

L'expertise selon l'avocat de la victime

F. JEGU
(Rouen)

Mots clés : expertise médicale, assistance, ONIAM, accès dossier médical, doléances, griefs, dires, rapport d'expertise

INTRODUCTION

La place du patient et du médecin a toujours été complexe et a fait l'objet de bouleversements importants au XX^e et XXI^e siècles.

Alors qu'elle semblait placée sous l'égide du sachant et du malade, elle devient contractuelle avec l'arrêt de la Cour de cassation *Mercier* (20 mai 1936).

Il en résulte des droits et des devoirs de part et d'autre entre le malade et son soignant.

Avocat au Barreau de Rouen – Spécialiste en droit de la santé-responsabilité médicale
Site internet : jjbavocats.fr

Correspondance : francois.jegu@jjbavocats.fr

La modification importante de la société pendant les *trente glorieuses*, le nouveau rapport à soi-même, au temps libre, au vieillissement en bonne santé, enfin le culte, ou même la sacralisation du corps, ont modifié encore le rapport et l'exigence aux soins et aux soignants.

La société ne semble plus accepter l'atteinte au corps.

Le droit pénal a évolué sur le sujet, une volonté de l'État manifeste de ne plus laisser des dommages non réparés comme le montre le Fonds de garantie automobile, le Fonds de garantie des victimes d'attentats, des victimes de la vaccination pour les vaccinations obligatoires, la création de la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) et même du service d'aide au recouvrement des victimes d'infraction (SARVI).

Certains auteurs parlent ainsi du « *paradigme victimaire* » qui constitue l'impériosité de trouver une solution indemnitaire car la position de victime devient insupportable.

Le point culminant de cette évolution est la loi du 4 mars 2002 avec la création de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), la fixation d'un droit de la responsabilité médicale en dehors du contrat, une volonté manifeste de trouver une solution amiable ou juridique à toutes les conséquences des actes médicaux.

L'ONIAM prend donc une place extrêmement importante qui a d'ailleurs évolué depuis 2002.

Lorsque le risque est trop grand, lorsqu'il n'est plus, selon les pouvoirs publics, assurable alors on le déplace à son paroxysme du domaine de l'assurance vers le domaine de la solidarité.

Il s'agit du dispositif « anti-Perruche » qui est le point culminant de cette volonté indemnitaire en dehors du contrat et donc de la charge assurantielle par le dispositif dit « anti-Perruche ».

Il s'agit d'un des seuls domaines du droit français dans lequel l'exécution d'un contrat ne permet pas d'engager la responsabilité d'une de ses parties.

Ainsi le patient, qui parfois devient victime d'un dommage médical, a donc plus de droits pour se faire entendre, reconnaître et indemniser.

L'indemnisation devient alors concurrentielle entre le domaine de la responsabilité et de la solidarité.

Dès la loi du 30 décembre 2002, les infections nosocomiales graves sont prises en charge par l'ONIAM, ce qui assure une indemnisation complète des conséquences les plus graves.

À l'initiale, la jurisprudence était aussi en mouvement vers une prise en charge extrêmement large et globale des dommages médicaux par l'ONIAM.

Il y a aujourd'hui un revirement sous l'égide du Conseil d'État qui a défini de manière bien plus rigoureuse la notion d'aléa thérapeutique, rendant ainsi le champ d'intervention de l'ONIAM plus faible.

Le cœur de cette reconnaissance de responsabilité est l'expertise au sein du parcours amiable, de conciliation ou judiciaire.

L'expertise met en jeu deux parties sur un système à la fois accusatoire et inquisitoire.

En effet, les parties portent des argumentations et des pièces, l'expert cependant dirige les opérations, exploite les pièces, peut solliciter d'autres avis et compléments d'investigations et *in fine* rend un rapport qui s'impose.

Il convient donc d'étudier les conséquences de la place des victimes dans les expertises, en évoquant leurs droits et leurs devoirs.

I. L'ACCÈS AU DOSSIER MÉDICAL

Il est impérieux de rappeler que l'accès au dossier médical est aujourd'hui, selon les règles du Code de la santé publique (article L. 1111-7), un droit du patient.

Le patient peut donc demander à un établissement public son dossier médical, lequel doit lui être adressé dans un délai de 8 jours s'il a moins de 5 ans et de 2 mois s'il a plus de 5 ans.

Le patient peut solliciter auprès d'un chirurgien exerçant dans le domaine privé son dossier médical et auprès de la clinique dans laquelle il a été reçu son dossier de soins, lesquels sont parfois distincts.

Le praticien quant à lui ne peut disposer du dossier pour l'adresser à un autre praticien ou à un tiers sauf s'il s'agit évidemment de la poursuite des soins qui sont prodigués au patient.

Ainsi dans le cadre d'un contentieux ou d'une procédure amiable, il n'est en principe pas possible pour le praticien ou l'établissement de transmettre le dossier en dehors de l'accord du patient à un sachant, un assureur.

Lors de l'expertise, l'expert peut exiger la communication du dossier médical par le demandeur dès lors que ce dernier est pétri des droits de communication exhaustifs.

Avec l'accord du patient, l'expert peut solliciter auprès d'établissements ou de chirurgiens ou de médecins libéraux communication de pièces complémentaires.

Enfin la production de pièces médicales par le représentant d'un établissement de soins ou d'un praticien privé hors les pièces produites par la victime et hors une communication obtenue par l'expert en les formes légales ne doit en principe pas être possible.

II. LE PATIENT A LE DROIT DE SE FAIRE ASSISTER D'UNE PERSONNE DE SON CHOIX

La victime peut être assistée par un conseil juridique ou médical.

Il est rappelé que l'avocat est, selon la loi et son serment, pourvu d'un mandat *ad litem*.

Cela signifie qu'il n'a pas à justifier du mandat qui lui a été confié par son client.

Toutes les autres parties doivent faire état du mandat ou de l'accord de leur mandant.

Lors des opérations d'expertise, il est laissé à la discrétion de l'expert la présence d'un tiers sollicité par la victime (mari, épouse, enfant, proche) ; cela est souvent accepté dès lors que la présence de ce tiers révèle un intérêt pour exposer les faits et soutenir la demande du patient.

III. LA VICTIME A LE DROIT D'EXPOSER LES FAITS, LES GRIEFS ET LES DOLÉANCES

Le débat contradictoire tenu lors de l'expertise doit permettre à la victime d'exposer en ses mots et ses termes les faits qui l'ont amenée à solliciter une telle mesure.

Cet exposé est absolument nécessaire et même impérieux afin de permettre à l'expert de disposer d'éléments sur la nature de l'information qui a été donnée à la victime, son degré de compréhension et les

éléments techniques et factuels qui ont été réellement retenus par le patient.

De la même manière, cet exposé des faits permet de déterminer bien souvent les éléments qui ont été mis en place dans le cadre des suites opératoires et lors des soins après la sortie d'hospitalisation.

Il est important de rappeler que l'information que doit le praticien à son patient est rappelée à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique et doit porter sur les différents investigations, traitements, actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles, les autres solutions possibles, enfin, les conséquences prévisibles en cas de refus de soins.

Seul un interrogatoire précis permet d'acter de la compréhension de l'ensemble de ces éléments.

L'expertise doit aussi permettre d'exposer les griefs.

Il s'agit de recueillir les reproches que la victime expose à l'encontre des mis en cause (établissements de soins ou praticiens privés).

Ces griefs peuvent être repris par le conseil de la victime afin qu'ils soient ordonnés et explicités.

La victime a le droit d'exposer ses doléances.

Il s'agit de la description par la victime des conséquences qu'elle entend imputer au fait générateur, fût-il fautif.

Ces doléances doivent porter sur la sphère physique tout d'abord, s'appuyant sur l'examen médical puis sur la sphère sociale et familiale, enfin sur la sphère professionnelle.

La description des doléances et la retranscription précise de l'examen médical sont les clés d'une évaluation juste et précise des préjudices médico-légaux.

IV. LA VICTIME A LE DROIT DE DÉVELOPPER UN DIRE

Tout comme les médecins et établissements mis en cause, la victime a le droit de développer un dire dans le délai qui est fixé par l'expert.

Ce dire doit être adossé au rapport d'expertise, il doit y être précisément répondu.

Le dire est adressé de manière contradictoire, ce qui permet à chacune des parties de pouvoir exposer une argumentation contraire aux propos développés.

Le dire peut porter indifféremment sur les éléments de faits, de responsabilité ou de préjudices.

Le mécanisme des dires présente un avantage extrêmement sérieux, en l'espèce purger les difficultés avant le débat au fond afin de permettre d'avoir une vision extrêmement précise lorsque le dossier est évoqué devant les commissions ou les magistrats.

V. L'EXHAUSTIVITÉ DES TRANSMISSIONS ET SA LOYAUTÉ

La victime doit en principe adresser aux commissions et juges qu'elle saisit ou à l'expert son dossier médical de manière exhaustive.

Alors qu'il est pourvu du droit de disposer de ce dossier, il doit être collecté si possible présenté sous forme d'un bordereau, adressé à l'expert et à l'ensemble des parties de manière contradictoire.

Le patient doit être sollicité par l'expert en amont ou lors de l'expertise lorsque des pièces manquent afin qu'il les réclame et les adresse de manière contradictoire.

Cette obligation d'exhaustivité et de loyauté pèse aussi sur les établissements et médecins mis en cause dans le respect des dispositions du Code de la santé publique.

VI. LA VICTIME DOIT RESPECTER LE CARACTÈRE CONTRADICTOIRE DES DÉBATS

Ce principe impose à la victime d'exposer lors de la saisine de la juridiction ou des commissions un synopsis des faits, de dresser un bordereau exhaustif, l'adressant aux contradicteurs, d'exposer médicalement ses doléances et ses griefs.

Il s'agit de conditions essentielles pour l'établissement ou le praticien mis en cause afin de pouvoir précisément y répondre.

Ce débat contradictoire est assuré de manière plus rigoureuse lorsqu'un avocat est saisi par la victime.

Or, devant les commissions, l'avocat n'est pas obligatoire et il est souvent très compliqué pour la victime de comprendre le mécanisme et de la communication du dossier et du principe du contradictoire.

Les commissions de conciliation cependant sollicitent avant la saisine de l'expert un certain nombre de pièces afin que le dossier soit présenté de manière exhaustive.

Ce principe doit alors être présenté avec bienveillance au demandeur, lui permettant de le respecter selon un timing adapté.

VII. LE PATIENT EST SOUMIS À UNE MESURE DANS LE VERBE ET LE PROPOS

Le débat contradictoire lors de l'expertise ne peut souffrir d'invectives et doit porter précisément sur les faits qui sont exposés par la victime, leur qualité et ainsi le respect des bonnes pratiques.

Cette obligation de mesure et de réserve doit aussi être respectée par les parties mises en cause.

Lors de l'expertise, cette mesure dans le verbe est garantie par l'expert qui dirige les débats.

Il est d'usage de ne permettre de poser des questions qu'à l'expert qui les traduit pour chacune des parties afin d'éviter les rapports directs et ainsi les difficultés.

Cette description laisse apparaître une place importante pour les droits des victimes.

Il s'agit du renforcement de la place de la victime afin d'obtenir dans les expertises un débat équilibré.

Cela permet en principe de voir discuter lors des opérations expertales l'ensemble des éléments médicaux qui permettront à la commission saisie ou au juge de trancher.

La description de la place de la victime dans l'expertise n'est-elle pas le pendant de celle de la place du patient aujourd'hui dans la relation médecin-malade lors des soins ?

La bonne tenue de l'expertise est donc la condition *sine qua non* d'une décision juste et précise.

Déclaration publique d'intérêt

L'auteur déclare n'avoir aucun conflit d'intérêt.