ses membres sont priés de se mettre d'accord

avant de remettre leur rapport au magistrat, pour qu'il puisse y voir clair.

Les enjeux et le déroulement de l'expertise dépendent de la procédure engagée. Ce choix revient au plaignant, ou son représentant (avocat). Ceci explique que le même problème médical, par exemple un décès postopératoire supposé relatif à l'anesthésie ou la réanimation, puisse faire l'objet, tantôt d'une procédure d'indemnisation (civile ou administrative selon le mode d'exercice du praticien), tantôt d'une poursuite pénale. Si les deux procédures sont engagées, la seconde prime sur la première.

En cas d'exercice privé, le lien existant entre le patient et le médecin est de type contractuel. Le patient devant régler des honoraires au praticien, celui-ci est tenu de mettre en œuvre des moyens pour concourir à l'amélioration de sa santé. C'est « l'obligation de moyens », qui s'oppose à l'autre type d'obligation contractuelle : « l'obligation de résultat ». Si le patient ou ses ayants droit estiment que le contrat (tacite) n'a pas été rempli, il peut demander l'indemnisation des dommages subis, en apportant la preuve de ce qu'il avance. Il existe une procédure « d'urgence », le référé, permettant de prendre des mesures conservatoires. Cette notion de contrat explique que, généralement, les comptes sont demandés exclusivement au médecin, non à l'infirmier, même s'il est mis en cause. Dans tous les cas, le demandeur doit signifier à celui qu'il attaque en justice qu'il met en œuvre une telle procédure. À moins que le demandeur ait préalablement manifesté son intention, c'est ainsi que le praticien prend connaissance de la procédure engagée. Le praticien est nominalement désigné. Mais

\* Correspondance et tirés à part.

Adresse e-mail : andre.lienhart@sat.ap-hop-paris.fr (A. Lienhart).

sa probité n'est pas mise en cause ; il lui est demandé d'assumer, par l'intermédiaire de sa compagnie d'assurance, les conséquences dommageables de ses actes. La situation ressemble beaucoup à ce qui se passe en cas d'accident de voiture. La compagnie de celui qui est reconnu avoir causé le dommage règle les indemnités. La situation est loin d'être agréable pour le praticien, mais elle ne l'est pas non plus pour le patient ou sa famille et c'est en définitive un problème d'assurance. Tel est l'enjeu.

Dans son déroulement, la procédure est dite « contradictoire ». C'est-à-dire que chaque partie doit disposer des mêmes documents que l'autre, assister aux mêmes réunions. Concrètement, le médecin reçoit une lettre recommandée du plaignant, puis une notification de la désignation de l'expert par le tribunal. Il doit alors (ou son avocat ou sa compagnie d'assurances) adresser à l'expert et à l'autre partie la photocopie des documents utiles, cependant que le patient (ou son avocat ou sa famille) fait de même. L'expertise a lieu en présence de la famille plaignante et de son avocat ; de façon symétrique, le médecin peut se faire accompagner de son avocat et du médecin-conseil de sa compagnie d'assurances. Souvent, chaque partie sera destinataire d'un exemplaire du projet de rapport d'expertise, auquel il devra répondre dans un délai donné. Le rapport final, tenant compte de ces remarques, est adressé au tribunal et aux parties. Compte tenu des sommes généralement importantes en jeu, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent. Après le jugement, il est possible de faire appel devant la cour d'appel. Le recours ultime est la cour de cassation (chambre civile), qui ne statue que sur le problème juridique et non sur le fond de l'affaire. Si le jugement est cassé, en raison d'une mauvaise application de la loi, le fond est rejugé devant une autre cour d'appel.

En cas de réclamation d'indemnisation pour un accident survenu dans un hôpital public (hors éventuelle activité privée du médecin), ce n'est ni le praticien, ni son service qui sont mis en cause, mais l'hôpital lui-même. Le patient est un « usager » du service public, et le tribunal apprécie si ce dernier a correctement fonctionné. Le tribunal compétent est le tribunal administratif, avec une possibilité d'appel auprès d'une juridiction spécifique. L'instance suprême est le Conseil d'État (autrefois ce dernier remplissait les deux fonctions, d'instance suprême et de juridiction d'appel). Le chef de service du praticien est généralement informé de la procédure par l'administration de l'hôpital et c'est ainsi que le praticien ou l'infirmier peut apprendre qu'une action a été engagée. Les règles sont en gros les mêmes que pour le civil, à quelques détails près. Il existe néanmoins certaines évolutions récentes (notamment l'arrêt Bianchi, étendu à l'anesthésie-réanimation par

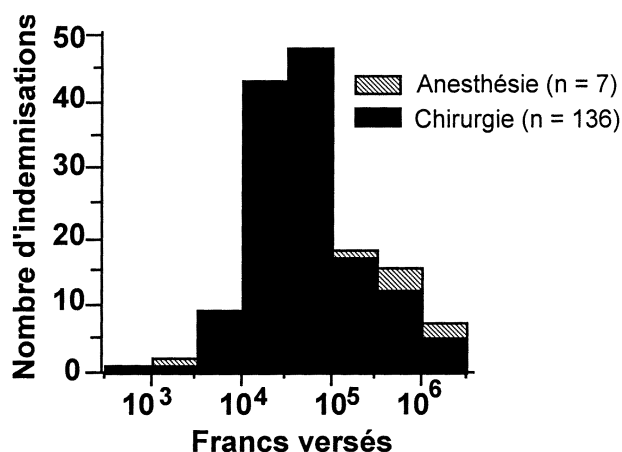
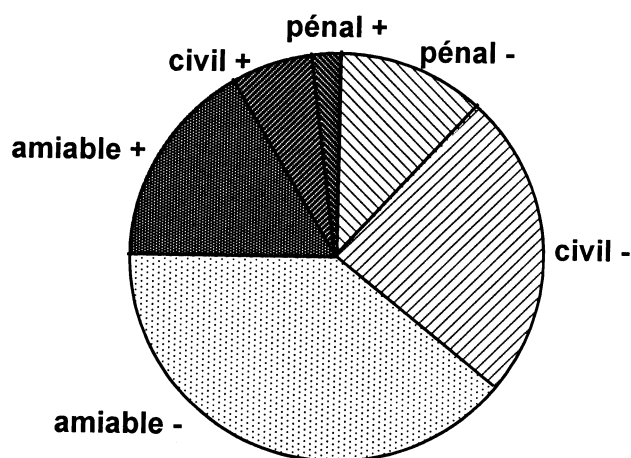


Figure 1. Réclamations indemnifiées à l'AP-HP entre 1977 et 1994, en chirurgie et en anesthésie.

l'arrêt Mehraz), dont l'analyse sort du cadre schématique de cet exposé. On ne peut empêcher le praticien ou l'infirmier de se sentir concerné mais, d'un point de vue juridique, il ne l'est pas. En cas de condamnation, son nom ne sera pas cité, mais celui de l'établissement (par exemple, à Paris, l'AP-HP). La procédure est également « contradictoire ». Mais une différence importante est qu'ici tout le processus a lieu entre le plaignant et l'hôpital. Le médecin ou l'infirmier, parce qu'il n'est pas visé, n'est pas nécessairement tenu au courant du développement de la procédure, ni de son résultat. Il est souvent entendu, mais à titre de simple témoin. Sa déclaration peut influencer le résultat final, en faveur de l'hôpital ou de la famille du plaignant, mais ce résultat est sans conséquence juridique pour lui. Il n'existe pas de statistique propre au contentieux administratif, mais une étude conduite à l'AP-HP il y a quelques années a plutôt mis en évidence sa relative rareté en anesthésie, avec une fréquence élevée d'indemnités importantes (figure 1) [1]. Noter, pour l'anesthésie, le faible nombre et la proportion élevée d'indemnités importantes ( $p < 0,002$ ) [1].

La procédure pénale est mise en route par toute personne qui a la notion qu'une infraction au code pénal a été commise. C'est généralement le patient ou sa famille. Mais le procureur de la République peut l'enclencher à partir de toute source d'information (décès dans une maternité, mort suspecte). L'expert médical peut être désigné, soit par le procureur, pour lui permettre de décider s'il y a lieu d'instruire (« enquête préliminaire »), soit et plus souvent par le juge d'instruction après que le procureur a décidé d'instruire, notamment sur la vue du rapport d'autopsie et du rapport de police judiciaire. Dans ce cadre, la procédure n'est pas contradictoire mais inquisitoire, et son résultat n'est connu que du magistrat, de la partie civile et des



**Figure 2.** Résultat de 5 591 dossiers d'assurance clôturés [d'après J. Pouletty in (2, 3)].

+ signifie qu'il y a eu réparation ; - signifie le contraire

personnes éventuellement mises en examen. C'est-à-dire qu'il est possible que le médecin ou l'infirmier n'apprenne que par la convocation de l'expert, des années après les faits, qu'une procédure pénale est en cours. Entendu comme témoin, il n'est pas assisté par un avocat et n'est destinataire d'aucun rapport d'expertise : si le médecin ou l'infirmier est mis hors de cause, il ignorera tout de l'autopsie médico-légale et de ce qu'a écrit l'expert. Seule sa mise en examen lui donne accès au dossier, dans le cadre général des droits de la défense. Cette procédure est parfois présentée comme préférable pour les plaignants, car elle permet de saisir le dossier, les familles reprochant la difficulté d'accès à celui-ci, et elle est gratuite. De fait, cette gratuité ne comprend pas les honoraires de l'avocat. Surtout, le risque d'échec est plus grand pour le plaignant car, si le lien de causalité exigé n'est pas nécessairement direct, le niveau de la faute retenue est plus élevé [2]. Concrètement, tout se passe comme si la justice était plus exigeante pour condamner un médecin et plus encore une infirmière à la prison, même avec sursis, que pour ordonner une indemnisation financière. En tout cas, c'est ce que font apparaître les statistiques des compagnies d'assurance (figure 2) (J. Pouletty [2, 3]). Noter que la proportion d'affaires indemnisées est supérieure au civil comparé au pénal.

En résumé, le choix de la procédure dépend de celui qui s'estime victime. Il fixe les enjeux, le type de questions posées à l'expert, les modalités de l'expertise et influence, au moins de façon statistique, le résultat.

## L'EXPERT MÉDICAL

C'est un médecin désigné par le juge pour répondre à ses questions. À qui le juge pose-t-il ces questions ? La

réponse est : à qui il veut. Ce peut être un médecin légiste, un généraliste, un cardiologue, un chirurgien, un anesthésiste-réanimateur, un réanimateur médical, un infectiologue... Le plus souvent, deux experts sont désignés : l'un plus particulièrement entraîné à l'expertise (légiste), l'autre plus technique, plus spécialisé (anesthésiste-réanimateur ou réanimateur médical dans notre domaine). Il est des cas où il n'est pas fait appel à un expert spécialisé par manque de disponibilité dans la région, mais la fréquence des demandes de contre-expertise dans ces circonstances tend à les limiter. Si la mission l'y autorise, l'expert peut faire intervenir à ses côtés un « sachant », c'est-à-dire un spécialiste d'une discipline différente de la sienne. Lorsque l'affaire est particulièrement complexe, d'autres experts spécialisés sont désignés par le juge : par exemple un médecin légiste (autopsie), un anatomo-pathologiste (histologie), un cardiologue (arrêt cardiaque), un toxicologue (dosage des médicaments), un chirurgien, un anesthésiste-réanimateur... On parle alors de « collège d'experts ».

Dans tous les cas, le choix de l'expert par le juge est plus fondé sur la confiance qu'il lui fait que sur sa liste de « Titres et Travaux », même si celle-ci peut être un des éléments de cette confiance. Il ne choisit pas nécessairement le meilleur. Nous-mêmes savons qu'une telle liste ne témoigne que de l'intérêt porté par d'autres (au travers des comités de lecture) à ce qu'ils ont écrit et que ce n'est pas un garant absolu de la sincérité des personnes, voire de leur compétence clinique dans des domaines concrets précis. Il est clair que la compétence est un élément indispensable de la confiance du juge, puisque c'est un avis technique qu'il recherche, mais il s'en remet au milieu médical pour juger de cette compétence et ce n'est pas le seul critère de son choix. La réponse claire à d'autres missions intervient notablement. Concrètement, si un nom ne lui vient pas spontanément à l'esprit, le juge le cherche habituellement dans la liste des experts près la cour d'appel de la région ou, s'il souhaite « dépayser » l'affaire, sur la liste agréée par la cour de cassation, qui est nationale.

Ces listes sont établies en fin d'année. Les demandes d'inscription doivent être déposées avant le 1<sup>er</sup> mars et comprendre : une lettre de candidature adressée au procureur de la République du tribunal de grande instance du domicile personnel ou professionnel du candidat, une fiche d'état civil, un curriculum vitae très détaillé, une liste des publications, une liste des expertises déjà réalisées (en ayant prêté serment), une copie des diplômes, et diverses attestations. Une enquête des Renseignements Généraux complète le dossier. Le procureur vérifie les conditions d'âge (< 70 ans), de qualification et d'indépendance, puis recueille l'avis des assemblées générales des tribunaux du ressort. En fin

d'année, l'assemblée générale de la cour d'appel dresse la liste des experts. Ceux-ci doivent prêter serment « d'apporter leur concours à la justice, d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de leur donner leur avis en leur honneur et leur conscience ». La réinscription a lieu sans qu'il y ait à renouveler la demande. Un expert peut être radié de la liste à tout moment, par exemple en cas de faute professionnelle grave, de refus d'une mission sans motif légitime ou de retard dans les délais fixés. L'inscription sur la liste nationale est à demander au procureur général de la cour de cassation. Elle requiert au moins trois années consécutives sur la liste d'une cour d'appel et est notamment fonction du nombre d'experts déjà inscrits, du nombre d'affaires à traiter et de leur difficulté.

Si, dans des domaines comme la médecine légale ou le dommage corporel, une formation particulière est nécessaire, c'est moins le cas pour des experts dans une spécialité telle l'anesthésie-réanimation ou la chirurgie. Il convient surtout de connaître certaines spécificités de l'expertise, en particulier la procédure. L'expert n'a pas à avoir de connaissances juridiques très poussées, car c'est un avis purement technique qui lui est demandé. Mais il doit savoir dans quel cadre se situe son action et, en particulier, ne pas ignorer qu'il ne peut se substituer au juge, qu'il n'a à proposer ni avis juridique, ni conciliation. Comme d'habitude en médecine, l'essentiel de la formation utile vient de la répétition des contacts avec des confrères fiables et compétents, génératrice d'expérience.

Une question souvent posée est celle de la compétence des experts. C'est évidemment un point délicat. Il est certain que les titres jouent un rôle, pour l'inscription sur la liste comme pour le poids qu'aura l'expertise par la suite. C'est l'élément « notoriété médicale ». Mais l'appareil judiciaire suit généralement le monde médical sur ce plan : il n'a pas ses propres critères techniques. Ses autres critères ne sont pas techniques : notoriété générale, fiabilité, honorabilité. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'enquête préalable des Renseignements Généraux. Le nombre d'affaires à traiter dans une discipline influence bien évidemment le nombre d'experts inscrits sur les listes.

La mise à jour des connaissances fait partie des obligations « morales » de l'expert, mais l'appareil judiciaire n'en demande pas de preuve. Là encore, il fait confiance au monde médical, auquel le monde judiciaire ne peut, et ne veut, se substituer. Il n'est pas exigé de bulletins d'inscription aux congrès de la SFAR ou de la SRLF, pas plus que le milieu médical ne l'exige avant une anesthésie ou une réanimation. Mais c'est un minimum.

Il peut en découler le sentiment qu'il existe une part d'aléatoire dans le choix de l'expert et, partant, dans le

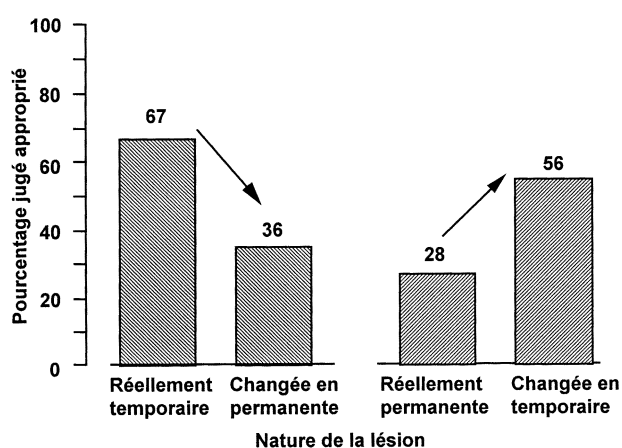


Figure 3. Effet de la sévérité des séquelles sur l'opinion des pairs quant au caractère approprié des soins [4].

résultat de l'expertise. Ce sentiment n'est bien sûr pas totalement infondé. Il existe de même une part de chance pour le patient qui se confie à tel praticien plutôt qu'à tel autre. Cette part d'incertitude est même probablement supérieure à la précédente. Si les experts ne sont pas nécessairement les meilleurs, on y retrouve rarement les pires et s'il est vrai que la notoriété médicale que possède nombre d'entre eux n'est pas un critère absolu, du moins réduit-elle statistiquement le risque.

Il reste que, même si l'on se place dans l'hypothèse d'un expert honnête, compétent, aux connaissances actualisées, il s'agit d'un homme, avec ce que cela comporte de subjectivité. Celle-ci peut être illustrée par la figure 3 [4].

Dans cette étude, randomisée, en double aveugle, 21 dossiers d'accident d'anesthésie réels ont été sélectionnés. Des dossiers identiques ont été reconstitués, à l'exception du résultat final : les séquelles définitives ont été changées en temporaire et réciproquement. Après répartition aléatoire des deux types de dossiers (original et modifié), ceux-ci ont été analysés par 112 anesthésistes, dont l'avis était demandé sur le respect des « standards » d'anesthésie alors que, par hypothèse, les conditions techniques étaient décrites de façon identique dans les deux types de dossiers. Il apparaît nettement que, en dehors de tout contexte juridique, puisqu'il ne s'agissait que d'une étude, les pairs ont tendance à estimer que plus l'issue est grave, moins les « standards » ont été respectés. En effet il est difficile, par exemple, de faire accepter par un pair neutre qu'un débranchement de machine n'a duré que quelques secondes, alors qu'il a entraîné un état végétatif persistant post-anoxique. L'expert, comme les pairs en général, se forge en conscience son opinion à partir des faits les plus indiscutables (ici le débranchement et la séquelle), de son expérience personnelle et de la littéra

ture médicale. Si une circonstance très particulière explique que le cas concret a quelque chose d'exceptionnel, mieux vaut que ceci apparaisse comme un des faits indiscutables sur lequel le raisonnement peut se fonder.

C'est pourquoi il est si important d'aborder l'expertise avec les dégâts les plus faibles possibles pour le patient, des documents écrits complets, et des attitudes correspondant de façon indiscutable aux « standards », par exemple aux « Recommandations de la Sfar » en matière d'anesthésie.

## L'EXPERTISE

L'expertise est avant tout la réponse à des questions que (se) pose le juge, elles-mêmes fonction de la procédure engagée par le plaignant. En matière civile, pour qu'une victime obtienne réparation, trois conditions sont nécessaires : un préjudice, une faute et une relation de cause à effet entre le préjudice et la faute, la charge de la preuve revenant au plaignant. Cependant, les mots n'ont pas le même sens pour tous. La faute, en matière de justice civile (visant à une indemnisation), n'a pas de valeur morale : ce terme vise à établir la responsabilité civile d'une personne, non à la condamner moralement. On cherche le responsable, pas le coupable. Le mot preuve n'a pas non plus le même sens qu'en médecine, dans le sens où nous disons, par exemple, que la mesure d'une PaO<sub>2</sub> basse est la preuve d'une hypoxémie. Il s'agit ici d'une « preuve » juridique. De ce point de vue, l'avis d'un expert peut avoir valeur de preuve, lorsqu'il écrit, par exemple, que telle technique d'anesthésie ou de réanimation était en l'occurrence ou n'était pas « conforme aux règles de l'art ». Enfin, le lien de causalité peut éventuellement n'être que statistique : c'est la notion de « perte de chance ».

En matière pénale, la même remarque vaut pour le mot « preuve », c'est-à-dire que les conclusions motivées de l'expertise en constituent une. Mais il existe de nombreuses différences. Le mot « faute » est ici chargé de tout son sens moral : au travers de la faute technique, le magistrat cherche à analyser le comportement social de l'individu. Ce qui motive la recherche n'est pas un préjudice, mais la possibilité d'une infraction au code pénal. Enfin, l'extension du lien de causalité n'est pas le même qu'au civil : la relation doit être certaine, et pas simplement statistique, mais elle peut n'être qu'indirecte, c'est-à-dire que le délit peut être constitué si la faute retenue n'est qu'une parmi d'autres des causes du décès ou des « coups et blessures ».

Il en découle que le magistrat ne se pose pas les mêmes questions dans tous les cas, donc qu'il ne pose pas les mêmes questions à l'expert. Ces questions sont en particulier guidées par le plaignant ou son avocat, parfois de façon directe parce qu'ils demandent au juge de

poser certaines questions précises à l'expert, toujours de façon indirecte, au travers du cadre juridique choisi.

Les questions posées figurent dans un document, appelé « mission ». Celle-ci peut être très large, avec un énoncé court tel que : « déterminer les causes de la mort ; indiquer s'il y a eu faute dans les soins prodigués ; faire toute remarque utile à la manifestation de la vérité ». Elle est souvent « standard », simple recopiage de ce qui est habituellement demandé dans une affaire de responsabilité médicale. La mission est parfois très précise au contraire, comme dans l'exemple du *tableau I*.

L'expert doit répondre à *toutes* les questions et ne répondre qu'*aux questions posées*. C'est l'adage : « que la mission, toute la mission ».

Concrètement, une fois qu'ils ont accepté leur « mission », les experts lisent les documents mis à leur disposition. Dans le cadre d'une procédure d'indemnisation, ces documents sont fournis par les parties, étant entendu que les deux parties doivent disposer des mêmes informations. Au pénal, ces documents comprennent d'une part la procédure pénale (procès-verbaux de la PJ), d'autre part les dossiers saisis par le juge et scellés, donc les originaux. Ainsi, dans le premier cas, le médecin conserve son dossier et n'adresse généralement que des photocopies. Dans le second cas, il n'a plus accès au dossier une fois que celui-ci a été saisi, à moins d'en avoir fait préalablement une photocopie. Cette précaution de photocopier peut être utilement étendue aux documents qui accompagnent le patient lors d'un éventuel transfert vers un autre établissement, car les discussions sur des pertes ne sont pas rares.

Après lecture des documents, les experts décident des témoins à entendre et les convoquent. L'expert n'a aucun pouvoir pour obliger ces témoins à se rendre à leur convocation. Mais il est conseillé de s'y rendre, sauf motif valable. Outre que l'impression donnée ne serait pas très favorable, le juge, éventuellement contacté par les experts, a lui ce pouvoir.

Les règles de l'audition des personnes varient en fonction de la procédure engagée. Au civil, la procédure contradictoire exige que les deux parties, accompagnées de leurs conseils, entendent les questions et réponses.

Au pénal, les règles de l'audition des personnes varient selon que certaines d'entre elles ont ou non été mises en examen (on aurait dit autrefois : « inculpées »). Lorsque ce n'est pas le cas, il n'y a que des témoins, entendus séparément, habituellement hors la présence de leur éventuel avocat. Si une ou plusieurs personnes ont été mises en examen, les experts ne peuvent les entendre sans précaution, car les droits de la défense doivent être respectés. Le juge d'instruction a le droit d'interroger la personne mise en examen, assistée de son avocat, à partir de questions posées par les experts, soit par écrit

**Tableau I.** Exemple de mission d'expertise.  
Noter qu'elle comporte des questions précises.

---

Tribunal  
de Grande Instance  
de ---  
*ORDONNANCE DE COMMISSION D'EXPERT*  
Cabinet  
DE M.---

Juge d'Instruction  
N ° Parquet : ---            Nous, ---, Juge d'Instruction au Tribunal de  
N ° Instruction : ---        Grande Instance de ---

Vu, l'information suivie contre :  
X  
de : *Recherche des causes de la mort*  
Vu, les articles 156 et suivants du Code de Procédure Pénale.  
Commettons M ---  
expert près la Cour d'Appel  
qui procédera aux opérations suivantes :  
*J'ai l'honneur de vous prier de bien vouloir procéder à la mission suivante :*  
1) *Prendre connaissance des pièces de la procédure notamment :*  
– *rapport d'autopsie pratiquée le --- par le Docteur ---*  
– *rapports complémentaires toxicologique (Docteur ---), histologique (Professeur ---)*  
– *procédure pénale*  
– *dossiers médicaux qui seront remis par un fonctionnaire de Police de ---*  
2) *Entendre tous sachants*  
– *médecins de la clinique*  
– *infirmières notamment du réveil*  
– *médecin ayant prescrit cette intervention chirurgicale*  
– *le médecin anesthésiste*  
– *témoins utiles*  
3) *Solliciter éventuellement toutes mesures complémentaires aux fins de :*  
*a : déterminer les causes de la mort de ---*  
*b : décrire précisément le déroulement des actes médicaux et chirurgicaux pratiqués de l'hospitalisation au décès constaté (différentes phases minutées).*  
*Dans l'hypothèse où les actes médicaux pratiqués ne paraissent pas conformes aux données actuelles de la médecine et de la chirurgie en faire part et*  
*fournir tous éléments utiles permettant d'apprécier si une faute technique a été commise (1), à quel niveau (2), par qui (3).*

---

dans leur rapport, soit oralement lors d'une audition en sa présence. Il peut également autoriser les experts à entendre hors de sa présence des personnes mises en examen, avec les mêmes droits de défense, donc en présence de leur avocat. Il est des situations intermédiaires, de personnes non (encore) mises en examen mais particulièrement visées, pour lesquelles la présence de l'avocat peut être requise.

Quelle attitude adopter à l'égard de cette épreuve, toujours traumatisante d'une certaine manière ? Il n'est évidemment pas possible de définir un « guide » à l'attention des personnes se rendant à une expertise. Mais il n'est pas inutile de rappeler quelques erreurs assez communes.

En préliminaire, 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. Cette préparation comprend d'abord la compréhension du type de procédure et de ses enjeux, afin d'éviter aussi bien une sous-estimation qu'une surestimation de ceux-ci. À titre d'exemple et au risque de se répéter, un recours au tribunal administratif ne concerne que l'hôpital, un procès au civil concerne plus l'assureur que l'assuré, une procédure pénale peut être déjà très avancée avant que l'expert entende le médecin. Il faut aussi prendre conscience qu'il n'est pas suffisant d'estimer qu'on est dans son bon droit, renforcé en cela par ses collègues : encore faut-il en persuader le juge et,

avant lui, l'expert. À ce titre, la meilleure préparation est de présenter l'affaire à un autre praticien que ceux de l'entourage direct. S'il est indispensable, au plan humain, d'en parler avec des collègues de confiance et, au plan administratif en pratique hospitalière, de tenir informé son chef de service, mieux vaut ne pas s'en tenir aux avis des personnes les plus proches, en raison des liens professionnels ou affectifs qui peuvent altérer leur objectivité. Il peut donc être utile de recueillir les conseils de quelqu'un de plus éloigné et ayant l'habitude de traiter ce genre d'affaires (son ancien patron, une personnalité indépendante et reconnue).

Ces considérations n'empêchent pas que la préparation à l'expertise commence peu après l'accident qui la motive [5]. Il faudra en effet que le dossier soit particulièrement complet, et non lacunaire comme on le voit encore trop souvent. Cette importance de documents de qualité est régulièrement rappelée par les experts [3, 6-8], allant jusqu'à avancer que la principale distinction entre le fait d'envisager des aspects « médico-légaux » et celui de n'envisager que des aspects médicaux réside dans les documents écrits [3]. Le dossier médical ne devra en revanche contenir que des faits, pas des opinions ou des commentaires. Cette remarque vaut pour tous ceux qui sont amenés, à un titre ou un autre, à écrire dans le dossier : anesthésiste, chirurgien, obstétricien, pédiatre, cardiologue, neurologue, réanimateur. La consigne est : « tous les faits, que les faits ». Si des hypothèses doivent être écrites, elles doivent être prudentes et argumentées, limitées à ce que nécessite la compréhension de la démarche médicale. Donc, à la question, « que faire au plan médico-légal en cas d'accident d'anesthésie ou de réanimation ? » la réponse est : écrire dans le dossier médical ce qu'on a constaté et fait, pourquoi on l'a fait, et vérifier que tout y est : feuille de consultation pré-anesthésique, feuille d'anesthésie, feuille de surveillance en salle de réveil, prescriptions postopératoires de médicaments et de modalité de surveillance, médicaments de la réanimation, observation médicale... Il faut bien prendre conscience qu'un dossier incomplet ne permet pas de préjuger favorablement de l'absence de négligence de la part du praticien. Surtout, ces lacunes offrent toute latitude aux experts pour combler mentalement le défaut de documents par ce que leur expérience leur fait pressentir. Un arrêt cardiaque peropératoire sans feuille d'anesthésie peut devenir dans le rapport ce que l'expert aura imaginé de plus probable. Un coma inexplicé d'un patient ventilé et sans chiffres répétés d'oxymétrie de pouls laisse la place à tous types d'hypoxie en rapport avec un défaut de ventilation. Il ne suffit pas d'avoir des appareils et de faire des mesures, encore faut-il les faire figurer à intervalles réguliers sur un document lisible. Sauf pour ce qui concerne la réanimation immédiate de l'accident (l'action primant

sur la rédaction), il n'est évidemment pas question de noter ces valeurs a posteriori, donc cette pratique doit être routinière.

Si le dossier risque d'être saisi, sa photocopie permettra de se remémorer les faits avant l'expertise.

Un autre point important est la rédaction, le jour même des faits, d'un compte rendu extrêmement détaillé des événements, en dehors du dossier médical, dans des notes personnelles. En effet, au bout de quelques jours les souvenirs sont moins précis, or l'expertise peut avoir lieu des années après les faits. La relecture, peu avant celle-ci, de ce qui a été noté le plus tôt possible après l'accident, est le plus sûr moyen de ne pas se contredire et d'éviter de se laisser influencer par les propos de personnes n'ayant pas pris de notes le jour même. La reconstruction des souvenirs avec le temps est constante. Seuls les documents y résistent : écrits du dossier, écrits des notes personnelles. La constance dans les déclarations, étayée par des faits, est un élément favorable, qui se prépare.

Une autre erreur consiste à imaginer que la faute d'un confrère ou d'un auxiliaire pourrait réduire la sienne. Ceci est doublement faux. Au plan juridique d'abord, les actes de chaque participant étant analysés. Au plan humain surtout : d'une part les familles perçoivent très vite un désaccord entre les médecins ou les membres de l'équipe ; d'autre part l'impression faite sur les experts de médecins ou d'infirmières qui « cherchent à se renvoyer la balle » est très fâcheuse. À chacun d'assumer ses actes, en toute confraternité.

La dernière erreur abordée est le défaut de rationalisation de l'ensemble de la démarche médicale. Certains se sentent coupables de tout, d'autres de rien, sans que ceci ait un effet prévisible sur l'issue de l'expertise, dans quelque sens que ce soit. En revanche, le fait d'expliquer sa pratique à partir de « Recommandations », de consensus ou de données bibliographiques simples, a constamment un impact plus positif qu'une phrase du type : « je fais toujours comme ça et je n'ai jamais eu d'accident ». Il n'y aurait pas d'expertise si un accident ne s'était pas produit, et le niveau actuel d'exigences de sécurité en matière d'anesthésie et de réanimation ne permet pas de se contenter de l'expérience individuelle. L'expérience collective, validée, est indispensable.

La phase suivante est la rédaction du rapport. Rapport unique, on l'a vu, même si les experts sont nombreux, de façon à permettre au juge d'avoir une vision claire de l'affaire. Le délai habituellement imparti est de l'ordre de trois mois, mais certaines affaires complexes peuvent nécessiter une prolongation, si le juge l'accorde. Dans sa forme habituelle, le rapport comprend un rappel de la mission et des faits, la description des documents analysés, les dires des témoins, une discussion et, en conclusion, la réponse aux questions, suivie

de la mention que « les experts certifient avoir personnellement effectué la mission qui leur a été confiée et déclarent le contenu du rapport sincère et véritable ».

En définitive, les règles d'un exercice de logique sont assez intangibles, similaires dans un article scientifique et dans une expertise. Dans un article, la conclusion ne peut s'appuyer que sur les résultats préalablement présentés ; dans un rapport d'expertise, la réponse aux questions ne peut faire appel qu'aux faits établis à partir des documents décrits et des dires des personnes entendues tels qu'ils sont relatés dans le rapport. C'est d'ailleurs pourquoi, il est en général assez vain de discuter une décision de justice sur un plan technique, d'anesthésie ou de réanimation, sans avoir connaissance de l'ensemble des éléments qui y ont conduit. Il ne sera donc pas donné ici d'exemple de conclusions, car cela n'aurait de sens que si l'ensemble des données était fourni. Inversement, on voit l'importance de l'erreur qui consiste à extrapoler à partir d'une décision de justice en s'appuyant sur des faits isolés de leur contexte. Car le contexte est l'essentiel. C'est ce contexte, ainsi que le type de question posée par le plaignant, qui permet de comprendre la décision. La Justice ne s'intéresse que de façon très indirecte à la pratique générale de la médecine. Ce qui l'intéresse, c'est de savoir ce qui a été fait à une personne précise dans les circonstances précises de l'accident. De plus, la Justice interroge le corps médical, au travers d'experts, sur ce qu'un médecin est censé habituellement faire en telle ou telle circonstance, ce n'est pas l'inverse. Le corps médical ne saurait demander à la Justice ce qu'il convient de faire techniquement dans ces circonstances : Elle n'en a pas la compétence. Il est des cas où les connaissances médicales sont incertaines, où il n'y a pas de consensus, où la réponse n'est pas évidente. Ce n'est pas une raison pour imaginer que l'appareil judiciaire peut apporter une telle réponse. En d'autres termes, dans ces cas, le juge dirait volontiers : « si vous ne savez pas, comment voulez-vous que je sache ? ».

La question qui se pose dès lors est : « les experts ne décident-ils pas parfois que l'on sait alors que l'on ne sait pas, n'établissent-ils pas des normes qui leur soient personnelles ou qui, exclusivement théoriques, soient concrètement inapplicables ? » À la limite, ne profitent-ils pas de leur situation d'expert pour tenter d'imposer ce qu'ils estiment devoir être *la* bonne pratique, mais qui serait irréaliste ou non communément admis ?

La tentation existe certainement, bien que le juge ne demande pas à l'expert d'exprimer son avis personnel, mais la façon de faire habituelle de la profession. L'expert doit donc faire la distinction entre ce qui est communément admis et ce qui reste débattu. Mais, nul n'étant parfait (ce qui s'applique aux experts comme au reste des praticiens), il n'est pas mauvais que des textes,

élaborés de façon consensuelle, permettent de distinguer ce qui est réellement consensuel de ce qui ne l'est pas. Pour prendre des exemples précis, les questions suivantes étaient régulièrement posées il y a quelques années : « un expert peut-il prendre position, à titre personnel, *contre* le retour au domicile d'un patient anesthésié le jour même ou *pour* la pratique systématique d'examen complémentaires préopératoires ? » La réponse est dans les « Recommandations de la Sfar », élaborées en grande partie à cet effet. Leur fonction n'est pas de « couvrir » les praticiens, car une telle couverture n'existe pas : chacun reste en toute circonstance responsable de ses actes. Leur fonction est précisément d'apporter la « preuve » que la pratique en question est licite, dès lors qu'elle est entourée des précautions mentionnées dans ces « Recommandations ». Leur fonction est donc de réduire l'arbitraire des experts, qui peuvent difficilement soutenir une thèse contraire à leur contenu. On peut constater, désormais, que l'argument « médico-légal » n'est plus guère avancé à l'encontre de l'anesthésie du patient ambulatoire, plusieurs années après la parution des « Recommandations de la Sfar » [9]. La question des examens complémentaires a demandé plus de temps, malgré les « Recommandations de la Sfar » [10] et la démonstration du caractère largement fantasmagorique de la préoccupation « médico-légale » [2, 3], mais les « RMO » ont fini par légitimer le changement d'attitude. À ce sujet, il n'est pas inutile de rappeler que le médecin ne peut utiliser les RMO – ou les « Recommandations » de la Sfar ou de l'Andem – pour justifier l'absence d'un examen utile au patient : ces textes permettent de justifier pourquoi, en l'absence d'un contexte évocateur – qui a été recherché par l'interrogatoire, l'examen du dossier et l'examen clinique – des examens complémentaires systématiques ne sont pas réalisés.

## DÉSACCORD AVEC L'EXPERTISE

La dernière question à aborder est : que faire si l'on n'est pas d'accord avec l'expertise ? Il est vrai que certaines expertises ont révélé des insuffisances majeures, y compris dans des affaires d'une exceptionnelle gravité [11]. Le premier conseil que l'on puisse donner à quelqu'un qui s'estime injustement mis en cause est de lui suggérer de ne pas assurer lui-même l'analyse critique de l'expertise : là encore, un tiers est indispensable, jouissant de sa confiance, mais de préférence sans lien affectif direct (cf. supra). Par ailleurs, s'il existe des « Recommandations » de sociétés savantes ou de l'Anaes, des Conférences de Consensus, justifiant l'attitude en cause, ce sont des arguments de poids. Il importe également de montrer la justification médicale de ses actes et de fonder l'argumentation sur des éléments écrits du dossier.



Enfin, l'avis de spécialistes ayant autorité sur des points précis peut être demandé. À ce sujet, il convient de souligner que, quelle que soit par ailleurs son autorité scientifique, ce « contre-expert officieux » n'est pas censé avoir eu accès à l'ensemble du dossier et, même si c'est le cas, le juge est en droit de soupçonner qu'on ne lui a pas fourni toutes les pièces, contrairement aux « experts officiels ». C'est pourquoi, s'il est toujours possible de demander une appréciation globale par oral, le document écrit éventuellement sollicité ne peut être, sauf cas exceptionnel, aussi général : il est préférable que ce soit une réponse précise à une question précise. En l'absence du dossier complet, la réponse n'a de signification que par rapport à la question posée.

En dernier recours, il est possible de demander une contre-expertise ou un complément d'expertise, que le juge peut toutefois refuser. Il existe au niveau de la contre-expertise une tendance à la confirmation, sans qu'il soit possible de savoir si la raison en est que la première expertise influence la seconde ou que la plupart des experts interrogés répondent de la même façon. En matière pénale, il arrive que le juge d'instruction demande aux contre-experts de travailler en aveugle, sans prendre connaissance de la première expertise afin d'éviter le premier biais, mais c'est rare. Enfin, la part d'aléatoire est la même que pour la première expertise et, plus que par la multiplication des expertises, la réduction de cette part de hasard passe par le préalable obligatoire qu'est l'existence de documents, écrits, de qualité : consultation, feuille d'anesthésie, prescriptions, dossier transfusionnel, observation médicale...

## CONCLUSION

### L'expert

Plutôt que de se plaindre de leur subjectivité, indéniable, il convient de :

- brider leur imagination par des documents figurant dans un dossier complet ;
- encadrer leurs opinions par des textes tels que ceux des sociétés savantes.

### L'expertise

Plutôt que de se plaindre de son caractère aléatoire, inévitable, il convient de le limiter par une préparation :

- juridique ( $\pm$  succincte) ;
- technique : relecture de ses notes rédigées le jour des faits, relecture du dossier dûment photocopié, avis d'un tiers indépendant.

Bref, comme pour l'anesthésie et la réanimation des patients, il reste une part de hasard, mais certaines formes d'activité professionnelle la réduisent considérablement. Il en est ainsi de la création et de la conservation de documents et du respect des « Recommandations » des sociétés savantes.

## RÉFÉRENCES

- 1 Lienhart A, Chigot JP. Le contentieux en rapport avec l'anesthésie à l'Assistance Publique - Hôpitaux de Paris. *Ann Fr Anesth Réanim* 1996 ; 15 : 215-9.
- 2 Thouvenin D. La responsabilité médicale. Paris : Flammarion ; 1995.
- 3 Lienhart A. L'expert, l'expertise. In : Les changements de demain. L'erreur ou la faute médicale en anesthésie-réanimation. JÉPU. Paris : Arnette ; 1994. p. 85-96.
- 4 Caplan RA, Posner KL, Cheney FW. Effect of outcome on physician judgments of appropriateness of care. *JAMA* 1991 ; 265 : 1957-60.
- 5 Lienhart A. Que faire au plan médico-légal en cas d'accident d'anesthésie ? Le point de vue du médecin. In : Les situations critiques au bloc opératoire. JÉPU. Arnette, Paris, 1996. p. 251-9.
- 6 Guilmet C, Frogé EC. L'expertise en anesthésie. In : La responsabilité médicale du médecin anesthésiste-réanimateur. JÉPU. Arnette, Paris, 1987. p 37-66.
- 7 Desmots JM. L'expertise dans l'accident d'anesthésie. In : Complications de l'anesthésie et aspects médico-légaux. Paris : Masson ; 1992. p. 181-9.
- 8 Haberer JP. L'accident n'arrive pas qu'aux autres : que faire ? Le point de vue d'un confrère. In : Communications scientifiques. Paris : Mapar ; 1994. p. 331-8.
- 9 Recommandations concernant l'anesthésie du patient ambulatoire. *Sfar* Septembre 1990.
- 10 Recommandations concernant la période préanesthésique. *Sfar* Septembre 1991.
- 11 Duroy L. L'affaire de Poitiers. Paris : Barrault ; 1988.