

Le médecin en tant qu'expert

7.1 Généralités concernant l'expertise médicale

Lorsqu'un médecin agit en tant qu'expert, ce n'est pas le traitement médical mais la recherche de la vérité qui se trouve au centre de son activité. Ce faisant, ce n'est pas la défense des intérêts du patient qui est au premier plan, mais la réponse aux questions posées de manière neutre, au mieux de ses capacités et au plus proche de sa conscience.

Les assurances doivent souvent faire appel au savoir d'un expert médical pour déterminer leur obligation de verser des prestations; il en va de même pour les tribunaux lorsqu'ils ont à se prononcer sur des litiges juridiques. Il s'agit là notamment de questions concernant le rapport de causalité entre un accident et une atteinte à la santé, l'incapacité de travail ou l'incapacité de gain concrète d'un patient, la détermination du degré d'atteinte à l'intégrité d'une personne⁵⁶² ou de la question de savoir si une violation du devoir de diligence a été commise et, le cas échéant, si elle est à l'origine d'une atteinte à la santé.

La personne demandant une expertise et l'expert sont liés par un contrat de mandat. L'expert doit exécuter le mandat avec soin et personnellement: ceci est important non seulement au vu des compétences professionnelles requises, mais aussi en raison d'éventuels motifs de récusation que l'une des parties pourrait invoquer à l'encontre de l'expert. Ce dernier a droit à des honoraires qui devraient être fixés d'avance. L'expert exerce lui aussi la profession de médecin et doit dès lors bénéficier d'une autorisation d'exercer lorsqu'il agit sous sa propre responsabilité.⁵⁶³ Il doit aussi disposer d'une assurance responsabilité civile professionnelle⁵⁶⁴ suffisante, car il répond d'un manque de diligence non seulement sur le plan pénal⁵⁶⁵, mais également sur le plan civil.

Les compétences nécessaires à l'examen des questions posées font qu'il est impératif, selon les circonstances, de faire appel d'emblée à un groupe d'experts provenant de différentes disciplines. Si un expert souhaite l'avis d'autres spécialistes suite à son analyse approfondie, il doit en discuter avec le mandant.

562 Atteinte importante et durable à l'intégrité corporelle, intellectuelle ou psychique.

563 «L'exercice d'une profession médicale universitaire à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité requiert une autorisation du canton sur le territoire duquel la profession médicale est exercée» (art. 34 LPMéd). Le Tribunal fédéral a confirmé que l'activité d'expert exercée sans autorisation de pratiquer est formellement illicite, cf. ATF 8C 436/2012, cons. 3.4.

564 Il convient de s'enquérir de la couverture adéquate auprès de l'assurance responsabilité civile professionnelle.

565 Art. 307 CP; art. 318 CP; ATF 6B_99/2008 du 18 mars 2008.

L'expert doit être impartial. Par conséquent, il ne peut être ni ami ni ennemi ni parent des personnes concernées par la procédure. Il ne doit pas non plus avoir été impliqué auparavant dans le litige, que ce soit comme médecin traitant ou comme expert. Le fait de connaître l'autre ne signifie pas forcément perdre son impartialité, mais peut en donner l'apparence. Quiconque connaît des raisons qui pourraient faire douter de l'impartialité d'un expert, fait bien de les exposer ouvertement avant que le mandat ne soit attribué.

L'expert se prépare à un examen ciblé de la personne concernée sur la base du dossier et en prenant suffisamment de temps à cet effet. Il informe la personne qu'il exécute un mandat non thérapeutique. On attend de l'expert qu'il examine les faits médicaux en tant que spécialiste, sans préjugés, qu'il les évalue sur la base de ses connaissances professionnelles et de son expérience et qu'il tire les conclusions qui s'imposent.

Malgré la grande responsabilité qui est la sienne, l'expert médical n'est pas un juge. Il est important qu'il s'en tienne à la terminologie médicale usuelle et n'introduise pas dans ses conclusions des notions – supposées avoir la même signification – provenant d'autres domaines, en particulier des termes spécifiquement juridiques. L'expert doit uniquement répondre à des questions de faits, et non à des questions de droit. C'est ainsi qu'il doit se prononcer sur l'incapacité de travail d'un patient, mais pas sur l'incapacité de gain ou l'invalidité de celui-ci. Il ne s'exprimera pas non plus sur la question de la causalité adéquate ou de la responsabilité subjective dans une expertise consacrée à une faute de traitement; il s'exprimera en revanche sur la causalité naturelle et sur la question de la violation du devoir de diligence du médecin. En outre, on attend de lui qu'il utilise un langage compréhensible par tous et qu'il explique si possible les termes médicaux techniques dans son expertise.

L'expertise doit être clairement structurée et indiquer les éléments sur lesquels l'expert s'appuie (documents, entretien, imagerie, examens, littérature spécialisée, etc.). La différence entre les faits et les déclarations des parties doit clairement apparaître, par exemple au moyen du discours indirect. Les répétitions devraient être évitées car, souvent, elles ne sont pas formulées de manière identique et donnent lieu à de nouvelles divergences entre les parties.⁵⁶⁶

566 Afin de garantir une assurance de qualité, la SIM propose une formation d'expert certifié sous forme de modules et attestée par un certificat.

7.2 Valeur probante des expertises médicales et appréciation de la preuve

L'expertise doit servir le règlement du cas ou du différend. De ce fait, elle doit être claire, complète et pertinente. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de droit des assurances sociales, il est décisif pour la valeur probante d'un rapport médical que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne en considération les plaintes exprimées et qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse). La description du contexte médical et l'analyse de la situation médicale doivent être convaincantes et les conclusions de l'expert dûment fondées. En principe, l'origine d'un moyen de preuve n'est pas déterminante en matière de valeur probante, pas plus que le fait que l'avis déposé ou fourni sur mandat soit désigné en tant que «rapport» ou qu'«expertise».⁵⁶⁷

Les tribunaux apprécient librement les preuves. Toutefois, dans les procédures en matière d'assurances sociales, la jurisprudence du Tribunal fédéral limite le principe de la libre appréciation des preuves par l'établissement de directives en matière de preuves. Les différentes expertises médicales sont ainsi classées dans un ordre concret et leur valeur probante hiérarchisée.⁵⁶⁸

Il convient d'opérer une distinction entre expertises judiciaires, expertises externalisées en matière d'assurances, expertises internes en matière d'assurances, expertises établies à la demande des parties et rapports du médecin généraliste.⁵⁶⁹ En ce qui concerne les expertises demandées par les parties, la jurisprudence rendue en matière de droit des assurances sociales considère que le seul fait qu'une partie charge un médecin de donner son avis ne suffit pas à faire douter de la valeur probante de cette expertise.⁵⁷⁰ Cette valeur probante est toutefois réduite par rapport à celle des autres expertises (hiérarchiquement supérieures). L'expertise demandée par une partie oblige néanmoins le juge à examiner si celle-ci ébranle les avis et les conclusions exprimés sur des questions juridiques pertinentes sous l'angle juridique par l'expert désigné formellement par le tribunal ou, p. ex., par l'assureur-accidents au point de devoir s'en écarter.⁵⁷¹ En revanche, une expertise privée ne constitue pas un moyen de preuve dans une procédure civile. La jurisprudence rendue en matière de droit des assurances sociales dans l'ATF 125 V 351 ne s'applique pas au champ d'application du Code de procédure civile (CPC). Si

567 ATF 125 V 351, cons. 3a, p. 352 et la référence citée.

568 ATF 125 V 351, cons. 3b.

569 Cette énumération correspond au classement hiérarchique de la valeur probante, sur l'ensemble du sujet, cf. Marco Weiss, Beweiswürdigung medizinischer Gutachten im Sozialversicherungsrecht – kritische Anmerkungen, HAVE 2016 p. 417 ss.

570 ATF 125 V 351, cons. 3b/dd, p. 353.

571 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_892/2014 du 23 avril 2015.

les expertises privées sont admises dans le cadre des procédures civiles, elles ne constituent toutefois pas des moyens de preuve, et sont uniquement considérées comme des allégations des parties.⁵⁷²

L'expertise extrajudiciaire de la FMH occupe une position particulière. Conformément à la pratique, et contrairement aux autres expertises privées ou demandées par les parties, celle-ci se voit reconnaître une pleine valeur probante pour autant que l'expert l'ait établie sur la base d'informations exhaustives et qu'il n'existe pas d'indices concrets plaidant en défaveur de sa fiabilité.⁵⁷³

7.3 Expertises médicales pour l'assurance sociale

Pour déterminer si une personne a droit à des prestations de l'assurance sociale, par exemple de l'assurance-invalidité (AI), l'assurance sociale concernée doit obtenir les informations nécessaires.

Les assurances sociales se chargent d'office d'éclaircir les faits pertinents. Si nécessaire, l'assuré est tenu de se soumettre à des examens ou à une expertise. S'il ne le fait pas, l'assureur peut prendre une décision sur la base du dossier ou stopper son enquête et prononcer une non-entrée en matière.

Lorsqu'une expertise est nécessaire, l'assureur communique le nom de l'expert à l'assuré. Celui-ci peut refuser l'expert pour des raisons valables et faire des contre-propositions de remplacement. L'une des tâches principales de l'expert consiste à répondre à des questions concernant la causalité. L'exemple ci-après, relevant de l'assurance-accidents, permet de comprendre ce que l'on entend par causalité: l'assureur s'enquiert tout d'abord de savoir s'il y a un dommage – et si ce dommage est la conséquence naturelle d'un accident (causalité naturelle); il s'agit de déterminer si, sans cet accident, le dommage ne serait pas survenu, ou n'aurait pas eu lieu de la même manière ou au même moment.⁵⁷⁴

En matière d'appréciation de la causalité naturelle par l'expert, le degré de preuve appliqué dans le droit des assurances sociales est celui de la vraisemblance prépondérante.⁵⁷⁵ Lorsqu'on doit trancher entre deux ou plusieurs possibilités, l'état de fait vraisemblablement prépondérant est attribué à celui le plus susceptible de s'être produit. Selon la définition littérale du Tribunal fédéral, une preuve est

572 ATF 141 III 433, p. 435; cf. chap. 6.4.

573 Arrêt du Tribunal fédéral 4P133/1993 du 29 septembre 1993, cons. 2a. Au final, la reconnaissance et l'appréciation de l'expertise FMH en tant que moyen de preuve dépendent du juge concerné.

574 Ulrich Meyer, Die Zusammenarbeit von Richter und Arzt in der Sozialversicherung, BMS 26/1990; p. 1090 à 1094.

575 Dans le procès en responsabilité contre le médecin, le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante est aussi applicable à la causalité naturelle entre la violation (établie) du devoir de diligence et le dommage allégué. Cf. Regina E. Aebi-Müller, Die Dokumentationspflicht des Arztes, Haftpflichtprozess 2016, p. 33 ss, avec d'autres références.

considérée comme établie selon le critère de la vraisemblance prépondérante lorsque, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident en faveur de son exactitude, sans que d'autres possibilités n'entrent raisonnablement en considération.⁵⁷⁶

En sus, l'assurance-accidents exige un rapport de causalité adéquate pour verser ses prestations. Il faut donc examiner si le dommage n'est pas survenu seulement dans le cas examiné, mais s'il se serait aussi produit selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie. Toutefois, le rapport de causalité adéquate est une question juridique et constitue une notion qui ne doit pas être utilisée dans les explications fournies par le médecin.

Par souci d'exhaustivité et afin d'en améliorer l'intelligibilité et la transparence, les expertises médicales destinées aux assurances doivent être structurées conformément aux directives élaborées par les sociétés de discipline médicale⁵⁷⁷ et aux standards arrêtés par le Tribunal fédéral.⁵⁷⁸

Dans les cas complexes, l'AI peut recourir aux services de centres d'observation médicale externes (COMAI). Seuls les centres d'expertises médicales liés à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) par une convention sont habilités à établir des expertises pluridisciplinaires à l'intention des offices de l'AI.⁵⁷⁹ Afin de promouvoir une plus grande indépendance et de limiter la liberté de choix des offices AI⁵⁸⁰, il est exigé en outre, pour les expertises pluridisciplinaires, une attribution aléatoire du mandat d'expertise aux COMAI par le biais de la plateforme électronique «SuisseMED@P».⁵⁸¹ Les expertises mono- ou bidisciplinaires peuvent, comme par le passé, être attribuées aux COMAI ou à d'autres experts sans passer par «SuisseMED@P».⁵⁸²

576 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_397/2008 du 23 septembre 2008: dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'une vraisemblance de 51 % seulement ne suffisait pas à fonder une «vraisemblance prépondérante». Il n'a toutefois pas indiqué le pourcentage à partir duquel cette dernière devrait être admise.

577 Voir p. ex. les Lignes directrices pour l'expertise orthopédique de swiss orthopaedics. ATF 141 V 281.

578 Voir les exigences liées à l'expertise médicale conformément à l'ATF 141 V 281.

579 Art. 72^{bis} al. 1 Règlement sur l'assurance-invalidité (RAI).

580 Voir l'arrêt de principe ATF 137 V 210.

581 Art. 72^{bis} al. 2 RAI.

582 Cf. Gabriela Riemer-Kafka, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 6^e édition, 2018, p. 318 s.