

COMMISSION RÉGIONALE DE CONCILIATION ET D'INDEMNISATION DES ALÉAS MÉDICAUX

T.A. LIMOGES 9 JANVIER 2014

JCP. ADM. COLL. TERRITORIALES

8 SEPTEMBRE 2014, 2254, CONCLUSIONS MME BÉRIA-GUILLAUMÉE

*LOCAL COMMISSIONS FOR MEDICAL ACCIDENTS
(FRENCH LAW OF 4 MARCH 2002)*

Par **Gérard MÉMETEAU***

RÉSUMÉ

Une autorité scientifique médicale peut-elle dire des normes qui deviennent du droit ?

MOTS-CLÉS

C.C.I., Avis des spécialistes médicaux, Normativité des avis et consultation, Expertises.

ABSTRACT

Can a medical authority say law? What are the norms of the therapeutic decision?

KEYWORDS

C.C.I., Local commissions, Medical specialists, Consultations : medicine or law?, Expertises.

* Professeur émérite à la Faculté de Droit de Poitiers –
gmemeteau@wanadoo.fr

Ce jugement rendu le 9 Janvier 2014 par le Tribunal administratif de Limoges ne permet pas de sacrifier au « mythe du dernier arrêt » dénoncé par René Savatier ». Il sera peut-être dit, à la confusion des arrêtistes distraits, qu'il eût pu, s'il eût été répandu dans les doctes cénacles de la responsabilité médicale et de ses commissions, enrichir le débat sur l'usage ou le non-usage des expertises ordonnées par les CRCI/CCI, et sur l'expression des avis thérapeutiques et diagnostiques par les plus savants consultants.

Le premier enfant d'un couple décède quelques jours après sa naissance, le 8 Octobre 2009, au CHU de Caen. Une autopsie conclut le 1^{er} Novembre à la forte probabilité d'une hémochromatose périnatale, risquant d'affecter le fœtus qu'engendrerait ultérieurement la mère. Un traitement existant cependant, les parents choisissant d'avoir un second enfant, dont la grossesse commence en Février 2010.

Or, entretemps, le CHU de Caen avait pris l'avis de divers centres spécialisés, dont le Réseau d'études périnatales du CHU de Limoges, très notoirement connaisseur de ces pathologies. En accord avec ses praticiens une première injection d'immunoglobulines fut pratiquée le 7 Juillet 2010, alors que, le 5 Juillet, le Président du Réseau avait remis en cause le diagnostic, estimant que le décès du premier enfant n'était pas lié à cette hémochromatose périnatale, en

recommandant « de cesser les injections », ce qui fut fait. L'enfant – donc le deuxième – naquit le 9 Octobre 2010 et subit le même sort que son aîné (e), décédant le 15 Octobre. Le 22 Août 2011, les parents saisissent la CRCI de Basse-Normandie d'une demande d'indemnisation (art. L. 1142-7, R. 1142-13 CSP). La commission désigna deux experts (art. R. 1142-15-2 CSP), dont les conclusions lui permirent de juger le CHU de Limoges responsable à hauteur de quatre-vingt-dix pour cent de l'accident médical, mais l'assureur du CHU (SHAM) refusa contra legem d'adresser aux parents une offre d'indemnisation (art. L. 1142-15 CSP), l'ONIAM imitant cette attitude de refus (art. L. 1142-15 CSP), également contra legem. Il ne restait plus aux parents, en l'état de l'interprétation par l'ONIAM et les compagnies d'assurances, d'une part, la jurisprudence, d'autre part et en présence d'un texte (loi du 4 Mars 2002) ayant omis de donner effet aux avis des CRCI et ayant laissé aux instances payeurs, juges et parties, toute latitude de refus, arbitraire, de les respecter, que de saisir le juge compétent (administratif), recours si l'on peut écrire traduisant l'échec processuel de la loi. Ils invoquèrent à l'encontre du CHU de Limoges (son Réseau d'études des pathologies périnatales par allo-immunisation tissulaire materno-fœtale) la faute ayant consisté en un diagnostic erroné révélé par la lettre du 25 Juillet 2010 précitée, ayant entraîné la cessation du traitement par injection d'immunoglobulines, susceptible d'éviter dans la majorité des cas le développement de la pathologie. Le tribunal est sensible à cette argumentation et constate la faute alléguée. On écarte volontairement toute analyse des chefs de préjudice indemnisés. Simplement marquera-t-on un temps d'arrêt devant la réparation des préjudices personnels souffert par le bébé avant son décès entre le 9 Octobre et le 15 Octobre 2010 (douleur et troubles dans des conditions d'existence). Certes, un état d'inconscience n'est pas exclusif de l'indemnisation d'un préjudice (Cass. Civ.¹, 22 Février 1995, Dalloz 1996, 69, note cf. Chartier ; JCP. 1996, 22570, obs. cf. Dagorne-Labbé) ce qui témoigne de la persistance de la vie humaine et des droits fondamentaux usque ad mortem. Mais, quels sont ces troubles dans les conditions d'existence d'un bébé de sept jours ? Oui, une possession d'état – qui est une révélation d'existence – peut se constituer en quatorze jours (CA. Paris, 5 Février 1976, Dalloz 1976, 573, note Paire). Mais il n'y a là que compensation dérisoire des troubles affectifs des parents ! Et l'on sait à quels excès peut conduire cet élargissement du champ des indemnisations : l'angoisse devient un préjudice reconnu (même hors dossier de l'amiante) et même transmissible par la voie de l'action héréditaire

(CA. Fort-de-France, 18 Janv. 2013, Juris-Data 2013-019503). Oui, la peur est désormais frugifère ! Là n'est point le principal du jugement, il est vrai. Retenant la responsabilité du CHU de Limoges du fait de son Réseau d'études des pathologies périnatales, centre de référence ayant émis un avis sans avoir participé au traitement plus directement, il suggère qu'un émetteur d'avis peut commettre une faute, une imprudence dont lui ou une autre instance doit répondre, quoique cet avis ne soit à première vue que consultatif. Le jugement n'est pas moins intéressant en ce que, pour établir cette faute, il retient les éléments d'une expertise de CRCI (CCI désormais), ce qui n'allait peut-être pas de soi et s'insérerait dans une autre querelle.

I. L'ÉMETTEUR D'UN AVIS CONSULTATIF

L'on a pu constater « l'inflation des avis en droit » en s'interrogeant sur leur caractère décisoire ou consultatif (L'inflation des avis en droit, ss. dir. Th. Revet, Economica, 1998). Déjà, René Savatier avait relevé le rôle des donneurs d'avis (Les contrats de conseil professionnel en droit privé, Dalloz 1972, ch. 137) en observant que les conseils ès sciences exactes sont seuls à répondre de plein droit d'inexactitudes contenues dans leurs conseils (§ 34). Seulement, la médecine n'est point une science exacte. Elle est, disait Dupin en 1835, « conjecturale » et le demeure même lorsque l'avis est échangé entre professionnels, « initiés » écrivait encore le Doyen Savatier qui, lui, écartait alors la responsabilité : « par définition, l'initié qui prend sa décision, la pèse lui-même, et ses conseillers n'encourent pas la responsabilité incombant au professionnel du conseil » (§ 31).

A. L'avis responsable

Le Centre du CHU de Limoges consulté avait préconisé l'arrêt d'un traitement, à la demande du CHU de Caen. Il arguait du caractère simplement consultatif de son avis appuyé sur son diagnostic communiqué à l'équipe soignante après la mort du premier enfant, et avant la naissance du second, en cours de grossesse.

En premier lieu, l'on est ici sur le terrain de l'erreur de diagnostic. Le service de foeto-pathologie du CHU de Caen, celui d'anatomie pathologique de l'hôpital Bicêtre, le Centre de pathologie-Est des hôpitaux de Lyon avaient retenu, du moins non exclu, le diagnostic d'hémochromatose néonatale, ultérieurement confirmé par un « spécialiste mondial de cette maladie ».

Or, le Centre de Limoges avait exclu cette pathologie, estimant que les symptômes présents par le premier enfant n'en étaient pas caractéristiques. Il y avait donc conflit de diagnostics, supposant d'une part ou d'une autre une erreur. Or, l'erreur de diagnostic n'est pas fautive. Le diagnostic est un jugement, et des juges peuvent difficilement présumer fautif un jugement. Si un jugement est erroné, il y a appel ! Voire ! En médecine au chevet du patient, il n'y a pas d'appel, même si l'affaire tragique de Vincent Lambert a rappelé à ceux qui l'avaient oublié que la décision médicale trouve un juge dans l'immédiat (référé-liberté : v. déjà T.G.I. Paris-réf.-6 et 19 Mai 1987, JCP. 1988, 21130, nos obs). Il faut découvrir un retard de l'établissement du diagnostic, des examens hâtifs ou insuffisants, une absence de vérification des données, d'appel à un tiers qualifié en cas de doute (Cass. Civ.¹, 27 Novembre 2008, Dalloz 2009, 1304, obs. J. Penneau ; JCP. 2009, 10067, note L. Mordefroy ; E. Savatier : Les données de la responsabilité médicale à la fin du XXème siècle, thèse Lyon III, 18 Décembre 1998, n° 493) mais c'était contre ce tiers qualifié que l'on plaiderait. L'article L. 1142-1 § 1 CSP confirme cette exigence de la faute et l'on sait que, dans le cas particulier de l'article L. 114-5 § 3 C. action sociale et des familles, c'est même une faute caractérisée qui est recherchée.

Toutefois, la jurisprudence se montre plus sévère à l'encontre de ce tiers spécialiste dont les titres présument la connaissance et encouragent la confiance, le gardent des erreurs excusables chez autrui (on se permettra de renvoyer à : Traité de la responsabilité médicale, Et. Hosp. 1996, n° 72 et réf.).

En la cause, tous les éléments du dossier attestaient l'erreur commise par le Centre limougeaud, Centre de référence, spécialiste reconnu de ces pathologies, qui s'était, en l'affaire bien sûr, écarté des données acquises de la science, avait procédé à une appréciation erronée du rapport bénéfices/risques du traitement (même si le principe de précaution est un peu curieusement retenu par le tribunal).

En second lieu, s'il est aisé de viser le Centre de référence du CHU de Limoges en qualité d'auteur de la faute, et, par suite, de retenir la responsabilité du CHU dont il est un service, l'évidence s'obscurcit lorsque sont fautifs des groupes savants eux aussi émetteurs d'avis ou de consultations. L'on prendra pour exemple les comités dits d'éthique (v. Ch. Byk : L'irrésistible ascension des comités d'éthique (en France), Med. et Droit n° 118, Janv.-Fev. 2013, p. 9), voire les espaces éthiques (v. obs. in R.R.J. 2012-3, p. 1063). Si ces groupes sont dotés d'une personnalité juridique propre, ce qui ne ressort pas de la qualité d'autorité indépendante, leur

responsabilité leur demeure propre, institutionnelle. Ainsi, l'article L. 1123-1 § 2 CSP confère-t-il cette personnalité aux C.P.P., mais l'article 1123-7 in fine fait peser sur l'Etat, en cas de faute commise par le comité, la responsabilité, ce qui rompt le lien entre autonomie et responsabilité. Il est vrai que, l'Etat autorisant l'appropriation de l'Homme par la recherche, il se devait d'assurer les responsabilités de ses instances de contrôle de cette pratique. Il est non moins vrai que l'avis du CPP détermine la recherche (art. L. 1123-6 CSP) et que les responsabilités encourues par ses promoteurs et investigateurs ne peuvent être pesées à la lecture de l'avis (v. art. L. 1123-7 CSP). En revanche, si le groupe ne possède aucune personnalité, il est partie intégrante d'une institution scientifique, hospitalière, industrielle (pharmacie) et peut être vu comme un service de cette institution, quelle que soit la liberté intellectuelle de ses membres. L'avis émis est supposé, comme en la cause, celui de l'institution même si l'on évoque la responsabilité « du comité », la responsabilité de ses membres pour faute personnelle « détachable » étant sans doute à réserver. Ce semble être l'orientation du droit anglais (comités de recherche), pour manquement des membres à leur devoir de diligence envers les participants à la recherche, avec référence au standard du « membre responsable » (cf. M. Bernelin (<http://blogs.u-paris10.fr/blog/droit-de-la-responsabilite-%C3%A9>)). Dans les deux cas, il est difficile de juger cette responsabilité individuelle sans percer le secret de la délibération sinon de conserver des traces de celle-ci, surtout lorsque, comme au CCNE, la décision est prise sans vote mais par consensus. L'on peut s'inspirer d'un jugement rendu par la Cour supérieure du Québec, rendant l'hôpital responsable de l'imprudence de son comité de recherche, ayant minimisé les risques de l'aventure et sans sélection suffisante des participants (1989, R.J.9. 731, *weiss c/Solomon and the Jewish General Hospital*). Il n'y a pas responsabilité solidaire du comité **et** de l'hôpital, mais responsabilité de celui-ci seul (v. Ch. Byk et P. G. Mémeteau : Le droit des comités d'éthique, Eska. 1996, p. 130). Sans doute faudrait-il distinguer entre les responsabilités administrative et civile, selon l'ordre d'appartenance de l'institution, mais l'idée commune serait l'engagement immédiat de celle-ci, dont relève le comité dépourvu de personnalité autonome. On peut deviner, à l'expérience, des difficultés d'appréciation. Supposons, par exemple, que plusieurs hôpitaux (publics, pour simplifier) et/ou Ehpad constituent un comité commun, de fin de vie et/ou de conseil éthique. Supposons une défaillance de celui-ci (conseil prématuré de cessation de soins...), faudra-t-il rendre solidairement responsables les organismes fondateurs et

de support ? Partir du lien juridique du patient victime avec tel hôpital en particulier pour en déduire que le comité a agi en tant que service de celui-ci ? Supposons encore une carence d'un Espace éthique (art. L. 1412-6 CSP) ne possédant non plus aucune personnalité juridique. Engage-t-il la responsabilité du CHU auprès duquel il est « en lien » par la vertu de sa convention constitutive, même si le champ de ses possibles fautes est réduit, voire théorique ? Faut-il imaginer une insuffisance d'évaluation par l'ARS ? (arrêté du 4 Janvier 2012, art. 14). La question peut être posée. Elle ne dépend pas de la recherche de la normativité des opinions, recommandations ou avis exprimés par ces instances.

B. Une normativité ?

Si le CHU de Limoges a engagé sa responsabilité du fait de l'avis thérapeutique et diagnostique exprimé par son Centre, c'était par conséquence de la normativité reconnue à cet avis.

En premier lieu, il y a une question de principe. Peut-on devenir responsable du fait d'une norme, l'Etat pouvant l'être de la norme « supérieure » qu'est la loi, depuis le célèbre arrêt rendu le 14 Janvier 1938 par le Conseil d'Etat ? Il faudrait qualifier l'avis médical du Centre de « norme » pour donner un sens à la question. Mais, quand même il ne serait que suggestif, il serait intervenu dans le processus thérapeutique en suggérant fortement une conduite, une stratégie. Madame le Rapporteur public Béria-Guillaumée a exactement rappelé les engagements de responsabilité de la puissance publique du chef d'avis ou recommandations, en soulignant cependant l'exigence, en matière médicale, d'une erreur caractérisée, ce jusqu'où ne va pas le jugement rapporté (citant : Cons. Etat, Ass. 13 Mai 2011, Rec. p. 108). Mme le Rapporteur public ajoute n'y avoir point de précédent à l'encontre d'un service d'expertise, mais s'agissait-il d'une « expertise » stricto sensu, ou bien plutôt d'un conseil ? Le Centre de référence a, par la plume de son président, émis un avis ayant exercé une influence sur une stratégie thérapeutique, alors qu'une « expertise » apprécie la qualité et les conditions d'un acte accompli. Les normes de la décision médicale se sont multipliées (cf. J-C. Dosdat : Les normes nouvelles de la décision médicale, Et. Hosp. 2008, préface A. Lamboley) et ont paru prendre une allure décisive. S'agissant des R.M.O., des multiples bonnes pratiques, le droit médical et celui de l'Assurance-maladie ont conjugué, à bon droit ou avec un excès manifeste, leurs efforts pour imposer au médecin des conduites professionnelles

quasi-règlementaires.

La Haute Autorité de santé intervient dans cette préparation. Elle élabore et valide des recommandations de bonnes pratiques cliniques et des références médicales et professionnelles (C.S.P., art. L. 1414-2-2°), et établit en particulier les références médicales opposables (art. L. 162-12-15 C. Séc. Soc.). Juridiquement, il faudra se demander si les fruits de ces conférences auront la valeur d'usages techniques, ce qui aura des incidences en droit de la responsabilité civile. Tel est le sort imprécis d'autres normes thérapeutiques instituées par des sociétés savantes ou des instances officielles. Leur normativité scientifique, à la supposer certaine d'abord, est-elle, ensuite, transformée de plein droit en normativité juridique, ce qui constituerait une confusion entre deux ordres d'impératifs ? Une réponse positive n'est pas à écarter, mais ne s'impose pas non plus (v., par ex., C. Esper, B. Fervers, Th. Philip, « Standards, options et recommandations et responsabilités », *Médecine et Droit*, n° 45, Nov. Déc. 2000, p. 13 ; C.E., 12 Janvier 2005, A.J.D.A., 16 Mai 1008, note J. P. Markus, « Indications parmi les autres »), bien que l'on ait avancé l'idée d'une présomption simple d'efficacité des recommandations (F. Vialla, note sous C.E., 12 Janvier 2005, *Rev. droit et santé*, 7 Septembre 2005, p. 399). Le Conseil d'Etat a considéré que ses recommandations de bonnes pratiques (en l'espèce traitement médicamenteux du diabète de type 2) font grief et sont donc susceptibles de recours pour excès de pouvoir (16 Mars 2011, A.J.D.A. 4 Juillet 2011, p. 1326, concl. Landais ; veille IDS 120, 16/30 Avril 2011, p. 3 ; Dalloz 2011, p. 1287, At. ; JCP 2011, 945, p. 1569, obs. G. Eveillard ; note F. Tiberghien, ss. Trib. cont. incapa. Rennes, 18 Sept. 2014, A.J.D.A. 19 Janv. 2015, spéc. P. 53). Le Conseil d'Etat rapproche les recommandations de l'obligation de donner des soins conformes aux données de la science et intègre nécessairement les recommandations dans celles-ci. Elles ne deviennent pour autant « normatives » que si elles respectent les principes fondamentaux (rapprocher, Cons. Etat 7 Avril 2011, *Gaz. Pal.* 1^{er} Juin 2011, p. 29, note G. Baylocq : contrat type d'amélioration des pratiques, UNCAN ; Cons. Etat, 4 Octobre 2013, RDSS. 2013, p. 1080, obs. J. Peigné, *Recommandations de pharmacovigilance AFSSAPS*) (v. n° 335 infra). La loi du 29 Décembre 2011 a confirmé ce système (art. L. 161-38 C. Sec. Soc.). La doctrine a pu, non sans raison, s'interroger sur la finalité des données, et des procédures, de ces conférences et indications thérapeutiques tendant aux juges des « pièges » (G. Canselier, *Les données acquises de la science ; les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, th. Paris I, 3 Octobre

2006, spéc. P. 377 et suiv., note 1650 p. 382, 1653 p. 383). Et il est vrai qu'il n'y a là pas plus qu'une opinion parmi d'autres, selon le mot de F. Terré, cité par G. Canselier. On a noté que d'une « soft law », l'on passe à des actes administratifs, du reste élaborés par des experts, faisant grief (C. Masclet : Le statut juridique des recommandations de bonnes pratiques en matière médicale, LPA n° 187, 20 Sept. 2011, p. 7). Il est regrettable que le principe de liberté de prescription ne soit pas davantage rappelé. Le paradoxe veut qu'il l'ait été par la HAS dans son mémoire devant le Conseil d'Etat, lequel devait intégrer les recommandations parmi les données de la science à respecter par les médecins ! (V. Vioujas : Recommandations de bonnes pratiques de la HAS et principe d'impartialité. La salubre contribution du Conseil d'Etat à la prévention des conflits d'intérêts RGDM 40/2011, p. 211 ; L. Calendri : Le régime contentieux des recommandations de la Haute Autorité de santé, RGDM 37/2010, p. 285 ; F. Savonitto : Les recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé, RFDA 2012, 6 Juillet 2012, p. 471).

Il est devenu délicat d'apprécier un oubli des données acquises de la science. Lesquelles parmi toutes ? par ricochet, quelle source de responsabilité ? Quoi qu'il en soit, il apparaît, pour résumer, qu'en matière médicale, l'expression de conseils par un « spécialiste », individu ou institution, peut engendrer une responsabilité.

D'une part, ces conseils peuvent prendre diverses formes : avis, recommandations, consultations. D'autre part, ils peuvent émaner de comités dits d'éthique (Ch. Byk et G. Mémeteau, op et loc. cit). L'on prend pour exemple celui d'un comité « de fin de vie » (style affaire K. Quinlan) opérant en faveur d'une cessation de traitements ou de soins (la distinction, dont on a lu l'importance dans le dossier de Vincent Lambert, étant peut-être tout de même artificielle) alors que le patient conserve des chances de survie, peut bénéficier au moins de soins palliatifs. On peut imaginer encore un comité promulguant des normes de comportement (normes éthiques) s'avérant dommageables pour la communauté des malades... Nous avons retenu ailleurs d'autres hypothèses...

En second lieu, y avait-il en la cause un avis normatif ? Le Centre de Limoges plaide n'avoir rendu qu'un avis, à la demande du CHU de Caen, purement consultatif, et invoquait le principe de liberté de prescription affirmé par l'article R. 4127-8 CSP (et L. 162-2 C. Sec. Soc.), laissant le choix thérapeutique entre les mains de l'équipe soignante (v. développements in *Traité de Dr. médical et hosp. Litec*, fasc. 16 et réf). Il est exact que l'équipe de Caen demeurait, tous avis recherchés, libre de se retrancher derrière ce principe fondamental

(auquel toutefois les documents modernes (?) de droit de la santé ne se réfèrent plus guère). Ainsi un praticien n'est-il pas tenu par le diagnostic d'un précédent médecin (Cass. Civ. I, 30 Avril 2014, JCP. 2014, 718, p. 1225, note P. Sargos ; Gaz. Pal. 21/22 Mars 2014, avis A. Legoux ; C. Sup. Québec. 2002, RRA. 62, La bonté c/ Tanguay), même si, redisons-le, il est fautif de ne pas consulter un confrère plus spécialisé dans la pathologie en cause. Juridiquement, rien n'imposait à l'équipe de Caen de suivre l'avis de celle de Limoges, même si tout lui avait imposé de la consulter, ce qui était différent. En d'autres termes, la liberté de prescription du demandeur-receveur de l'avis pouvait paralyser la responsabilité du donneur d'avis.

Cependant, le tribunal considère la qualité scientifique particulière du Centre de référence de Limoges auquel a été confiée « une mission d'expertise de haut niveau scientifique. Son autorité scientifique confère à ses préconisations « une portée et une autorité faisant obstacle à ce qu'elles puissent être raisonnablement remises en cause par les praticiens qui l'ont consulté ». Raisonnablement, ils ne pouvaient s'en écarter, et Mme le Rapporteur public comprend que, au vu de la nature de cette structure de référence, le CHU de Caen « allait nécessairement se conformer à la préconisation... ». L'analyse peut être considérée comme fermant la porte à la discussion, à la controverse, scientifique. Comme il y eut des méthodes médicales « certaines » (art. 340-1 C. civil, loi du 3 Janvier 1972), il y aurait des diagnostics et des conseils thérapeutiques certains de par l'autorité de leurs auteurs, natione auctoritatis et de par le respect du corps médical récepteur de ces conseils dont la réflexion propre est marginalisée. Ceci peut s'élargir : est-on certain de ce que des CPP ou des comités d'éthique ne se réfugient pas derrière l'avis ou la recommandation du CCNE ? Après tout, le Conseil d'Etat en a fait, à bon droit, un de ses *Amici Curiae* ! quod principi placuit, legis habet vigorem ! Ceci est logique : s'il est fautif de ne pas consulter le spécialiste en cas de doute, il serait fautif de ne pas suivre son opinion, au moins de n'en pas tenir compte. Mais, en même temps, le procès atteste la fragilité du raisonnement : le spécialiste jugé le plus éminent, le moins faillible, peut errer en posant un diagnostic ne reposant sur des références publiées et en excluant la bonne conclusion. Le procès révèle qu'à-côté des normativités thérapeutiques réglementaires – mal conciliées avec la liberté de prescription – codifiant l'acte médical, s'imposent des normativités scientifiques de fait constitués par des mélanges de science, de déférence, de modestie et de confiance en autrui et en soi. Le respect dû aux Maîtres intimide-t-il le confrère moins

lauré ? Le sens critique se paralyse-t-il ? Ou bien, les avis et recommandations des Maîtres et Centre prestigieux ne deviennent-ils pas, pour leur constance et leur respect des usages – consensus *utentium approbati* – techniques et éthiques- en voie de se transformer en données acquises de la science ? On répondra qu'il y eut ici une erreur de diagnostic ; on répliquera que le risque en est constant ; que l'erreur peut même être féconde si elle bouscule des pratiques insuffisantes. Ce qui demeure important est que le jugement révèle l'existence de ces règles de fait et le péril de s'y référer avec sans doute une confiance excessive. Il est aussi que le jugement ouvre la voie vers des responsabilités de multiples instances consultatives, en suivant une jurisprudence rappelée par Mme le rapporteur public.

II. LA PREUVE DE L'ERREUR

A première lecture, le jugement n'appelle, quant à la preuve de l'erreur commise par le Centre de référence, aucune observation particulière, étant question d'établir une faute médicale technique. Toutefois, si l'on considère le dossier en son entier, il n'est point sans une intéressante originalité.

A. L'expertise médicale

Le juge n'est pas médecin (nos obs : Le juge ignorant la médecine ?, *Gaz. Pal.* 7/8 Février 2014), pas plus qu'architecte ni mécanicien. Lorsque se pose devant lui une question de technique, de responsabilité d'un technicien autre qu'un juriste, il ne peut découvrir les données de la science qu'avec l'aide d'un autre technicien, un expert (littérature abondante, dont : G. Canselier : Les données acquises de la science. Les connaissances scientifiques et la faute médicale, thèse Paris I, 30 Octobre 2006 ; N. Nevejans : La participation des sciences de la vie et de la santé à la décision du juge civil et pénal, thèse Lille 2, 25 Janvier 2000 ; O. Leclerc : Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science. LGDJ. 2005, préface A. Lyon-Caen ; V. Lasserre. Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance, Lexis-Nexis 2015, préface F. Terré, spec. p. 113). Pour établir la faute de diagnostic du Centre de référence, surtout sur un terrain scientifique aussi étroit, des expertises s'imposaient.

En premier lieu, en effet, le juge ne pouvait apprécier seul les procédés diagnostiques et leurs résultats (*Cass. Req.* 21 Juillet 1862, DP. 1862, 1, 419 ; le principe demeure actuel), et se contente, s'il y

en a, de recommandations ou de bonnes pratiques (*Cons. Etat.* 12 Janvier 2005, *AJDA* 16 Mai 2005, 1008, obs. J.-P. Markus ; cep. *Cass. Civ.*², 20 Décembre 2007, *JCP* 2008, IV, n° 1182, p. 51). L'affaire Vincent Lambert a confirmé, devant le Conseil d'Etat, cette nécessité de l'appel à des experts spécialistes (et à des *Amici Curiae*), qui est plus une règle de fond qu'une règle de preuve : ce n'est pas au juge – juriste – de dire l'état de la science médicale, de choisir dans un conflit d'écoles ou de techniques (au Québec, par ex. : *CA.* 5 Février 1982, *Philippon c/Turmel* ; 17 Avril 1984, *O'Hearn c/ Estrada et Kiss*). Ce n'est pas, du reste, sans ambiguïté. L'information scientifique reçue de la main des experts risque de devenir la norme de décision ; les données de la science risquent de passer en force de droit positif, ce que ressentent souvent quoiqu'à tort des praticiens. L'expert ne peut dire le droit (art. 238 C. P. Civ) ; il n'exprime que sa vérité scientifique. Elle influence le juge qui ne peut le contredire *proprio motu*, mais elle n'est qu'un des éléments de la construction du jugement qui, lui, dira la vérité juridique (v. C. Puigelier : *Vrai, véridique et vraisemblable*, in : *La preuve*, ss. dir. C. Puigelier, Economica, 2004, préface A. Plantey, avant-propos J. Foyer, p. 208), à supposer qu'existe une vérité juridique (cf. M. Boudot : *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse Aix, Janvier 1999). En second lieu, le tribunal administratif avait nourri son dossier d'importants éléments de preuve, à la hauteur, si l'on peut dire, de la réputation scientifique du Centre de référence défendeur. Est-il permis de recopier un considérant du jugement ?

« Considérant qu'il résulte du rapport de l'expertise diligentée par la CRCI et confiée au professeur M de l'hôpital Saint-Antoine, spécialisé en obstétrique, ainsi qu'au docteur B, chef de service d'hépatologie pédiatrique de l'hôpital Le Bicêtre, que s'agissant de la cause du décès de l'enfant Manon, le diagnostic d'hémochromatose néonatale, en l'état des connaissances de l'époque, était parfaitement clair dès le mois d'Octobre 2009, dès lors que les critères de cette pathologie, à savoir une maladie grave du foie associée à une surcharge en fer dans d'autres tissus, étaient réunis. Que le professeur W, spécialiste mondial de cette maladie, a également ultérieurement confirmé, en des termes dépourvus de toute ambiguïté, le diagnostic d'une hémochromatose néonatale s'agissant de l'enfant Manon ». L'exigence de l'appel à des experts hautement qualifiés avait été l'ambition des rédacteurs de la loi du 4 Mars

2002 confiant à la CNAMed qu'ils créaient (art. L. 1142-10 CSP) les soins d'en établir une liste. La procédure de sélection est peut-être lourde ; mal comprise en tout cas par les candidats ; l'exigence d'inscription antérieure sur une liste d'experts judiciaires vient, conformément aux vœux de la CNAMed, d'être écartée pour laisser à la Commission un choix plus large (loi dite de modernisation du système de santé, 26 Janvier 2016, art. 204-6°, renvoi vers une ordonnance) ; mais l'intervention de deux rapporteurs et un examen du dossier en séance plénière (avec vote secret) garantissant autant qu'il est possible le sérieux du choix (un refus d'inscription peut-être -frappé- de recours devant le tribunal administratif de Paris). Il est peut-être à regretter que les CCI (ex. CRCI) ne puissent toujours respecter l'obligation d'appel à deux experts (un au moins) figurant sur la liste de la CNAMed (art. R. 1142-15 CSP), mais ce qui est important est cet intérêt du législateur en faveur d'expertises signées de professionnels compétents. Ces expertises peuvent, certes, appeler parfois des observations (délais, respect du principe contradictoire, éloignement géographique des experts et des victimes...) mais ce n'est pas, selon nous, sur ce terrain que la loi de 2002 appelle des critiques que nous avons ailleurs exposées mais dont le jugement peut tempérer la sévérité.

B. La lecture d'une expertise de CRCI

Les victimes (les parents) avaient, après le décès du second enfant le 15 Octobre 2010, saisi, le 22 Août 2011, la CRCI de Basse-Normandie, qui avait estimé – et c'est un acte du jugement quoi qu'on dise – que le CHU de Limoges était responsable du drame à hauteur de 90 pour cent. Successivement, l'assureur de l'hôpital puis l'ONIAM (art. L. 1142-15 CSP) avaient refusé d'adresser aux demandeurs une offre d'indemnisation, ce qui ne laissait ouverte que la voie juridictionnelle, faute de recours « interne » organisé par la loi du 4 Mars 2002. La CRCI avait désigné ses experts.

En premier lieu, cette suite de procédures intervient dans le contexte d'un doute sur la qualification des CCI et, par ricochet, sur l'autorité de ses expertises. L'on sait, et depuis 2002, que, pour la jurisprudence et la majorité de la doctrine, les CCI ne sont pas de juridictions, quoique remplissant exactement, au terme d'une procédure contradictoire, l'office du juge. L'article L. 1142-8 § 1 CSP est à cet égard exemplaire.

Mais, tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat ont réduit la commission à un rôle purement administratif de préparation des dossiers, ce qui ne requerrait pas la présence d'un magistrat président, l'échange des arguments et pièces et l'audience suivie de son délibéré. Dès lors, et devant cette disqualification, non seulement l'expertise des CRCI n'est pas opposable à l'ONIAM qui peut solliciter une expertise judiciaire, mais encore, il advient que le juge écarte délibérément cette mesure d'instruction dans les termes les plus sévères, faute, selon lui, de garanties suffisantes d'impartialité, de respect du principe contradictoire. Exemple fut l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon le 26 Novembre 2013 (obs. critiques D. Thouvenin : RDSS. 2014, 897 ; G. Mémeteau, *Gaz. Pal.* 25-26 Juin 2014). D'autres décisions plus nuancées adoptent ces expertises parmi les autres éléments de preuve mais sans autorité particulière, ce qui se comprend, le juge demeurant libre de choisir ses sachants. Seule la CCI est chargée d'une obligation – largement théorique et non sanctionnée – d'élection de ses experts – ! Ce n'est pas le choix d'autres experts, la préférence pour d'autres rapports, qui peut étonner ; c'est, lorsqu'on le rencontre, le rejet systématique – par esprit de système – des rapports des experts des CCI, technique venant en renfort de la dégradation juridique subie depuis l'avis « Sachot » (Conseil d'Etat, 10 Octobre 2007) puis l'arrêt rendu le 6 Mai 2010 par la Cour de cassation (entres autres : S. Gibert : *guide de responsabilité médicale et hospitalière, quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui ?*, Berger-Levrault ed. 2011, préface C. Evin, p. 257).

En second lieu, et donc dans ce contexte dont les éléments ont été négligés par le législateur, le jugement du 9 Janvier 2014 apporte une clarification. Certes, des experts ont été désignés mais la CRCI avait elle aussi nommé ses deux experts, obstétricien et hépatologue pédiatrique avant d'émettre son avis du 29 Février 2012. Leurs rapports sont retenus, visés, par le Tribunal administratif. Madame le Rapporteur public les cite expressément. L'enseignement est clair : les expertises des CRCI constituent les éléments des dossiers, même s'ils ne sont pas les seuls et si reste sauve la liberté du juge de choisir son expert. Responsabilité de principe des donneurs d'avis ou recommandations ; preuve de la faute par expertise des CCI. Le tribunal aborde avec force et clarté les difficultés. ■