

## sur l'indemnisation du dommage corporel

Autres regards que celui de l'assureur

**LEH Édition** 

# LIVRE BLANC SUR L'INDEMNISATION DU DOMMAGE CORPOREL

#### AUTRES REGARDS QUE CELUI DE L'ASSUREUR DÉCEMBRE 2020









### **Sous la direction de :**Philippe DONNOU

#### **Assisté de :** Yann FERGUSON, Éric PÉAN

#### Avec les contributions de:

Renaud BOUVET, Stéphane DAUSQUE, Philippe DONNOU, Yann FERGUSON, Roger GIL, Cyril HAZIF-THOMAS, Gildas JANVIER, Véronique L'HOSTIS, Sylvie MAILLARD, Gérard MÉMETEAU, Benoît MORNET, Éric PÉAN, Stéphanie PORCHY-SIMON, Jean-Michel RODRIGUEZ, Delphine TOQUET

#### © Tous droits réservés LEH Édition 2020 253-255 cours du Maréchal Gallieni 33000 Bordeaux Tél. 05 56 98 85 79 – Fax 05 56 96 88 79 www.leh.fr

Consultation du catalogue et commande en ligne sur: @ www.leh.fr Consultation du fonds numérique et commande de contenus et d'ouvrages numériques sur: @ www.bnds.fr

Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale Réseau d'information et connaissance



En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale, à usage collectif, de la présente publication, est strictement interdite sans l'autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

LEXIQUE
PRÉFACE: ENTRÉE JURIDIQUE11
Stéphanie PORCHY-SIMON
PRÉFACE: APPROCHE ÉTHIQUE DE LA SITUATION D'EXPERTISE17
Roger GIL
INTRODUCTION21
Philippe DONNOU
• PARTIE I •
<b>DU MAGISTRAT À L'AVOCAT :</b>
<b>DE L'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT</b>
À L'ABSENCE DE NEUTRALITÉ DE L'AVOCAT
PRÉAMBULE: L'ÉTHIQUE DE LA PRATIQUE EXPERTALE31
Renaud BOUVET
L'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT35
Benoît MORNET
EXPERTISE MÉDICALE ET ÉVALUATION DU DOMMAGE CORPOREL: DÉONTOLOGIE?51
Sylvie MAILLARD
L'ÉTHIQUE DE L'AVOCAT DE VICTIME EN EXPERTISE: LA RECHERCHE DE L'ÉQUITÉ75
Véronique L'HOSTIS, Gildas JANVIER
• PARTIE II •
L'IMPACT DES TECHNOLOGIES NOUVELLES,
REGARDS ÉTHIQUE, HUMANISTE, SCIENTIFIQUE,
JURIDIQUE ET SOCIOLOGIQUE
PRÉAMBULE: DE L'OPPORTUNITÉ DE L'ÉTHIQUE À L'ÉTHIQUE DE L'OPPORTUNITÉ EN MATIÈRE D'EXPERTISE

OBLIGATIONS ÉTHIQUES EN EXPERTISE MÉDICALE:
ALTÉRITÉ DE L'EXPERTISÉ ET DIFFÉRENCE DU CONTRADICTEUR97
Philippe DONNOU
BARÉMISATION: L'HOMME CHIFFRÉ 115
Gérard MÉMETEAU
L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE – LES DOMAINES 121
Jean-Michel RODRIGUEZ
DÉCODAGE ET ENCODAGE DÉONTOLOGIQUE D'UNE INTELLIGENCE ARTIFICIELLE D'INDEMNISATION DES VICTIMES139
Yann FERGUSON
• PARTIE III •
PERSPECTIVES MÉDICO-LÉGALES ET JURIDIQUES
L'ESPRIT DE LA LOI OU L'ÉVALUATION MÉDICO-LÉGALE À L'ÉPREUVE DU DÉBAT CONTRADICTOIRE169
Éric PÉAN
OPTIONS DE RENOUVELLEMENT DE LA LOI DE 1985 183
Stéphane DAUSQUE
• ÉPILOGUE ET CONCLUSION •
ÉPILOGUE
Philippe DONNOU
PRUDENCE SPÉCULATIVE
Delphine TOQUET

Les hommes accordent plus de foi à ce qu'ils ne comprennent pas. L'esprit humain est porté à croire plus volontiers les choses obscures

Montaigne, Essais, 1592, Livre III, ch. XI

#### Lexique

IA : Intelligence artificielle

ANAMEVA : Association nationale des médecins – conseils de victimes d'accident

ANADAVI : Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels

ANADOC : Antenne nationale de documentation sur le dommage corporel AREDOC : Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel

Cet ouvrage est l'aboutissement de plusieurs années d'assistance aux victimes, notamment au sein de l'ANAMEVA, en collaboration étroite avec les avocats de victimes dont certains membres de l'ANADAVI. La transversalité de la pensée étant nécessaire et indispensable pour progresser, il m'a semblé intéressant, après un article sur l'éthique de l'altérité et le respect du contradictoire paru en mai 2019 dans la *Revue générale de droit médical* n° 71 de juin 2019 (LEH Édition), de lier différentes compétences aux éclairages distincts afin que chacun puisse soulever des questions lui paraissant essentielles. Éric Pean et Yann Ferguson m'auront assisté tout au long de cette aventure, le premier avec sa très grande expérience médico-juridique, le second avec son impressionnante vision déonto-sociologique quant aux technologies nouvelles.

Merci aux contributeurs financiers du projet, ANADAVI-ANADOC-ANAMEVA-Institut ICAM Toulouse, qui ont permis l'accomplissement du projet.

Un immense remerciement aux auteurs et à Monsieur Sébastien Clément, directeur de publication de LEH Édition, qui se sont engagés avec enthousiasme, totalement, sans réserve, et en grande confiance dans ce projet transversal unique à ce jour débuté en mai 2019 puis concrétisé fin novembre 2020, ainsi qu'à Nadine Lemeillat, avocate au barreau de Paris pour son éclairage humaniste à l'aurore du projet. L'AREDOC invitée aimablement à partager l'aventure restera sans réponse et silencieuse.

Puisse le lecteur y trouver quelque réponse ou questionnement.

Docteur Philippe DONNOU

#### Préface: entrée juridique

#### Stéphanie PORCHY-SIMON

Professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3, Équipe de recherche Louis Josserand

La loi nº 85-677 du 5 juillet 1985, que l'on désigne le plus habituellement sous le nom de M. Badinter qui, en tant que garde des Sceaux, en fut à l'origine, avait pour objectif, selon son titre même de tendre « à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation ». Pour ce faire, cette loi contient deux grands types de dispositions, dualité dont son titre est l'expression.

Ses premiers articles (art. 1 à 6) posent en effet les règles de fond gouvernant l'indemnisation des victimes de tels accidents, en consacrant, en tout cas pour les non-conducteurs victimes d'atteintes à la personne, un régime extrêmement favorable, tant sont assouplies les conditions d'indemnisation et restreintes les causes d'exonération opposables par le débiteur d'indemnités.

Moins souvent objet de commentaires, mais d'une importance pratique considérable, les articles 12 à 27 de cette loi, codifiés sous les articles L. 211-9 et suite du Code des assurances, ont parallèlement mis en place une procédure ayant pour objet d'accélérer l'indemnisation. Ceux-ci instaurent ainsi la technique dite de l'offre de l'assureur, ce dernier ayant en effet l'obligation de faire une offre d'indemnisation à la victime, atteinte dans sa personne, dans le délai de 8 mois à compter de l'accident. Cette offre doit détailler les chefs de préjudices indemnisables, déduction faite des prestations des tiers payeurs. En cas d'acceptation du bénéficiaire, une transaction est conclue, et le versement des indemnités doit alors être opéré dans le mois suivant cet accord.

Ce mécanisme qui évite, dans la plupart de cas, la saisine d'une juridiction a été mis en place par le législateur dans la perspective d'assurer aux victimes une indemnisation tout à la fois plus rapide et moins coûteuse, l'assistance par un avocat étant ici par hypothèse facultative. Il a par la suite servi de modèle dans d'autres régimes d'indemnisation, tels que ceux des victimes d'accidents médicaux ou d'actes terroristes, où le processus de prise en charge des victimes est, d'un point de vue procédural, conçu sur une base identique.

<sup>1</sup> V. par exemple art. L. 422-2 C. assur. dans le cas des victimes d'actes terroristes et L. 1142-14 CSP dans le cas des accidents médicaux.

A priori vertueux, ce modèle montre toutefois des limites que le présent ouvrage se propose de mettre en exergue.

Une des difficultés centrales naît du fait que la victime se trouve désarmée face à l'assureur tenu de lui faire l'offre.

Désarmée humainement d'abord, puisqu'elle est intrinsèquement fragilisée par les conséquences du dommage corporel que l'offre a pour objet d'indemniser.

Désarmée juridiquement ensuite puisque, non assistée dans la plupart des cas, elle ignore généralement tout de ses droits, spécialement sur le terrain de l'identification et du *quantum* des postes de préjudices indemnisables. Or, même si la loi du 5 juillet 1985 a mis en place des mécanismes censés protéger le consentement à la transaction de la victime², leur efficacité concrète n'est pas acquise, étant de plus souligné qu'une fois celle-ci conclue, les possibilités de la remettre en cause sont, en droit positif, quasi inexistantes³.

Ce constat n'est pas nouveau, mais il semble de nature à être revu à l'aune de deux facteurs plus contemporains.

Le premier est lié à la généralisation de la nomenclature des postes de préjudices, dite Dintilhac, aujourd'hui utilisée, au moins en droit privé, par tous les acteurs de la réparation du dommage corporel. S'il n'est évidemment ici pas question de remettre en cause les immenses bienfaits de cette nomenclature, qui a permis un bond méthodologique dans l'indemnisation des victimes et constitue un inestimable outil d'harmonisation des pratiques, il n'en reste pas moins que sa mise en œuvre peut, dans le cadre de la procédure d'offre de la loi Badinter, poser certaines difficultés.

La principale est l'articulation entre le contenu objectif de la nomenclature et la manière dont elle est mise en œuvre dans le cadre transactionnel en ce qui concerne l'identification et la définition des postes indemnisables. Par essence, cette procédure déjudiciarisée place en effet la victime, principalement lorsqu'elle n'est pas assistée, sous la dépendance des assureurs.

Tel est notamment le cas dans la phase de l'expertise, où l'influence de l'AREDOC (Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel) n'est plus à démontrer puisque celle-ci assure la formation de la plupart des médecins de compagnie et a imposé, par l'immense travail méthodologique qu'elle a opéré, ses missions types, assorties des documents complémentaires visant à en assurer l'application. Or, l'AREDOC a prescrit, dans les faits, une interprétation de la nomenclature, dont ses missions types sont le reflet, plus

<sup>2</sup> Voir par exemple les obligations d'information de la victime (art. L. 211-10 C. assur.) et son droit de dénoncer la transaction dans les 15 jours (art. L. 211-16 C. assur.).

<sup>3</sup> V. par exemple Cass.  $2^{\rm e}$  civ., 16 nov. 2006,  $n^{\rm o}$  05-18631 *JCP*, 2007, II, 10032; RDC, 2007, p. 671; Cass.  $2^{\rm e}$  civ., 20 janv. 2010,  $n^{\rm o}$  08-19627, RLDC, 2010,  $n^{\rm o}$  72; RCA, 2010, comm.  $n^{\rm o}$  75.

favorable aux régleurs qu'aux victimes. La lecture des fiches comparatives établies très récemment par l'ANADOC (Antenne nationale de documentation sur le dommage corporel) permettra, à titre d'exemple, d'en prendre la mesure<sup>4</sup> On ne saurait d'ailleurs à notre sens faire intrinsèquement reproche à l'AREDOC de ce positionnement, car cette association n'est pas un organisme de formation étatique et semble légitime à défendre les intérêts de ceux qui l'ont créée et la composent. Ce sont en fait plutôt, jusqu'à récemment, l'absence de contradiction structurée à ses positions jointe au mécanisme même d'offre sans assistance obligatoire d'un avocat, ainsi que l'absence d'une mission type d'expertise unifiée qui ont permis cette hégémonie. En ce sens, la création très récente de l'ANADOC, dont l'objet est, comme évoqué ci-dessus, d'opérer une proposition alternative de missions types et une formation des médecins experts dans une perspective assumée de défense des droits des victimes, semble de nature à opérer un contrepoids salutaire, qui conduira sans doute à des solutions plus équilibrées lors de l'expertise. Une amélioration pourrait de même être attendue de l'instauration d'une mission type unique imposée par les pouvoirs publics, qui mettrait fin de manière définitive aux différences de pratiques. Il en irait de même de l'officialisation de la nomenclature Dintilhac, prévue par tous les projets actuels de réforme de la responsabilité civile<sup>5</sup> qui, sanctuarisant les définitions des postes, laisserait moins de place aux interprétations parfois contestables de leur contenu.

La seconde difficulté de la procédure d'offre tient aux chiffrages de l'indemnisation. L'expert médical est évidemment en principe étranger à cette seconde phase qui relève du régleur, puisque le principe fondamental est que l'expert ne doit jamais se prononcer en droit, opération dont le chiffrage monétaire des postes fait bien entendu partie. Son influence sur ce second temps du processus est toutefois déterminante, puisque la manière dont le contenu des postes aura été identifié a forcément une influence déterminante sur leur *quantum* monétaire. De ce point de vue, la formation des experts sur le lien entre ces deux opérations devrait sans doute être renforcée, car il ne nous semble pas certain que ces derniers aient toujours une conscience suffisante de la portée juridique de leurs conclusions, et peut-être encore plus de *leurs omissions*.

Au-delà, reste la question cruciale de la détermination du *quantum* monétaire de chaque poste. Celle-ci est réelle pour les postes patrimoniaux, mais repose, dans ce cas principalement, sur la preuve du contenu et de l'étendue réelle du préjudice invoqué. La question est en revanche beaucoup plus complexe pour les postes extrapatrimoniaux. Difficilement quantifiables, ceux-ci, bien que soumis au principe de la réparation intégrale et à l'évaluation *in concreto*,

<sup>4</sup> Fiches consultables sur le site de l'ANADOC: https://www.anadoc.net

<sup>5</sup> V. en dernier lieu la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, art. 1272.

peuvent en outre sembler très difficiles à réparer sous une forme monétaire. Sur cette difficulté, s'est développée la pratique actuelle des référentiels, dont la publication du décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust », semble sérieusement présager l'officialisation, avant que cette technique ne soit sans doute, à court terme, dépassée par celle dite de la justice prédictive.

Au-delà des dangers intrinsèques de telles techniques, dont le présent ouvrage se fait largement l'écho, c'est aussi sur l'impact de ces méthodes sur les droits des victimes qu'il convient de s'interroger. Leurs promoteurs mettent en effet en avant, parmi l'intérêt de telles techniques, un souci d'égalité et d'accès aux informations concernant le chiffrage de l'indemnisation. Il est ainsi frappant que l'article 1er du décret du 27 mars 2020 énumère, parmi les différents objectifs de la base, l'un à la suite de l'autre, « 2° L'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels; 3° L'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges. » Dépourvues de tout élément de référence quant au montant de l'offre raisonnable pour chaque poste envisagé, les victimes sont ainsi censées trouver dans les référentiels, au moins pour les postes extrapatrimoniaux, une indication permettant d'apprécier le respect de leurs droits.

Or, une telle affirmation nous semble très largement utopique, inexacte et sans doute également dangereuse.

Utopique, car il nous semble peu certain que les victimes non assistées pourront comprendre de manière suffisamment détaillée les concepts juridiques entourant leur indemnisation pour pouvoir tirer de la base, que le décret DataJust entend mettre en place, des éléments utiles.

Inexacte, car reposant sur une équation fausse selon laquelle, à cotation expertale égale, un préjudice devrait être indemnisé de manière identique entre deux victimes, dans un système juridique où la personnalisation de l'indemnisation est imposée par le principe de l'évaluation *in concreto*, et, au-delà, nous semble être essentielle pour que la victime ait le sentiment d'obtenir une réparation intégrale.

Dangereuse, enfin et surtout, car, étroitement lié à la quantification des postes par l'expert, le recours généralisé au référentiel dans les procédures amiables, sanctifié par les pouvoirs publics, accroîtra de fait les pouvoirs des médecins experts d'assurance.

Il apparaît donc urgent qu'une réflexion pluridisciplinaire s'engage sur leur rôle, leur mission et leur éthique, comme se propose de le faire cet ouvrage, \_

dont on espère qu'il contribuera à éclairer le débat sur les nombreux enjeux entourant le rôle de l'expert dans les procédures amiables d'indemnisation.

## Préface: approche éthique de la situation d'expertise

#### Roger GIL

Professeur émérite de neurologie à l'université de Poitiers, Doyen honoraire de la faculté de médecine pharmacie de Poitiers, Directeur de l'Espace régional de réflexion éthique de Nouvelle-Aquitaine.

La loi Badinter sur laquelle s'appuie cet ouvrage a un intitulé résolument téléologique puisqu'elle annonce ce qu'elle vise à: améliorer la situation des victimes d'accidents de la circulation et accélérer les procédures d'indemnisation. Mais cette visée ne se fait nullement de manière assurée ou péremptoire. En effet le législateur exprime cette visée comme une tension, plus proche du souhait que d'un impératif. Le titre préfigure déjà la complexité de l'entreprise et la prise de conscience de ses limites: améliorer la situation et accélérer les procédures. La loi annonce d'emblée qu'elle espère un mieux-être qui ne pourra procéder ni d'un changement radical de situation ni d'une réduction massive de la durée de l'attente des victimes. Ce constat légitime annonce les interrogations contenues dans cet ouvrage, et notamment les inquiétudes qui y sont exprimées sur les difficultés d'application de la loi. L'inquiétude est sans doute la porte d'entrée de l'analyse des enjeux éthiques de cette loi, c'est-à-dire ce qu'on peut gagner ou perdre en termes de considération pour l'humain, en fonction de ses modalités d'application.

Car ce qui compte d'abord sur le plan éthique est bien l'appropriation de la visée de la loi par ceux qui en sont les destinataires. Or force est de constater qu'il ne s'agit pas de la seule rencontre d'une victime et du juge, mais de la mobilisation de partenaires multiples. Est-ce le mobile central de chacun d'eux? Que s'agit-il d'améliorer? L'état de santé? Les conditions de vie? On pressent immédiatement que s'impose une évaluation de l'état de santé de la victime, des souffrances qu'elle a endurées, du préjudice qu'elle a subi. Certes les soins qui pourront être pris en charge, l'adaptation de l'environnement de vie, le financement d'aides diverses pourront être des facteurs d'amélioration de l'état de santé de la victime. Jusque-là, dans cette démarche qui associe l'examen clinique, le constat des déficiences, les remèdes à apporter, l'expertise se confond avec un acte médical « ordinaire ». Mais l'expert doit franchir une autre étape. En effet la réparation dont il est question n'a pas le sens médical d'un projet de réparation du corps, mais du préjudice subi. Exercice singulier que cet ouvrage aborde aussi et qui est celui de transformer les séquelles de

l'accident en un pourcentage d'un tout qui est censé représenter la somme des capabilités d'une vie normale « à cent pour cent » et dont une fraction plus ou moins importante a été soustraite par l'accident. On y ajoutera d'autres préjudices comme celui des souffrances endurées. L'évaluation médicale est ainsi suivie d'une série de transmutations en chaîne qui, parties des déficits deviennent un préjudice chiffré par référence à des barèmes, eux aussi multiples, qui seront ultérieurement transformés par une alchimie élaborée en un volume financier répondant à l'indemnisation. Même appuyé sur une médecine fondée sur les preuves, le travail de l'expert nécessite une approche prudente et nuancée notamment quand il s'agit d'un préjudice composite ou d'un préjudice inscrit dans une large fourchette en termes de chiffration. Oue le juge soit appelé à l'impartialité et l'expert à la neutralité, cela ne suffit pas à inscrire l'expertise dans le seul triangle expert-victime-juge. La présence d'autres « acteurs » ne procède pas d'un contrôle de la compétence de l'expert; ils sont en effet d'abord appelés ou envoyés pour vérifier que les intérêts des parties soient préservés. Dès lors, il ne s'agit pas pour ces acteurs de viser seulement ce qui est l'objectif de la loi, à savoir l'amélioration de la situation de la victime qui passe par une réparation juste et prompte du préjudice subi. S'il en était ainsi, le juge et l'expert suffiraient à la tâche. Ces acteurs doivent veiller à ce que la réparation du préjudice de la victime ne se fasse ni aux dépens de la compagnie d'assurances ni aux dépens de la victime. Aussi le médecin-conseil de la compagnie d'assurances doit respecter les droits de la victime et s'assurer que les intérêts de la compagnie soient préservés, ce qui impose que le préjudice ne soit pas surévalué. Le médecin-conseil de la victime (et éventuellement l'avocat) doit (ou doivent) s'assurer que le préjudice de la victime ne soit pas sous-évalué. Les tensions ainsi résumées ne sont pas stricto sensu des tensions éthiques, mais la prise en compte et la défense d'intérêts contradictoires. Ce débat relève-t-il d'une éthique de la discussion? Ou doit-on dire seulement qu'il doit se dérouler d'une manière éthique en respectant d'abord le principe de non-malfaisance, tant à l'égard de la victime qu'à l'égard de la compagnie d'assurances? L'objet même de ce principe téléologique rend compte de la complexité de la situation d'expertise puisqu'il vise et une personne, dans sa singularité, c'est-à-dire la victime et une entité collective, la compagnie d'assurances. Or la non-malfaisance est (à l'image d'une éthique minimaliste appuyée sur le non nocere) l'exigence minimale du débat contradictoire. Il est par ailleurs difficile de raisonner symétriquement en termes de mobilisation du principe de bienfaisance, car si l'on comprend bien que le débat soit orienté vers la prise en considération du mieux-être de la victime, ce qui d'ailleurs est conforme à l'esprit de la loi, il semble incongru de considérer aussi qu'il faille viser le bien de la compagnie d'assurances, c'est-à-dire en fait son équilibre financier. Reste alors, dans ce que Ricœur appelait « l'éthique à la troisième personne », l'invocation au cours de ce débat du principe de

justice. Décliné dans ce contexte, il implique qu'il faille présenter au juge un projet de réparation dont le caractère juste doit transcender toutes les autres considérations éthiques et plus précisément celles qui relèvent d'une éthique de la deuxième personne (la non-malfaisance à l'égard de la victime et de la compagnie d'assurances, la bienfaisance à l'égard de la victime) comme d'une éthique à la première personne, qui est tout simplement pour chacun, expert, médecin-conseil de la compagnie d'assurances, médecin-conseil de la victime, la visée d'une vie bonne et en l'occurrence du devoir accompli. Et c'est ainsi que chacun engage sa responsabilité éthique qui est d'abord responsabilité à l'égard de soi-même. Elle signifie que chacun est « solidaire de ses actes », mais que, bien plus encore, « il s'exprime, il se reflète dans ses actes ». « Nos actes sont donc ainsi un reflet de nous-même qui revient vers nous pour nous interroger »<sup>1</sup>. Et cette responsabilité prend sens et prend corps dans la relation à l'autre, c'est-à-dire la victime, dans la rencontre de son visage, de son regard, car c'est bien, dans la pensée d'Emmanuel Levinas<sup>2</sup>, l'altérité même de l'autre qui fonde la responsabilité éthique.

Et c'est ainsi que peut être entrevue la connexion entre une éthique de la raison avec ses références à des valeurs et à des principes<sup>3</sup> et une éthique des sentiments, mobilisant cette capacité à comprendre ce que ressent autrui et que l'on nomme l'empathie<sup>4</sup>. Elle n'est pas qu'une disposition émotionnelle, car elle implique aussi de se « mettre à la place d'autrui », de changer ainsi sa propre perspective pour prendre celle de l'autre. Telle est d'ailleurs la condition de ce qu'Albert Camus appelait « une morale de la compréhension »5 qui permet d'approcher l'autre dans sa vulnérabilité. Car la relation expertale est bien une relation dissymétrique entre l'expert, les acteurs de l'expertise, plus tard le juge, et la victime, vulnérable au sens propre du terme, elle dont l'accident a éprouvé sa capacité à être blessée donc sa « puissance d'agir »6, ce qui ouvre à la mésestime de soi. On sait que la relation entre l'expert et la victime peut conduire à suspecter la sincérité des doléances, ce qu'illustrent les termes de « sinistrose », voire de « simulation » ou de « sursimulation ». Le médecin-conseil de la compagnie d'assurances a aussi souvent à cœur de débusquer des comportements qui pourraient viser volens nolens à entraîner

<sup>1</sup> GIL (Roger), «Loi, bioéthique et responsabilité», Revue générale de droit médical, n° 31, juin 2009, p. 219-225.

<sup>2</sup> LEVINAS (Emmanuel) et NEMO (Philippe), Éthique et infini: dialogues avec Philippe NEMO, 1 vol., Le Livre de poche. Biblio essais, Paris, France: Librairie générale française, 1982.

<sup>3</sup> Voir GIL (Roger), *Les grandes questions de bioéthique au XXI*° siècle dans le débat public, Bordeaux, LEH Éditions, coll. « Les chemins de l'éthique », 2018, chapitres I à IV.

<sup>4</sup> DECETY (Jean), « Naturaliser l'empathie », L'Encéphale 28 (2002): 9-20.

<sup>5</sup> On dirait aujourd'hui une éthique. Camus (Albert), *La Peste*, in *Théâtre, récits, nouvelles*, Paris, éd. par Grenier (J.) et Quilliot (R.), 1 vol., « Bibliothèque de la Pléiade » Gallimard, Paris, 1962.

<sup>6</sup> Terme emprunté à RICŒUR Paul. Voir par exemple STEVENS (Bernard), « Le soi agissant et l'être comme acte », Revue philosophique de Louvain 1988, n° 80; 1990 : 581-96.

une réparation abusive du préjudice subi. Et c'est ainsi qu'une relation de défiance peut venir faire écran à la sollicitude. Or, quel que soit le degré de sincérité d'une victime, c'est d'abord sa souffrance, sa mésestime de soi qu'il s'agit d'entendre. Car la particularité de la situation expertale est qu'au-delà de son aspect médical et médico-légal, elle a, par la chiffration qui la résumera, une dimension symbolique. La sagesse pratique de l'expert est bien, au-delà de la chiffration, de mettre en œuvre, dans sa manière d'être, de faire et de dire, un comportement qui permette de faire comprendre à la victime qu'il n'a pas pour mission de mésestimer ni de surestimer son préjudice. Il lui faut donc cheminer non dans un climat de certitude opacifiante, mais dans une incertitude prudente mobilisée par une angoisse salutaire qui naît de la prise de conscience du risque de se tromper. Telle est sans doute, au-delà de nécessités juridiques, la dimension éthique de la collégialité entre les acteurs de la situation expertale. Car il s'agit bien de faire en sorte que le préjudice évalué et la somme d'argent qui plus tard matérialisera ce préjudice entraînent chez la victime un sentiment d'adéquation, de proportionnalité entre la dimension symbolique de la réparation et la réalité charnelle de son préjudice.

Dès lors, comment envisager l'apport des algorithmes de l'intelligence artificielle (IA)? Est-il réaliste que l'éthique puisse être embarquée ailleurs que dans son propre domaine? Les données massives (big data) pourront être probablement moulinées en fonction de règles, c'est-à-dire d'autres données normatives, mais l'éthique n'est pas la déontologie; l'éthique est un exercice de discernement de conflits de valeurs et elle puise sa raison d'être dans les questionnements et non dans les solutions, dans le doute et non dans la certitude. L'IA pourra sans nul doute fournir une chiffration du préjudice. Elle dépendra de la qualité des informations médicales qui auront été fournies aux machines avec sans doute un torrent d'autres paramètres issus de l'histoire du sujet, des mille données recueillies tout au long de l'existence et qui seront sans doute croisées avec les autres. Mais à vrai dire le concept d'IA est si composite que tout dépendra des objectifs qui seront assignés aux algorithmes. Quels qu'ils soient ils pourront contribuer à éclairer les décisions, à alimenter les débats. Le pire serait qu'ils se substituent aux débats et aux décisions humaines. L'intelligence artificielle ne vaudra que si l'être humain en garde le contrôle. Il faut l'espérer! Mais il faudra une solide argumentation pour y croire.

#### Introduction

#### Philippe DONNOU

Médecin conseil de victimes, Brest, Vice-président de l'Association nationale de médecins-experts de victimes d'accidents (ANAMEVA)

L'expertise médicale, après 30 ans d'évolution de la loi de 1985, à l'aune de la puissance de l'intelligence artificielle, soulève des questions éthiques, déontologiques, juridiques et sociologiques sur la valorisation de l'humain.

La loi Badinter ne répondrait-elle plus aux aspirations des victimes? Le poids prédominant des assurances en a dévoyé les dispositions initiales.

L'intelligence artificielle va bousculer les analyses médico-légales et donc les indemnisations.

La revalorisation de l'humain sera développée au fil des approches éthiques, déontologiques, sociologiques et juridiques, et sera suggérée au final la nécessité d'une analyse critique de la pensée médico-juridique actuellement proposée ou imposée, ainsi qu'une modernisation désormais nécessaire de la loi Badinter au regard des technologies nouvelles, dont spécifiquement l'intelligence artificielle développée unilatéralement par les assureurs sans *feed-back* de contrôle éthique.

Avant tout développement, précisons certaines définitions des termes, éthiques et déontologiques, retenus dans l'ouvrage.

Les Grecs avaient donné forme à une éthique de l'équilibre et de la mesure par l'institution de procédures qui assuraient l'organisation de la cité et la régulation du débat contradictoire.

Nous proposons dans l'ouvrage deux approches de l'éthique, l'une plus politique au sens initial du terme et l'autre portant sur l'éthique du comportement, c'est-à-dire le rapport de soi à soi.

L'éthique est régie par des références philosophiques, lesquelles obéissent à deux grands courants, Aristote et Kant: Aristote parle d'une éthique de la vertu, laquelle associe la quête d'une activité éthique à l'accomplissement de soi; Kant définit quant à lui son approche éthique par une action morale

accomplie par devoir, l'éthique revenant à une attitude de ce qui doit être impérativement fait (l'impératif kantien).

Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans tout autre, toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen<sup>1</sup>.

En second lieu le mot « déontologie » semble être antérieur à celui d'« éthique », le mot se construit à partir de *deon* (c'est ce qu'il faut faire, ce qui doit être fait) auquel se fixe le terme *logos* (la parole, le discours, l'argumentation, la raison). La déontologie est donc un discours de la responsabilité qui assure la cohésion d'un groupe (le corps des médecins, des avocats par exemple). Selon Aristote les Grecs anciens liaient la morale et la politique.

De fait, la déontologie et l'éthique ont été définies et posées dans le cadre de la loi Badinter, faite pour les victimes, donc pour le bien commun des citoyens, donc de la cité.

Quelles sont les visions du médecin et de l'avocat, du magistrat, du scientifique et du sociologue? Éthique, déontologie, équité, prudence spéculative, le fil d'Ariane de l'ouvrage...

Ce livre est le produit de plus de 25 années d'assistance en expertise médicale auprès des victimes d'accident de tout type. La médecine classique se situe au croisement dynamique de l'empirisme anglo-saxon et du rationalisme des Lumières. Ainsi, pour bien penser puis bien agir, il faut tenir compte de l'expérience, se méfier des préjugés et des omissions, s'accorder aux données nouvelles (l'IA, intelligence artificielle) en sachant rester critique, mais aussi en acceptant de bien s'entourer, de pouvoir et de savoir contrôler les outils modernes proposés (l'IA), pour multiplier les compétences dans le but d'une action équitable respectant l'intérêt des parties.

Plusieurs auteurs ont participé à ce travail. Voici quelques clés de lecture.

L'acte d'expertise, sans être un acte de soins, est résolument médical; il est l'initiateur de l'indemnisation par les assureurs. Il présuppose des fondements éthiques, déontologiques, philosophiques et juridiques de tous les acteurs durant cette longue partition. Les problématiques médicales ne sauront être traitées dans un avenir proche uniquement dans un schéma intellectuel classique encyclopédique nourri d'expériences: les outils modernes tels que l'intelligence artificielle, avec la puissance des algorithmes, seront bientôt proposés, voire imposés (sans possibilité de contrôle?) dans l'analyse des données scientifiques médicales mais aussi juridiques. L'IA s'imposera dans

<sup>1</sup> « Fondation de la métaphysique des mœurs »,  $M\acute{e}taphysique$  des mœurs, I, Fondation, Introduction, trad. Renaut (Alain), p. 108.

la réflexion et le raisonnement, mais avec quelle intensité et quelle éthique embarquée dans le logiciel? Comment pourrons-nous combiner intelligence artificielle et équité? L'intelligence artificielle pourra-t-elle rimer avec humanité? Quel sera le *feed-back* de contrôle proposé aux acteurs de l'expertise, et sera-t-il possible effectivement?

Pour autant, les fondamentaux éthiques devront garder toute leur place à chaque étape, mais ils sont trop souvent oubliés, parfois sciemment... Il s'agit au fond de valoriser et de respecter l'humain dans un esprit de justice au plan général et d'équité au plan individuel. Les fondamentaux normatifs validés par la Cour de cassation devraient être respectés, ce qui n'est pas la position première des assureurs, qui sont avant tout des entreprises aux multiples intérêts financiers, dont certaines décisions amiables s'écartent des arrêts de la Cour de cassation. C'est un des problèmes majeurs soulevés.

La loi Badinter, dite loi de 1985, a plus de 30 ans; de nombreux acteurs sont concernés, les victimes, les médecins-conseils et les avocats de victimes, les assureurs et les médecins de compagnie, les juristes et les garants de la loi. Il est rappelé que la loi Badinter est avant tout faite pour les victimes et que sa neutralité réside dans le principe de la juste réparation: « juste le dommage, rien que le dommage ».

La loi du 5 juillet 1985 pose le principe de l'indemnisation intégrale de la victime d'un accident de la circulation, la force majeure et le fait d'un tiers ne pouvant réduire l'indemnisation de celle-ci qu'elle ait ou non la qualité de conducteur. La convention IRCA signée le 1<sup>er</sup> avril 2002 entre la plupart des assureurs fait que l'assureur de la victime, si le taux du déficit prévisible séquellaire est inférieur à 5 % (soit 90 % des accidents), devient payeur du sinistre en gardant toutefois son rôle de défenseur: la logique serait-elle dès lors pour la victime de se méfier de son propre assureur?

Cette loi est restée neutre, mais particulièrement les sociétés d'assurance en ont dévoyé les dispositions initiales, détournant à leur intérêt le sacro-saint principe de la réparation intégrale et de la juste appréciation du dommage.

Une grande réflexion de M. Dintilhac et de son collège d'experts a abouti à la nomenclature des postes de préjudices (2005) qui reste la base actuelle de toute réflexion en indemnisation médico-légale. Cette nomenclature est alors passée par le filtre des assureurs qui ont proposé, puis quasi imposé (avec lobbying?) leur mission dite AREDOC (Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel, association loi de 1901, un organisme professionnel qui réunit assureurs, réassureurs, médecins et organismes concernés par les divers problèmes que posent l'évaluation et la réparation du dommage corporel, quel qu'en soit le contexte), cette mission d'expertise étant actuellement considérée,

à dessein, par les assureurs et leurs comités médicaux comme le seul et unique référentiel objectif. Il s'agit en réalité d'un « droit mou » ou soft law imposé par les assureurs aux différentes parties. Or, le seul fait de proposer cette approche AREDOC est une signature de partialité qui doit permettre de légitimer le contradictoire, mais les faits semblent différents. La nature ayant horreur du vide, les assureurs ont su avec leurs équipes s'y engager avec un pragmatisme certain. C'est faire ainsi barrage aux autres réflexions, toutes aussi fondées scientifiquement et juridiquement, toutes aussi utiles à l'éclairage du magistrat telles que les outils récents composés par l'ANADOC (Antenne nationale de documentation sur le dommage corporel. Pour une approche de l'expertise indépendante des assureurs) https://www.anadoc.net: une cellule de réflexion liant l'ANAMEVA et l'ANADAVI, c'est-à-dire des médecins et avocats de victimes.

• Il faut reconnaître que les assureurs tentent de légitimer ce droit mou que représente leur vision de la nomenclature Dintilhac: si leurs missions proposées sont considérées comme des instruments utiles avec une dynamique d'adhésion de différents partenaires, l'influence de l'AREDOC peut s'arrêter dans certaines situations aux portes des décisions de justice. Est donc posée la question de la partialité des moyens d'évaluation, ainsi la création très récente de l'ANADOC qui permettra d'ouvrir le dialogue et de légitimer le contradictoire, l'AREDOC étant de fait partiale donc opposable aux parties.

Montesquieu nous enseigne que l'exercice de tout pouvoir, fût-il médical, porte en lui-même le germe de son abus.

L'IA sera donc proposée demain, avec la puissance financière (et donc politique) des assureurs, pour une démarche vers une barémisation de l'indemnisation des postes de préjudices. L'IA pourrait devenir un système prédominant de pensée et de décision au risque de devenir non critiquable voire irrévocable. En aurons-nous la maîtrise?

Savons-nous que les algorithmes cherchent à guider l'utilisateur vers un but défini comme positif par le concepteur?

Pour des raisons de rentabilité assurantielle et sous prétexte d'une équité absolue (telle lésion-telle séquelle-telle indemnisation), les projets de barémisation sont en cours. Par ailleurs, les assureurs en voie amiable imposent leur vision médico-légale de l'indemnisation aux différents acteurs de l'expertise, en exploitant par exemple la notion de décompensation d'un état antérieur méconnu de la victime pour ne pas l'indemniser: les dossiers partent alors en voie judiciaire et la Cour de cassation rappelle régulièrement certains principes

de droit, trop souvent bafoués en voie amiable. Le problème est au final juridique et donc sociétal, surtout financier pour l'assureur.

La notion de victime unique risquera de disparaître, pour se diluer dans la généralisation de la barémisation de l'indemnisation.

M. Badinter a présenté sa loi en 1985, devant la fronde des assureurs. Nous partons de cette loi de 1985 pour bien expliquer que les fondamentaux classiques (l'éthique et la déontologie) ne doivent pas s'effacer devant le moyen moderne que sont l'IA et le lobbying des assurances, mais qu'il s'agit, bien au contraire, de lier et légitimer les différentes sources de réflexion (ANADOC-ANADAVI-ANAMEVA et toute autre structure de conseil de victimes reconnue) face à l'AREDOC, jusque-là seul organe de réflexion sur l'évolution de la doctrine médico-légale, l'AREDOC dont nous reconnaissons la haute qualité des travaux proposés qui permettent entre autres de justifier l'axe de cet ouvrage.

#### Dans la première partie

Trois sujets (l'impartialité, la déontologie médicale, l'éthique de la neutralité pour l'avocat) que le docteur Renaud Bouvet, médecin légiste au CHRU de Rennes, docteur en Droit et expert judiciaire, présente au travers des questionnements lui paraissant essentiels.

- Monsieur Benoît Mornet, conseiller à la Cour de cassation, définit la notion d'impartialité de l'expert et les engagements requis du médecin expert. Débuter par l'impartialité de l'expert est une évidence, tant cette notion est mal comprise et mal appliquée.
- La déontologie du médecin (1947) pourrait être considérée désormais comme inadaptée au secteur de l'expertise médicale, Mme Sylvie Maillard, docteur en Droit civil, expose de manière analytique les raisons d'une modification nécessaire du code de déontologie.
- Les avocats sont soumis à des règles éthiques et déontologiques, entre eux, mais aussi envers leurs clients et les régleurs des assurances; deux avocats-conseils de victimes présentent leur position sur les points précis de leur engagement obligé: maître Véronique L'Hostis du barreau de Rennes et maître Gildas Janvier du barreau de Brest, avocats spécialistes en droit du dommage corporel, membres de l'ANADAVI.

#### La seconde partie

Quatre sujets: le docteur Cyril Hazif-Thomas, directeur de l'Espace de réflexion éthique de Bretagne, psychiatre au CHRU de Brest, docteur en Droit, expose les problématiques éthiques et sociétales inhérentes à l'expertise médicale et à l'utilisation des données nouvelles.

- Le docteur Philippe Donnou, médecin-conseil de victimes à Brest, vice-président de l'ANAMEVA, développe les principes éthiques fondamentaux et nécessaires au bon déroulement de l'acte d'expertise : respecter l'altérité du blessé et le principe de la discussion contradictoire dans une analyse interrogative et programmative.
- La barémisation du corps humain à visée d'indemnisation est un sujet complexe développé par le professeur Gérard Mémeteau, professeur émérite de Droit à la faculté de Poitiers, un survol historique et prospectif.
- La question des possibilités nouvelles avec l'explication de l'IA et de sa portée technique, le mécanisme en quelque sorte des algorithmes et les enjeux techniques et éthiques encourus à les utiliser; Jean-Michel Rodriguez, docteur en Intelligence artificielle, Director CSI Hub Europe Master Inventor chez IBM, assure cette présentation.
- Le dernier temps de cette partie II est développé par Yann Ferguson, docteur en Sociologie, enseignant à l'Institut catholique des Arts et Métiers (ICAM) de Toulouse. Il perçoit, dans le poids futur des données nouvelles, le risque d'un nouveau paternalisme du système expert au détriment de la liberté d'appréciation individuelle ou collective, notamment scientifique, du médecin qui devra aussi utiliser les données acquises de la science pour mener à bien son raisonnement. Il pose les questions de la technique, du contrôle du système et de son éthique. L'enjeu des nouvelles technologies est résolument sociétal.

#### Synthèse et perspectives

- Aspect médico-légal pour la nécessité d'une pensée diversifiée versus pensée unique: ANADOC versus AREDOC. Sur un plan médico-technique, le docteur Éric Péan, médecin-conseil de victimes à Bordeaux, secrétaire général de l'ANAMEVA, expose sa circonspection face au positionnement presque uninominal de l'AREDOC qui veut imposer un système de pensée unique. De fait, il présente les travaux de l'ANADOC (groupe de synthèse des médecins de l'ANAMEVA et des avocats de l'ANADAVI), en contre-proposition au regard des travaux de l'AREDOC et spécifiquement de sa mission spécifique présentée, à ce jour, comme unique mode de pensée. Accepter la mission AREDOC (considérée comme la doctrine, voire Le Dogme, par certains médecins de compagnies) ne dispense pas, pour autant, de la discuter pour revenir aux fondamentaux des travaux de la commission Dintilhac tel que le propose l'ANADOC: c'est le principe fondamental de la nécessité d'un esprit critique (autrement dit le doute raisonné) et du respect du contradictoire, deux principes garants de l'équité.
- Des options d'actualisation de la loi de 85?: maître Stéphane Dausque du barreau de Lorient.

#### Épilogue

• Docteur Donnou et Delphine Toquet, enseignante en sciences humaines et référente éthique en école d'ingénieur à Brest: pour replacer une éthique humaniste dans les différents secteurs (médical, scientifique, assurantiel, juridique) en s'appuyant sur un scepticisme raisonnable pour un multicontrôle des données et une consensualité, dans un but d'objectivité de justice et d'équité.

**PARTIE I** 

DU MAGISTRAT À L'AVOCAT : DE L'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT À L'ABSENCE DE NEUTRALITÉ DE L'AVOCAT

#### Préambule : l'éthique de la pratique expertale

#### Renaud BOUVET

Médecin légiste, docteur en Droit, CHU de Rennes, service de médecine légale et médecine pénitentiaire Université de Rennes 1, Faculté de médecine & EA Institut du droit public et de la science politique UR1\_RS438

L'œuvre des experts est réputée l'œuvre de la justice et celle-ci est inattaquable comme le jugement lui-même qui l'a approuvée; les experts jouissent des immunités qui couvrent les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires1.

A insi s'exprimait la cour d'appel de Pau dans un arrêt du 30 décembre 1863. Si depuis bien longtemps² cette délégation à l'expert judiciaire d'une part de l'*imperium* du juge et de ses immunités a disparu, il n'en demeure pas moins que l'expertise, en particulier dans le champ de la santé, demeure une mesure d'instruction déterminante dans la solution du litige.

Les juridictions sont tenues de motiver leurs décisions en droit et en fait. Or, en matière sanitaire, la nature des faits soumis à leur appréciation a considérablement évolué, le fait acquérant une dimension technique de complexité croissante. L'évaluation d'un dommage corporel ou de la conformité d'un comportement professionnel avec les données acquises de la science impose au juge du fond de recourir à l'homme de l'art afin de l'éclairer sur un domaine d'incompétence technique. Cette place conférée à l'expertise met au centre du débat la personne de l'expert. L'avis d'expert, différent de celui du savant, est marqué du sceau de la connaissance, mais plus encore de celui de la compétence, admise par tous, et de l'impartialité, sacralisée par le serment devant la juridiction. S'il existe des personnes compétentes et expérimentées sur un sujet donné, seule la procédure d'expertise confère la qualité d'expert<sup>3</sup>.

Le premier chapitre de cette première partie est consacré à l'exigence d'impartialité de l'expert, à sa mise en œuvre et à la sanction de sa violation. L'exigence d'impartialité irrigue le cadre normatif de l'expertise réalisé au profit des juridictions judiciaires et administratives, ainsi que le droit souple de la déonto-

<sup>1</sup> Pau, 30 déc. 1863, S 1864. II. 32.

<sup>2</sup> Cass. 1re civ., 9 mars 1949, JCP, 1949, II, 4826, note ADDE.

<sup>3</sup> Encinas de Munagorri (R.), « Quel statut pour l'expert? », Revue française d'administration publique, 2002,  $n^{\circ}$  103, p. 379.

logie expertale (qui n'a pas la valeur réglementaire de la déontologie médicale). Force est pourtant de constater que son contrôle reste d'une effectivité relative. La procédure d'inscription sur les listes des juridictions judiciaires paraît à cet égard insuffisante, et gagnerait à s'inspirer des dispositions qui gouvernent la procédure d'expertise au bénéfice de l'administration, mais également les conditions d'inscription sur les listes de cours administratives d'appel<sup>4</sup> en ce qui concerne l'obligation faite à l'expert de produire une déclaration de ses liens d'intérêts. Les actions en récusation de l'expert ou en nullité du rapport ne sont pas dépourvues d'intérêt, mais restent marginales dans leur mise en œuvre. Quant aux sanctions disciplinaires, on n'en trouve pas trace... Reste que la procédure de déclaration publique d'intérêts n'a pas empêché des comportements déviants dans d'autres contextes (affaire *Mediator*® et experts de l'Afssaps par exemple), dès lors qu'elle ne faisait l'objet d'aucun contrôle.

La question de l'impartialité de l'expert doit également être envisagée pour les expertises organisées dans un cadre extrajudiciaire, notamment au profit des compagnies d'assurances en matière d'évaluation du dommage corporel. En la matière, la loi comme le règlement sont silencieux, ou presque, ce qui conduit le deuxième chapitre à traiter de l'intérêt de la mobilisation de la déontologie médicale au soutien de l'exigence d'impartialité du médecin-conseil de compagnie d'assurances.

Si le code de déontologie médicale comporte bien un paragraphe dédié à l'exercice de la médecine d'expertise, la jurisprudence constante des juridictions disciplinaires ordinales en limite l'application aux expertises réalisées au profit des juridictions administratives et judiciaires. Le médecin-conseil de compagnie d'assurances reste bien soumis au respect des devoirs généraux des médecins, et notamment aux principes de moralité, de probité et de dévouement<sup>5</sup> ainsi qu'à celui d'indépendance professionnelle<sup>6</sup>. On peut toutefois regretter que les problématiques spécifiques liées à l'exercice de médecin-conseil de compagnie ne reçoivent pas un traitement spécifique, constat partagé par l'auteur de *lege ferenda*. La question de la dépendance financière et intellectuelle vis-à-vis des compagnies d'assurance est en effet une réalité, et se distingue suffisamment du cadre habituel de la relation médicale pour mériter un traitement distinct, quand bien même si la Cour de cassation a reconnu l'absence de lien de subordination juridique entre compagnie et médecin-conseil.

Ces préoccupations sont partagées par les avocats-conseils de victime, qui apportent leur éclairage dans le troisième chapitre de cette première partie.

<sup>4</sup> D. n° 2013-730 du 13 août 2013, art. 7.

<sup>5</sup> Art. R. 4127-3 CSP.

<sup>6</sup> Art. R. 4127-5 CSP.

Le positionnement professionnel est ici plus clair, en tout cas plus simple, dans la mesure où les auteurs assument et revendiquent la plénitude de leur engagement *ad vocare*, selon la double perspective de l'efficacité juridique et du soutien humain. Conscients des enjeux de l'expertise dans la solution du litige, les auteurs adoptent volontiers un ton guerrier, en la considérant comme un combat (*sic*), mené de front avec le médecin-conseil de victime, sans considération de neutralité. Deux observations peuvent être faites à cet égard.

L'ignorance de la neutralité peut tout à fait s'entendre du point de vue de l'avocat, elle s'arrête cependant à la réalité médicale et scientifique telle qu'elle résulte du caractère technique de la mesure l'expertise. Les médecins (expert, conseil de compagnie, conseil de victime) restent tenus au respect des données acquises de la science dans leurs appréciations, tout en déduisant des principes de réparation intégrale et indemnitaire, la personnalisation de l'indemnisation dans la détermination des préjudices subis et dans leur évaluation.

Par ailleurs, si la formule du professeur Testu, faisant de l'expertise « un petit procès décisif au cœur du grand » a fait florès, elle mérite d'être relativisée. Il ne s'agit pas de nier que le juge est quasiment lié techniquement par les conclusions de l'expert, à défaut de l'être juridiquement. Il demeure que les opérations d'expertise et la pratique des dires qui aboutiront à un rapport établi après débat contradictoire ne peuvent être le lieu d'une discussion strictement juridique entre les parties, dont le médecin expert serait le témoin impuissant, dès lors qu'il n'est pas fondé à porter d'appréciations autres que techniques.

#### L'impartialité de l'expert

#### Benoît MORNET

Conseiller à la Cour de cassation

#### INTRODUCTION

Selon l'article 12 du Code de procédure civile, le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

L'impartialité du juge est une exigence bien connue: le juge est impartial en ce qu'il ne prend pas parti pour l'un ou l'autre des protagonistes du procès; l'impartialité ne fait pas obstacle à la prise de décision; c'est peut-être en cela que l'impartialité se distingue de la neutralité, même si les deux notions sont très proches.

Lorsque le juge tranche un litige, il explique dans sa décision quelle est la règle de droit applicable, et en quoi elle permet de trouver la solution au cas d'espèce; c'est ce que nous appelons le *syllogisme judiciaire*. Le juge reste impartial de sorte qu'il peut juger des affaires comparables et avoir ainsi une jurisprudence; pour autant, dans certains domaines, notamment en matière pénale pour le juge d'instruction, il ne peut plus statuer dans une affaire dont il a déjà eu connaissance, car il serait susceptible d'être influencé par la connaissance qu'il a de cette affaire.

Mais il ne suffit pas d'avoir la connaissance juridique pour trancher un litige; de plus en plus, face à la complexité des affaires, le juge a besoin d'une aide technique, notamment en matière médicale. Comment réparer le dommage corporel d'une victime de blessures sans avoir un éclairage médico-légal?

Le rôle du médecin expert, dont la mission est définie par le juge, est de clarifier les aspects techniques du dossier, tant sur la question de l'imputabilité que sur celle de l'évaluation médico-légale, afin de permettre aux parties de discuter utilement, devant le juge, de la question finale de l'indemnisation financière.

La notion d'impartialité s'inscrit dans la déontologie. Selon le dictionnaire Robert, la déontologie est « l'ensemble des règles et devoirs régissant une profession »; le code de déontologie médicale figure aux articles R. 4127-1 à R 4127-112 du Code de la santé publique; le Conseil des barreaux européens a adopté à Strasbourg le 28 octobre 1998, puis a révisé à Lyon le 28 novembre 1998, à Dublin le 6 décembre 2002 et à Porto le 19 mai 2006, le code de déonto-

logie des avocats européens; le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 est relatif à la déontologie de la profession d'avocat; il existe par ailleurs un recueil des obligations déontologiques des magistrats rédigé par le Conseil supérieur de la magistrature (Éditions Dalloz).

Qu'en est-il des experts? Être expert n'est pas une profession en tant que telle; pour autant, il existe également des règles déontologiques qui s'imposent; la première édition des règles de déontologie de l'expert a été publiée en juillet 1978 par la Fédération nationale des compagnies d'experts de justice; elles sont désormais rassemblées dans le code de déontologie de l'expert de justice.

La neutralité de l'expert est définie par le dictionnaire juridique de l'association Henri Capitant comme une « attitude d'impartialité grâce à laquelle, exempt de toute idée préconçue, il doit examiner avec la même attention les éléments favorables ou défavorables à chacune des parties ».

Selon l'article 6 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971, lors de son inscription initiale sur la liste dressée par une cour d'appel, l'expert prête serment, devant la cour d'appel du lieu où il demeure, « d'accomplir sa mission, de faire son rapport et de donner son avis en son honneur et conscience ».

Le livret d'accueil du nouvel expert précise qu'il doit être attentif à la façon dont il va être perçu et adopter une attitude empreinte de dignité (en particulier dans sa tenue et son comportement), de neutralité (dans sa présentation et tout au long de sa mission) et d'écoute (tout en ne perdant pas de vue que son avis doit « faire autorité »).

Tous ces éléments vont dans le même sens; si la neutralité s'apparente beaucoup à l'impartialité, l'attitude empreinte de dignité et d'écoute s'inscrit également dans le devoir d'impartialité de l'expert.

On distingue classiquement l'impartialité objective et l'impartialité subjective.

- Au titre de l'impartialité objective, l'expert ne doit pas se trouver confronté à une situation de conflit d'intérêts, notamment en raison des liens, directs ou indirects, qu'il pourrait entretenir avec l'une des parties.
- Au titre de l'impartialité subjective, l'expert doit faire abstraction de tout préjugé; quelles que soient ses opinions, l'expert doit accueillir et prendre en compte tous les points de vue.
- Il est intéressant de noter que cette exigence d'impartialité apparaît à tous les niveaux de la norme juridique.
- Dans le code de déontologie de l'expert de justice.

L'article I-6 énonce que l'expert doit remplir sa mission avec impartialité. Il doit procéder avec dignité et correction en faisant abstraction de toute opinion subjective, de ses goûts ou de ses relations avec des tiers.

L'article I-7 ajoute que l'expert doit conserver une indépendance absolue, ne cédant à aucune pression ou influence, de quelque nature qu'elle soit.

- Dans le Code de procédure civile, l'article 237 précise que le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité.
- Et dans la norme européenne : l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que :

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Faut-il préciser que du point de vue de la Convention, l'impartialité du juge se transmet à l'expert de justice au travers de la mission confiée par le juge à cet expert.

Plan: il est proposé d'aborder la mise en œuvre du principe d'impartialité pour évoquer ensuite les sanctions du manquement à l'exigence d'impartialité.

#### I. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ

La mise en œuvre du principe d'impartialité de l'expert apparaît dès sa candidature à l'inscription sur une liste d'experts judiciaires (A); elle apparaît ensuite au cours de l'expertise (B); mais l'exigence d'impartialité n'est cependant pas sans limites (C).

# A. La mise en œuvre du principe d'impartialité dès la demande d'inscription de l'expert judiciaire

L'article 2 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires précise les conditions à réunir pour être inscrit ou réinscrit sur une liste d'experts; le 6° de cet article impose au candidat expert de « n'exercer aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise ».

La question de l'indépendance de l'expert judiciaire, notamment à l'égard des sociétés d'assurances, est récurrente.

L'article V-33 des règles déontologiques édictées par la Fédération nationale des compagnies d'experts judiciaires était rédigé comme suit: « l'expert adhérent à une compagnie membre de la Fédération s'interdit d'accepter, sauf à titre tout à fait exceptionnel et hors toute notion de dépendance et de permanence, des missions de quelque nature que ce soit des organismes d'assurances agissant en tant qu'assureur. »

La Fédération est devenue le Conseil national des compagnies d'experts de justice, et les règles déontologiques ont été modifiées, voire assouplies, en 2007; l'article IV-7 énonce désormais que: « L'expert adhérent d'une compagnie membre du Conseil national s'interdit d'accepter des missions de consultant technique d'une partie, dont le caractère récurrent pourrait être de nature à porter atteinte à son indépendance ou à en faire douter. »

S'agissant des médecins, l'article 5 du code de déontologie mentionne que « le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit. »; s'agissant des médecins experts, l'article 105 al. 2 du code de déontologie médicale codifié à l'article R. 4127-105 du Code de la santé publique prévoit que l'expert ne doit « pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services. »

À l'occasion d'un colloque organisé par la Compagnie des experts de justice et le Conseil national des barreaux¹, Bertrand Louvel, alors premier président de la Cour de cassation, s'interrogeait sur ce point: « La procédure d'inscription sur les listes d'experts judiciaires pourrait ainsi utilement évoluer vers plus de transparence afin de mettre en évidence toutes sortes d'activités pouvant entrer en conflit avec l'indépendance requise par l'exercice des missions judiciaires d'expertise. La pratique déjà suivie aujourd'hui, en ce qui concerne la liste nationale, à travers la déclaration des travaux réalisés à la demande des compagnies d'assurances, pourrait servir de modèle à cet égard. »

La question s'est posée devant la Cour de cassation; la deuxième chambre civile a jugé que « le fait qu'un candidat à l'inscription sur la liste des experts judiciaires ait réalisé des missions d'expertise pour des sociétés d'assurances ne constitue pas, en soi, l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise, l'assemblée générale a violé le texte susvisé. » (Cass. 2e civ., 22 mai 2008, no 08-10.314; 27 juin 2013, no 12-60.608).

<sup>1</sup> Colloque à la Cour de cassation « L'expertise: entre neutralité et partis pris », 16 mars 2018.

# B. La mise en œuvre de l'impartialité de l'expert au cours de l'expertise

#### 1. En matière de responsabilité hospitalière

La question de l'indépendance de l'expert se pose notamment en matière de responsabilité médicale hospitalière: l'impartialité de l'expert à l'égard de ses confrères ne doit pas laisser place au doute.

Après avoir mentionné que « le professeur de neurochirurgie désigné comme expert par le tribunal administratif partageait, avec son confrère qui a réalisé l'intervention, des activités menées dans un cadre géographique proche, au sein d'une association professionnelle et que tous deux ont publié, avant et après l'expertise, des travaux scientifiques issus de recherches effectuées en commun », le Conseil d'État a jugé que « l'ensemble de ces circonstances était de nature à susciter un doute légitime quant à l'impartialité de l'expert pour se prononcer sur la manière dont l'intervention du 13 juin 2001 avait été menée. » (CE, 30 mars 2011, n° 330161).

#### Plus récemment, après avoir expliqué:

Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le médecin expert, qui exerçait des responsabilités au sein de la principale organisation syndicale française de gynécologues-obstétriciens, avait, d'une part, pris parti, peu de temps avant la réalisation de l'expertise litigieuse et de manière publique, en expliquant qu'il était selon lui nécessaire que les gynécologues-obstétriciens soient mieux défendus devant les juridictions; d'autre part, mis en place, au sein de l'Union professionnelle internationale des gynécologues-obstétriciens, une commission dont il assurait la direction et qui était notamment chargée d'aider les gynécologues-obstétriciens à faire réaliser des expertises aux fins d'assurer leur défense devant les juridictions saisies de litiges indemnitaires dirigés contre eux.

# le Conseil d'État a jugé que:

Si l'exercice de responsabilités au sein d'organisations syndicales ou professionnelles de médecins n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à la réalisation d'une mission d'expertise, la cour administrative d'appel a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que, dans les circonstances de l'espèce, M. et M<sup>me</sup> X n'étaient pas fondés à mettre en cause l'impartialité du médecin expert. (CE, 23 octobre 2019, n° 423630).

#### 2. Dans le respect du principe de la contradiction

#### Le premier président Louvel rappelait que:

Soucieux de l'information et de l'égalité des parties, l'expert doit aussi veiller à respecter le caractère pleinement contradictoire des opérations d'expertise, comme le rappelle régulièrement la jurisprudence, afin de garantir l'autorité des conclusions techniques auxquelles il parvient. Les écrits de l'expert, tout particulièrement, se doivent de répondre à l'ensemble de ces exigences. Il est exigé de l'expert un rapport impartial et objectif et des avis circonstanciés qui doivent « faire connaître toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner » pour reprendre les termes de l'article 244 du Code de procédure civile².

Cette question apparaît notamment dans le principe du procès équitable en droit européen. Une affaire *Mantovanelli c/ France* (CEDH, 18 mars 1997, *Rec.*, 1997-II), l'illustre bien; les époux Mantovanelli, convaincus que le décès de leur fille avait été provoqué par une administration excessive d'halothane en raison des nombreuses anesthésies, s'adressèrent aux juridictions administratives afin qu'elles désignent le centre hospitalier responsable dudit décès.

#### La Cour de Strasbourg retient que:

Si les époux Mantovanelli avaient pu formuler, devant le tribunal administratif, des observations sur la teneur et les conclusions du rapport litigieux après qu'il leur fut communiqué, la Cour n'est pas convaincue qu'ils avaient là une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci. En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec celle que devait trancher le tribunal: déterminer si les circonstances dans lesquelles de l'halothane avait été administré à la fille des requérants révélaient une faute du CHRN (Centre hospitalier régional de Nancy). Or elle ressortissait d'un domaine technique échappant à la connaissance des juges. Ainsi, bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits.

Dans de telles circonstances, et eu égard aussi au fait que les juridictions administratives rejetèrent leur demande de nouvelle expertise, les époux Mantovanelli n'auraient pu faire entendre leur voix de manière effective qu'avant le dépôt du rapport de l'expertise en cause. Aucune difficulté technique ne faisait obstacle à ce qu'ils fussent associés au processus d'élaboration de celui-ci, ladite expertise consistant en l'audition de témoins et l'examen de pièces. Ils furent pourtant empêchés de participer

<sup>2</sup> Colloque à la Cour de cassation « L'expertise: entre neutralité et partis pris », 16 mars 2018.

à ladite audition alors que les cinq personnes interrogées par l'expert étaient employées par le CHRN et que parmi elles figurait le chirurgien qui avait opéré M<sup>lle</sup> Mantovanelli en dernier lieu, et l'anesthésiste. En conséquence, les requérants n'eurent pas la possibilité de contre-interroger ces cinq personnes dont on pouvait légitimement s'attendre à ce qu'elles déposent dans le sens du CHRN, partie adverse à l'instance. Quant aux pièces prises en considération par l'expert, les intéressés n'en eurent connaissance qu'une fois le rapport achevé et communiqué.

Ainsi, les époux Mantovanelli n'eurent pas la possibilité de commenter efficacement l'élément de preuve essentiel. La procédure n'a donc pas revêtu le caractère équitable exigé par l'article 6 par. 1 de la Convention (art. 6-1). Partant, il y a eu violation de cette disposition (art. 6-1).

#### 3. Dans le comportement de l'expert : l'impartialité subjective

L'expert ne doit avoir aucun parti pris dans la conduite de sa mission. Dans la jurisprudence, l'impartialité subjective est présumée.

#### L'article II.6 du code de déontologie précise:

Au cours de ses opérations l'expert fait preuve de l'autorité nécessaire pour que les diligences incombant aux parties soient exécutées sans retard et que les débats demeurent constructifs et sereins.

Il conserve une attitude digne et évite tout comportement vis-à-vis des parties ou de leurs conseils susceptible de faire douter de son impartialité. Il fait preuve d'une écoute attentive et compréhensive à l'égard des parties, qu'elles soient ou non assistées de conseils.

## La Cour de cassation a jugé:

qu'ayant relevé que l'impartialité de l'expert ne pouvait être critiquée sur la base d'un échange verbal traduisant seulement une tension perceptible n'apparaissant pas uniquement imputable à l'expert, la cour d'appel a pu en déduire, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que ce fait n'était pas de nature à affecter les constatations techniques sous-tendant les conclusions expertales et décide de ne pas ordonner une nouvelle expertise (Cass. 2º civ., 9 juillet 2009, n° 08-16.825).

## C. L'exigence d'impartialité n'est cependant pas sans limite

## 1. Pour la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour EDH avait déjà posé une limite en imposant la nécessité d'objectiver l'impartialité alléguée par une partie. Dans un arrêt *Hauschildt c/Danemark*,

la Cour précise que ce qui importe, c'est de vérifier si, indépendamment de la conduite personnelle de l'expert, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier (CEDH, 24 mai 1989, req. n° 10486/83).

Dans un arrêt, *Brandstetter c/ Autriche* (CEDH, 28 août 1991, n° 11170/84), la cour de Strasbourg devait se prononcer sur une affaire qui concernait un négociant en vins qui avait été condamné pour frelatage à la suite d'une expertise réalisée par un agent de l'institut agricole qui avait provoqué le déclenchement de l'action publique.

Elle a considéré que « la circonstance qu'un expert travaille pour le même laboratoire qu'un confrère, dont l'avis constitue la base de l'acte d'accusation, n'autorise pas en soi à le croire incapable d'agir avec la neutralité voulue ». Pour la Cour, « en juger autrement limiterait dans bien des cas, de manière inacceptable, la possibilité pour les tribunaux de recourir à l'expertise. »

Tout en admettant que l'appartenance de l'expert au même laboratoire que son confrère pouvait inspirer à l'autre partie des appréhensions, elle relève que « si de tels sentiments peuvent revêtir de l'importance, ils ne sont pas déterminants; le problème décisif consiste à savoir si les inquiétudes nées des apparences peuvent passer pour objectivement justifiées. »

Le recours à un expert très spécialisé peut souvent conduire à désigner un expert qui a travaillé, comme consultant, pour un professionnel impliqué dans le litige.

François-Henri Briard admettait récemment que « la pénurie d'experts dans certains domaines justifie de ne pas leur appliquer de façon trop mécanique les exigences d'impartialité qui s'appliquent au juge. L'exigence d'impartialité doit donc être conciliée avec la qualité de l'expertise<sup>3</sup>. »

#### 2. Pour la Cour de cassation

La deuxième chambre civile juge que « si l'activité de l'expert n'était pas limitée à la réalisation de missions d'expertise judiciaire, rien ne permettait de retenir qu'il interviendrait à titre quasi exclusif pour le compte de tel ou tel assureur et d'autre part que l'unique correspondance d'un avocat produite à cet effet, se bornant à indiquer que ce même expert était régulièrement missionné par des compagnies d'assurances et le Fonds de garantie, était insuffisante à mettre sérieusement en cause son indépendance et plus particulièrement à faire douter de son impartialité dans l'accomplissement de la mission. » (Cass. 2e civ., 29 janvier 2015, n° 14-10.400)

Plus récemment, la première chambre civile a confirmé cette position:

<sup>3</sup> Briard (F. H.), Les fondements légaux de l'impartialité et de l'indépendance des experts, colloque CETAN Europe, 9 novembre 2018.

Mais attendu qu'ayant relevé que le sapiteur auquel avait fait appel l'expert intervenait sur l'ensemble du territoire national pour la totalité des compagnies d'assurances, qu'il ne dépendait économiquement d'aucune compagnie ni d'aucun client, que la société Groupama ne représentait, en 2008, que 6,2 % de son chiffre d'affaires et que la personne qui avait personnellement accompli la mission sollicitée par l'expert était elle-même collaborateur occasionnel du service public de la justice, la cour d'appel a pu retenir que le laboratoire ne pouvait être soupçonné de partialité dans sa mission de sapiteur et que le caractère objectif de l'expertise était, en outre, accrédité par le fait que l'expert, dont la neutralité n'était pas mise en cause, s'était lui-même approprié les constatations du sapiteur.

#### 3. Pour le Conseil d'État

Le Conseil d'État a validé le raisonnement de la cour administrative d'appel estimant qu'eu égard, d'une part, aux obligations déontologiques et aux garanties qui s'attachent tant à la qualité de médecin qu'à celle d'expert désigné par une juridiction et, d'autre part, à la circonstance que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) gère 37 hôpitaux et emploie plus de 20 000 médecins, l'appartenance d'un médecin aux cadres de cet établissement public ne pouvait être regardée comme suscitant par elle-même un doute légitime sur son impartialité, faisant obstacle à sa désignation comme expert dans un litige où l'AP-HP est partie (CE, 23 juillet 2014, n° 352407).

#### II. LES SANCTIONS DU MANOUEMENT À L'EXIGENCE D'IMPARTIALITÉ

Précision préalable : la Cour de cassation a pu rappeler que la non-réinscription d'un expert par l'assemblée générale des magistrats du siège d'une cour d'appel n'est pas une sanction.

L'assemblée générale des magistrats du siège d'une cour d'appel, décidant de ne pas réinscrire un expert sur la liste des experts judiciaires, n'inflige aucune sanction, ne refuse ni ne restreint un avantage dont l'attribution constituerait un droit, ne tranche aucune contestation sur les droits et obligations de caractère civil préexistants et ne prend aucune décision entrant dans le champ d'application des dispositions de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 juin 2007, n° 07-10.118).

<sup>4</sup> Cass. 1re civ. 9 juin 2017, no 16-13,810

Mais elle laisse aux assemblées générales des magistrats du siège un pouvoir souverain d'appréciation; elle a notamment jugé « qu'appréciant souverainement l'activité professionnelle d'expert privé déployée, à titre quasi exclusif pour le compte d'assureurs, par un candidat à sa réinscription sur la liste des experts judiciaires d'une cour d'appel, l'assemblée générale des magistrats du siège a pu retenir, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, qu'une telle situation constituait l'exercice d'activités incompatibles avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions d'expertises judiciaires. » (Cass. 2º civ., 14 mai 2009, n° 09-11.466)

Même s'il ne s'agit pas d'une sanction, le manque d'impartialité de l'expert, alors qu'il était inscrit, peut justifier cette non-réinscription.

Le manquement à l'exigence d'impartialité peut être sanctionné avant le dépôt du rapport, par la récusation de l'expert (A), et après le dépôt du rapport par la nullité du rapport d'expertise (B). Ce manquement pourrait enfin, théoriquement, donner lieu à une sanction disciplinaire (C).

# A. Avant le dépôt du rapport d'expertise : la récusation de l'expert judiciaire

L'article 234 du Code de procédure civile permet aux parties de demander la récusation de l'expert pour les mêmes causes que les juges.

L'article 341 du Code de procédure civile précise que la récusation d'un juge est admise pour les causes prévues à l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire, à savoir:

- 1° Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation;
- 2° si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties;
- 3° si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement;
- 4° S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint;
- 5° s'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties;
- 6° si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties;

- 7° s'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint;
- 8° s'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties;
- 9° s'il existe un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

#### 1. Le défaut d'impartialité au soutien d'une demande de récusation

Pour la Cour de cassation, le requérant qui n'a pas fait usage de la faculté de récusation n'est pas recevable à invoquer devant elle le moyen tiré de la violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au motif qu'il doit en ce cas être regardé comme ayant renoncé à un tel moyen:

Attendu que M<sup>me</sup> D. reproche à l'arrêt statuant au fond d'avoir été rendu par un collège de magistrats présidé par M. B., qui figurait déjà dans la composition de la cour d'appel ayant rejeté la même demande présentée en la forme des référés, alors, selon le moyen, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial; que cette exigence doit s'apprécier objectivement; qu'il en résulte que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'instauration d'une expertise, il ne peut ensuite statuer sur la demande au fond tendant aux mêmes fins et rejetée pour les mêmes motifs sans que soient méconnues les exigences de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Mais attendu qu'il résulte de la procédure que les débats ont eu lieu devant une formation collégiale dont la composition, conforme à l'ordonnance du premier président fixant la répartition des juges dans les différents services de la juridiction, était nécessairement connue à l'avance de M<sup>me</sup> D. représentée par son avoué; que celle-ci n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant M. B. par application de l'article 341.5° du nouveau Code de procédure civile et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, elle a ainsi renoncé sans équivoque à s'en prévaloir5.

Pour le Conseil d'État, un requérant ne peut s'en prévaloir pour la première fois en cassation lorsque le défaut d'impartialité pouvait être relevé devant les juges du fond: la société requérante soutient devant le Conseil d'État que

<sup>5</sup> Cass, ass. plén., 24 novembre 2000, n° 99-12.412.

l'expert désigné par la cour a publié, le 30 décembre 2009, sur le site Internet d'une commune, un commentaire très hostile à l'égard des entreprises du secteur éolien et des projets de constructions d'éoliennes et que, par suite, en raison du défaut d'impartialité de cet expert, l'arrêt rendu le 30 juin 2011 l'a été au terme d'une procédure irrégulière; que, toutefois, la requérante ne saurait invoquer pour la première fois en cassation le moyen, qui n'est pas d'ordre public, tiré de ce que des déclarations de l'expert rendues publiques antérieurement à l'arrêt attaqué auraient été de nature à susciter un doute légitime quant à son impartialité dans l'accomplissement de sa mission d'expertise; que, dès lors, ce moyen ne peut qu'être écarté (CE, 30 décembre 2013, Société EDP Renewables France, n° 352693).

#### 2. La procédure de récusation de l'expert judiciaire.

Cette procédure est organisée par les articles 234 et 235 du Code de procédure civile.

La requête en récusation de l'expert n'est soumise à aucune forme particulière. Elle doit être déposée devant le juge qui a commis l'expert ou devant le juge chargé du contrôle.

Elle doit en outre être déposée, à peine d'irrecevabilité, avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause de la récusation.

Le juge statue après avoir recueilli les observations de l'expert dont la récusation est demandée.

Mais attention, l'expert ne doit pas devenir partie à la procédure de récusation; s'il conclut contre le demandeur à la récusation, il perd son impartialité. L'expert, qui n'est pas une partie au litige à l'occasion duquel il a été désigné, n'a pas de voie de recours.

Dans une affaire, à la suite d'avaries survenues aux moteurs de navires et bateaux de plaisance, par ordonnance du 21 avril 2004, M. E a été désigné en qualité d'expert avec mission de fournir tous éléments permettant d'apprécier les responsabilités encourues et de donner son avis sur les divers chefs de préjudice subis; au vu du rapport préliminaire déposé le 20 juillet 2006, une partie a demandé la récusation de l'expert en soutenant qu'il n'avait pas respecté son devoir d'impartialité; l'expert a constitué avocat et fait valoir ses observations par l'intermédiaire de son conseil.

### La Cour répond:

pour admettre la constitution d'un avocat pour représenter le technicien et le dépôt par lui de conclusions, la cour d'appel retient que si, s'agissant d'une requête en récusation, l'expert ne saurait être partie à l'instance, il n'en demeure pas moins qu'il peut intervenir aux débats « en qualité d'intervenant » et faire valoir ses observations par l'intermédiaire de son conseil;

en statuant ainsi alors que le technicien n'est pas partie à la procédure en récusation formée à son encontre et que l'intervention a pour objet de rendre un tiers partie au procès, la cour d'appel a violé les textes susvisés6.

Dans une affaire récente, la Cour de cassation a réaffirmé sa jurisprudence sur l'impartialité de l'expert à l'égard des sociétés d'assurances.

Une partie au procès soutenait la récusation de l'expert sur un manquement à l'impartialité:

Le moyen soutenait notamment que l'article 341 du Code de procédure civile, qui prévoit limitativement huit cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de tout expert judiciaire; que dans ses conclusions d'appel, la société S. faisait expressément valoir que M. C était associé majoritaire de la société dont l'activité principale était « d'effectuer des expertises dans le domaine du BTP pour le compte de compagnies d'assurances ».

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation répond que la cour d'appel a relevé qu'il n'était pas allégué un lien de subordination au sens de l'article L. 111-6, 7°, du Code de l'organisation judiciaire envers les sociétés d'assurances et rappelé que le fait pour un expert de réaliser des missions d'expertise pour des sociétés d'assurances ne constituait pas en soi l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'expert judiciaire, puis retenu que la société dans laquelle exerçait M. C. n'avait pas pour seule activité l'expertise pour le compte d'assureurs, celle-ci réalisant également des diagnostics immobiliers et des expertises pour le compte de tiers, et le chiffre d'affaires invoqué par la société n'étant pas le seul résultat d'expertises menées pour le compte d'assureurs (Cass. 2° civ., 15 octobre 2015, n° 14-22.932).

# B. Après le dépôt du rapport d'expertise : la nullité du rapport d'expertise

La première chambre de la Cour de cassation a récemment rappelé qu'une partie à une instance, au cours de laquelle une expertise judiciaire a été réalisée, a la possibilité de faire sanctionner une méconnaissance par l'expert du principe de l'impartialité en sollicitant sa nullité (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 2018, n° 17-28.529).

Mais la preuve du manquement à l'impartialité reste souvent délicate.

Un arrêt ancien révèle bien la difficulté; dans un litige, ayant constaté que les consorts P. et la société P. s'étaient bornés, dès qu'ils avaient eu connaissance de la cause de récusation invoquée, à adresser un avertissement à l'expert sans mettre en œuvre, préalablement au dépôt du rapport d'expertise, la procédure de récusation prévue à l'article 234 du nouveau Code de procédure civile, c'est à bon droit que la cour d'appel a fait application de l'article 237 du nouveau Code de procédure civile et, estimant, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, qu'il n'était pas justifié des griefs de subjectivité et de partialité allégués à l'encontre de l'expert, a écarté le moyen de nullité invoqué par la société P. et les consorts P. (Cass. 2° civ., 23 novembre 2000, n° 97-11.950).

Plus récemment, c'est la société d'assurance garantissant le décès et l'invalidité qui demandait la nullité du rapport d'expertise en raison d'un manquement à l'impartialité de l'expert.

#### L'assureur faisait valoir que:

le médecin expert avait déjà examiné M. T. le 15 mai 2007, ce dont il avait averti les parties au moment seulement du dépôt de son rapport, et conclu que celui-ci était atteint d'une psychose délirante invalidante insusceptible d'amélioration, ce dont il résultait que sauf à se désavouer, cet expert ne pouvait émettre un avis contraire et en conséquence se prononcer de manière impartiale sur l'état de M. T. lors de son examen médical pendant les opérations d'expertise; il soutenait donc qu'en refusant d'annuler l'expertise, la cour d'appel avait violé l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 237 du Code de procédure civile.

## Réponse de la Cour:

ayant constaté que M. T. avait été examiné par chacun des deux experts commis et que l'avis, tel que reproduit dans le rapport litigieux, émis par l'expert, judiciairement désigné à l'occasion d'un litige distinct opposant M. T. à l'assureur d'un contrat de prêt conclu en 1989, portait également sur son état de santé, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel, estimant qu'il n'était pas justifié du grief de subjectivité à l'encontre de l'expert, a écarté le moyen de nullité invoqué par la société d'assurances (Cass. 2º civ., 12 mai 2016, n° 15-15.317).

Dans une autre affaire, une partie soutenait un manquement à l'impartialité de l'expert, dont l'activité professionnelle d'expert privé déployée, à titre régulier, pour le compte d'assureurs et du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) était incompatible avec l'indépendance nécessaire

à l'exercice de sa mission judiciaire d'expertise, spécialement dans un litige concernant le FGAO.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt qui mentionnait que rien ne permettait de retenir qu'il interviendrait à titre quasi exclusif pour le compte de tel ou tel assureur et d'autre part que l'unique correspondance d'un avocat produite à cet effet, se bornant à indiquer que ce même expert était régulièrement missionné par des compagnies d'assurances et le Fonds de garantie, était insuffisante à mettre sérieusement en cause son indépendance et plus particulièrement à faire douter de son impartialité dans l'accomplissement de la mission (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 janvier 2015, n° 14-10.400).

### C. La sanction disciplinaire

L'article 6-2 de la loi du 29 juin 1971 prévoit que toute contravention aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits étrangers aux missions qui lui sont confiées, expose l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires.

Théoriquement, le manquement à l'impartialité pourrait donc faire l'objet de poursuites disciplinaires.

Mais les recherches menées ne permettent pas de trouver un tel cas qui reste donc totalement théorique.

On retiendra donc que la récusation de l'expert et la nullité du rapport d'expertise sont les deux sanctions du manquement à l'impartialité de l'expert judiciaire.

#### **CONCLUSION**

Est-il encore besoin de rappeler l'importance d'une expertise dans un procès; d'aucuns disent que le procès se joue deux fois: d'abord à l'expertise, puis devant le juge; et en matière de dommage corporel, certains conseils vont jusqu'à soutenir que tout se joue à l'expertise puisque c'est l'évaluation médico-légale qui va guider le juge dans l'évaluation de l'indemnisation.

Si l'article 146 du Code de procédure civile énonce utilement qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve, force est d'admettre que l'expertise technique, notamment en matière médicale, est un soutien probatoire essentiel pour la victime d'un préjudice.

Et c'est ici que peut apparaître un paradoxe: la victime d'un dommage va solliciter et obtenir une expertise dont la force probatoire est indiscutable;

mais l'expert, qui vient donc au soutien de la charge de la preuve qui pèse sur la victime, va conserver son impartialité en ce sens qu'il ne prendra pas parti et restera un technicien dont le rôle est d'éclairer les parties et le juge, et de les aider ainsi à trouver une solution au litige.

En matière médicale, la victime se voit généralement proposer une expertise par la société d'assurance en charge de l'indemnisation. Mais le médecin expert d'assurance ne bénéficie pas de l'apparence d'impartialité puisqu'il est mandaté par celui-là même qui est en charge de l'indemnisation. À ce stade, c'est la victime, ou bien souvent son avocat, qui va apprécier et évaluer, non pas vraiment l'impartialité, mais plutôt l'objectivité du médecin expert d'assurance. Si la victime ou son avocat ont un doute, ils pourront solliciter une expertise judiciaire. C'est seulement à ce stade que l'impartialité de l'expert sera garantie en ce que, mandaté par un juge, il devra répondre aux exigences d'impartialité du juge; et tant le médecin-conseil de l'assureur que le médecinconseil de la victime pourront l'un comme l'autre, par leur présence et leurs dires éventuels, garantir le principe de la contradiction, dont on a vu qu'il est un pilier de l'impartialité.

C'est ce qui faisait écrire au professeur François-Xavier Testu que la phase expertale du litige est souvent devenue « comme un petit procès décisif au cœur du grand ».

# Expertise médicale et évaluation du dommage corporel : déontologie ?

#### Sylvie MAILLARD

Juriste assistant au Parquet du Tribunal judiciaire de Brest Membre du Comité d'éthique du CHRU de BREST Membre du laboratoire IODE – Université de Rennes 1 – UMR CNR n° 6262

#### INTRODUCTION

Depuis quelques années, un climat de défiance plane autour de la médecine qui consacre sa pratique à l'expertise médicale ou l'évaluation du dommage corporel. La relation du médecin avec la victime, le blessé ou l'accidenté en recherche de réparation est à la limite de la dissension. Cette pratique, dissymétrique par nature, est chevillée au corps d'enjeux économiques et judiciaires importants tant pour la victime que pour les organismes payeurs. L'expertise et l'évaluation du dommage corporel sont la clé de voûte pour les institutions judiciaires, médiatrices ou assurantielles chargées de valoriser et d'indemniser le préjudice subi.

Sur le plan technique, les médecins semblent peu critiqués. Ils le sont davantage sur le plan éthique. En effet, autant le médiateur de la République en 2006 et 2009¹ que son successeur le Défenseur des droits en 2014² ont appelé de leurs vœux à davantage d'humanité et de considération pour le patient dans cette pratique singulière. Notons également que la France a été condamnée par la CEDH pour des anomalies dans le déroulement d'expertises judiciaires à deux reprises (arrêt *Mantovanelli c/ France*, 18 mars 1997, *Rec.*, 97-II; arrêt, *G. B. c/France*, 2 octobre 2001, n° 44069/98, CEDH 2001-X) pour défaut de contre-expertise contradictoire.

Le rôle de la déontologie consiste à prévenir tout déséquilibre et à poser le postulat selon lequel tout acte médical, quel qu'il soit, doit se dérouler par le prisme de la bienveillance, la bienfaisance, la loyauté, l'intégrité et l'indépendance du médecin. Aussi, compte tenu des critiques qui affluent, se pose notamment la question de savoir si les règles de déontologie applicables

<sup>1 «</sup> Expertise médicale judiciaire: un débat nécessaire » in Journal du médiateur de la République, avril 2008, n° 36; « La qualité des expertises médicales judiciaires en question », Le Médiateur de la République, Rapport annuel au président de la République et au Parlement, 2009, p. 55,56.

<sup>2</sup> Décision du Défenseur des Droits, 30 juillet 2014, MSP 2014-093.

sont suffisantes dans le domaine de l'expertise médicale et de l'évaluation du dommage corporel.

À titre liminaire et avant d'envisager de répondre à cette question, il a paru important d'étudier la construction et l'évolution juridiques des règles de déontologie.

Le premier code de déontologie a été publié sous la forme d'un règlement d'administration publique le 28 juin 1947<sup>3</sup>. à la suite de l'ordonnance du 26 septembre 1945, fondant l'Ordre des médecins. Une deuxième version a vu le jour en 1955<sup>4</sup>, sous la forme d'un décret en Conseil d'État, puis une troisième en 1979<sup>5</sup>. Depuis, ce texte observe des mutations; il s'adapte aux différentes évolutions sociales, juridiques et scientifiques de la société, passant ainsi de 74 articles en 1947 à 91 en 1979. Le décret du 6 septembre 1995<sup>6</sup>. en a profondément réformé la structure et le fond. Depuis il est régulièrement retouché par différents décrets<sup>7</sup>. À ce jour, il comprend 114 articles.

Ces règles ont été transportées dans le Code de la santé publique, aux articles R. 4127-1 à R. 4127-1148<sup>8</sup> depuis le 8 août 2004<sup>9</sup>. La déontologie est devenue une règle juridique à part entière<sup>10</sup>, reconnue par la Cour de cassation pour les premières fois, à l'appui d'une action en dommage et intérêt contre un médecin en 1995<sup>11</sup> et 1997<sup>12</sup>.

<sup>3</sup> Règlement d'administration publique n° 47-1169 du 27 juin 1947.

<sup>4</sup> Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955.

<sup>5</sup> Décret n° 79-506 du 28 juin 1979.

<sup>6</sup> Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par le décret n° 97-503 du 21 mai 1997.

<sup>7</sup> Décret n° 97-503 du 21 mai 1997 portant mesures de simplification administrative; décret n° 2003-881 du 15 septembre 2003 modifiant l'article 77 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale; décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du Code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce Code; décret n° 2005-481 du 17 mai 2005 modifiant le code de déontologie médicale; décret n° 2006-120 du 6 février 2006 relatif à la procédure collégiale prévue par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique; décret n° 2006-1585 du 13 décembre 2006 relatif au médecin collaborateur libéral et au médecin salarié et modifiant le code de la santé publique; décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement; décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale.

<sup>8</sup> Intégré au CSP par décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du Code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce Code.

<sup>9</sup> Abrogé et intégré au CSP par décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du Code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.

<sup>10</sup> Terrier (Emmanuel), *Déontologie médicale et droit*, thèse de droit privé, 25 octobre 2002, LEH Édition, coll. « Thèses », 527 p.

<sup>11</sup> Cass. 1re civ., 30 octobre 1995, nos 93-20.544, 93-20.579 et 93-20.786, Bulletin, no 383, I, 1995, p. 267.

<sup>12</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 1997, n° 95-12.576, *Bulletin*, n° 99, I, 1997, p. 65; Cass. 1<sup>re</sup> civ. n° 96-19161, 27 mai 1998, publié au *Bulletin*, Moquet-Anger (Marie-Laure), « Déontologie médicale, droit ou autorégulation avec contrôle juridictionnel?», *in* Feuiller-Le Mintier (Brigitte), dir., *Normativité et biomédecine*, Economica, 2003, p. 130.

Cette déontologie est abondamment commentée, par ceux-là mêmes qui l'écrivent. Des commentaires ont été publiés en 1987 et 2001 sous format papier. À ce jour, ils sont dématérialisés et consultables sur le site Internet du Conseil national de l'Ordre des médecins. Si ces commentaires n'ont aucune valeur juridique, ils sont néanmoins importants pour comprendre les motivations des rédacteurs de ce code tant sur le fond que sur la forme. Ils seront largement utilisés pour cette étude, de même que certains rapports du Conseil national de l'Ordre des médecins.

La portée de la déontologie est large. Elle s'applique à tous les médecins et les étudiants en médecine civils, en mission de service public ou non. Seuls les médecins militaires en sont écartés parce qu'ils sont soumis à un code spécifique à leur statut (décret de 1981, modifié en 2008<sup>13</sup>).

Partant, le médecin qui pratique l'expertise ou l'évaluation d'un dommage corporel – dans un cadre public ou privé, expert de justice, conseil d'assurance ou des victimes – doit observer les principes inscrits aux devoirs généraux des médecins sous peine de s'exposer à une plainte de nature disciplinaire.

À cela, il convient d'ajouter qu'en matière de justice, tout médecin expert inscrit sur la liste d'une cour d'appel est soumis aux règles de procédures civiles (articles 233, 238, 239, 240, 244, 248, 273, 275, 276, 279, 283) ainsi qu'aux dispositions de l'article 2-II de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971<sup>14</sup> et leurs décrets d'application<sup>15</sup>; il est aussi tenu de prêter serment en ces termes:

Je jure d'apporter mon concours à la justice, d'accomplir ma mission, de faire mon rapport et de donner mon avis en mon honneur et en ma conscience.

Cette prestation a une connotation déontologique : la loyauté, la conscience, la diligence, l'impartialité et la neutralité. Elle crée une obligation éthique et des devoirs disciplinaires. Selon l'article 6.2 de ladite loi :

Toute contravention aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits étrangers aux missions qui lui ont été confiées, exposent l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires.

Les sanctions peuvent être de l'ordre de l'avertissement, la radiation temporaire pour une durée maximale de trois ans, la radiation avec privation définitive

<sup>13</sup> Décret n° 2008-967 du 16 septembre 2008 fixant les règles de déontologie propres aux praticiens des armées.

<sup>14</sup> Modifiée les 11 février 2004, 17 juin 2008, 22 décembre 2010 et 27 mars 2012.

<sup>15</sup> Décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires (art. 26)/Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

du droit d'être inscrit sur une des listes prévues à l'article 2, ou le retrait de l'honorariat.

De son côté, l'expert judiciaire coopérant avec les tribunaux administratifs et les cours d'appel administratives est soumis aux dispositions des articles R. 621-1 à R. 621-14 du Code de justice administrative. Il doit également prêter serment; cependant, le serment se fait par écrit et est renouvelé à chaque mission. Il jure d'accomplir sa mission avec conscience, objectivité, impartialité et diligence (R. 621-3 CJA). Il ne peut accepter une mission que s'il estime qu'elle entre dans le champ de ses compétences, qu'il peut la remplir dans les délais impartis, faute de quoi il s'expose à être condamné à des frais frustratoires et à des dommages et intérêts (article R. 621-4 du CJA).

Un *vademecum* de l'expert de justice publié par le Conseil national des compagnies d'experts de justice<sup>16</sup> pour la première fois en 1978 détaille des règles de déontologie propres à l'association et applicables aux compagnies membres et aux médecins experts de justice affiliés. La dernière version a été actualisée en 2015<sup>17</sup>.

Un Guide de l'expert près les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel mis à jour en 2016 rappelle à l'expert le cadre de sa mission comme « son engagement en son honneur et en sa conscience, la nécessité d'avoir une réflexion globale sur sa situation personnelle et professionnelle au regard des dispositions de l'article 6 de la CEDH », sous-entendu sur les questions de l'indépendance, d'impartialité et même de la disponibilité au regard du délai raisonnable<sup>18</sup>.

De son côté, l'ANAMEVA, Association nationale des médecins-conseils de victimes d'accident avec dommage corporel, dispose d'une Charte déontologique, moins ambitieuse et rappelant quelques règles de déontologie officiellement opposables. Un chapitre 4.3, très intéressant, est consacré à la relation du médecin avec la personne blessée.

Toutefois, il semble important de préciser que seule une chambre disciplinaire du Conseil de l'Ordre dispose du pouvoir de prononcer une interdiction d'exercer à l'encontre d'un médecin expert ou d'un médecin qui pratique l'évaluation du dommage corporel, ce qui fait du code de déontologie médicale le *corpus* le plus pénaliste de l'ensemble de tous ces textes.

Sur le fond, l'ensemble de ces différents *corpus*, normatifs ou non, ainsi que la prestation de serment obligatoire devant une cour administrative ou judiciaire

<sup>16</sup> Anciennement Fédération nationale des compagnies d'experts de justice (FNCEJ).

<sup>17</sup> https://www.cncej.org/uploads/document/file/11/446\_vade-mecum\_4e\_edition\_2015\_.pdf

<sup>18</sup> Guide de l'expert devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, 2016, https://www.cncej.org/uploads/document/file/21/611\_Guide\_ADMINIST.pdf

laisse penser que les règles de conduite en matière d'évaluation du dommage corporel sont nombreuses et suffisantes, tant elles se divisent en diverses chapelles. Certaines sont d'ailleurs redondantes et contribuent à la multiplication des sanctions disciplinaires possibles devant différentes instances, notamment pour le médecin expert judiciaire soumis au processus disciplinaire du conseil de l'Ordre des médecins, des autorités judiciaires et le cas échéant le Conseil national des compagnies d'experts de justice.

Le tout est certainement révélateur d'une professionnalisation progressive de l'expertise médicale et de l'évaluation du dommage corporel par l'effet de la loi de 1971 notamment. Médecins experts judiciaires, médecins-conseils d'assurance ou médecins de recours se regroupent sous la forme associative ou sur l'impulsion des assureurs.

Mais aussi séduisante que soit l'idée de répétition de principes essentiels, trop de règles ne vont-elles pas tuer la règle? Il est dommage, par exemple, qu'aucune de ces lignes de conduite ne renvoie en préambule à la déontologie applicable – en toutes circonstances – à tout professionnel inscrit à un tableau de l'Ordre.

Il est tout autant dommage que ce mouvement de professionnalisation ne semble pas avoir été appréhendé par la déontologie médicale traditionnelle qui devrait pourtant transcender toutes les chapelles. Que dit-elle exactement? Quelles sont les directives données pour cette pratique spécifique qui inquiète particulièrement le Défenseur des Droits?

À première vue, des obligations déontologiques générales pèsent sur tous les médecins et sont applicables aux médecins pratiquant l'évaluation du dommage corporel, quelles que soient les raisons pour lesquelles les personnes s'adressent à eux. Parmi ces obligations figurent en particulier celles du respect dû à la personne (art. R 4127-2 CSP), de moralité, de probité et de dévouement (art. R. 4127-3 CSP), du respect du secret professionnel (art. R. 4127-4 CSP), d'attitude « correcte et attentive envers la personne examinée » (art. R. 4127-7), celle qui consiste à ne pas déconsidérer la profession par une attitude répréhensible (art. R. 4127-31), celle de prise en charge consciencieuse et dévouée desdites personnes (art. R. 4127-32). Figurent ensuite des dispositions particulières pour le médecin d'expertise aux articles R. 4127-104 à R. 4127-108 du même Code.

Le premier constat est le suivant: la déontologie médicale a une portée essentiellement tournée vers l'acte de soins (I) et consacre très peu d'intérêt

<sup>19</sup> PAINEAU (Guillaume) et al., « Responsabilités de l'expert judiciaire médical: des exigences déontologiques renforcées pour une activité accessoire », Méd droit, Paris, 2019, https://doi.org/10.1016/j. meddro.2019.12.001

à l'expertise médicale et encore moins à l'évaluation du dommage corporel (II). En témoignent les jurisprudences des chambres disciplinaires de l'Ordre des médecins, la déontologie n'est pas assez préventive et pédagogue sur cette pratique (III).

### I. LA PORTÉE GÉNÉRALISTE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE AUX ACTES DE SOINS

À son origine, la déontologie ne s'est pas du tout intéressée aux questions d'expertise médicale ou d'évaluation du dommage corporel. En 1947, il n'existait aucun article du code traitant spécifiquement de ce type d'exercice. La déontologie s'est attachée, à ses débuts, à décrire les conditions d'un acte de soins conforme à la morale et à l'éthique. Or, l'évaluation du dommage corporel n'est pas *stricto sensu* un acte de soins, mais un acte médical, voire un acte médico-légal.

En 1947, nous trouvions, tout au plus, un titre II intitulé « Devoirs des médecins envers les malades », composé des articles 23 à 43 rappelant brièvement quelques obligations envers la personne soignée comme le souci de conserver la vie humaine, de se montrer correct envers le malade et de ne pas faire de discrimination sur la base des bonnes mœurs. Le chapitre consacré aux devoirs envers les malades s'apparentait davantage à un exposé du droit des médecins que de leurs devoirs envers les malades et à la prédominance du paternalisme médical.

La déontologie a évolué à partir de 1955 avec l'introduction de l'article 2 consacré au respect de la vie et de la personne humaine (A) pour s'affiner vers le respect de la dignité de la personne (B) et le principe de considération attentive envers la personne examinée (C). Néanmoins, sa portée reste surtout consacrée à la médecine de soins.

# A. Le principe du respect de la vie et de la personne humaine

La déontologie en appelle aux notions de « respect dû à la personne » de « dignité », de « conscience », de « compétence » depuis 1955 sans distinguer d'exercice particulier. L'article 2, à cette période, rappelle les principes fondamentaux de bienveillance: « Le respect de la vie et de la personne humaine constitue en toutes circonstances le devoir primordial du médecin. » Cet article n'existait pas en 1947. Dans la version de 1979, il évolue en ces termes: « Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine. »

Dans la version de 1995, une modification et un alinéa supplémentaire ont été ajoutés:

Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort.

La notion de dignité fait son apparition, ainsi que la nécessité de considérer la personne au-delà de sa vie. Pour l'institution ordinale, ces principes « d'obligation éthique » en appellent à la conscience du médecin.

En commentaires, il est noté que « **toute l'éthique médicale est contenue dans cet article** » (commentaires de 1987), ou que « l'essentiel de l'éthique médicale est condensé dans cet article qui fait ressortir les obligations morales du médecin » (commentaires de 2001 et 2012).

La référence à la dignité de la personne était déjà présente dans la version du code de déontologie datée de 1979, mais seulement en son article 35, soit limitée aux devoirs envers les personnes malades et non au titre des devoirs généraux des médecins. Cet article rappelait la nécessité pour le médecin de présenter une « attitude correcte » devant respecter la dignité du patient. La dignité n'était pas placée au titre des principes fondamentaux. Elle a été déplacée en 1995 à l'article 2, soit comme principe fondamental, avec pour commentaires des références à l'article 16 du Code civil, à l'arrêt *Milhaud* du 2 juillet 1993<sup>20</sup> et à une décision du Conseil d'État, inspirée de l'avis n° 7 du CCNE<sup>21</sup>.

## B. Le principe du respect de la dignité de la personne

Dans sa version en vigueur depuis le 8 avril 2016, les commentaires de l'article 2 se réfèrent au serment de Genève de l'Association médicale mondiale: le médecin est « au service de l'humanité ».

Ce service fait la grandeur de la médecine, à la Convention d'Oviedo: « L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science »; à la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948: « Tous les êtres humains naissent et demeurent libres et égaux en dignité et en droits »; à l'article 2 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, adoptée le 11 novembre 1997 par l'Unesco:

- a) chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques.
- b) Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun en leur diversité »), aux articles L. 1110-2 (la personne malade a droit au respect de

<sup>20</sup> CE, Ass. Conseil d'État, n° 124960.

<sup>21</sup> Commentaires du code de déontologie médicale, Ordre national des Médecins, Éd. 2001, p. 20.

sa dignité), L. 1110-3 du Code de la santé publique (aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention, ou aux soins);

au cahier du CCNE n° 16 de juillet 1999 et à la séance inaugurale du 3<sup>e</sup> congrès d'éthique médicale de 1991.

La déontologie impose, au nom de la dignité de la personne humaine, de traiter la douleur et d'accompagner la fin de vie. Les articles 37 et 38 ont été introduits dans le code de 1995. Les commentaires accompagnant ces articles édités en 2001 font référence aux soins palliatifs et au traitement de la douleur, à la Charte des soins palliatifs et de l'accompagnement de 1984 et 1986, à la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, au décret du 6 octobre 1992 sur les structures alternatives à l'hospitalisation, à la recommandation n° 1418-1999 du Conseil de l'Europe sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants, adoptée le 25 juin 1999.

L'article 7 est particulièrement intéressant pour l'objet de cette étude. Il traite précisément de la considération due à la personne examinée.

# C. Le principe de considération attentive envers la personne examinée

L'article 7 du code de déontologie médicale (art. R. 4127-7 CSP) dispose que:

Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes, quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard [...]. Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée.

Cet article, anciennement article 5 du code daté de 1979, a été remanié pour inclure toutes les formes d'exercice, car en 1979, il n'était question que du patient en « soins ».

Implicitement, l'ensemble des articles susvisés s'appliquent à l'expertise médicale et à l'évaluation du dommage corporel, soit au-delà de la médecine de soin.

Mais est-ce assez clair?

Dans cette pratique particulière, le rôle du médecin n'est ni de soigner ni de tenter de guérir un patient, mais de faire des constatations médicales en vue de

l'établissement d'une preuve, d'un lien de causalité entre une cause génératrice de dommage et les conséquences corporelles de ce dommage.

Est-elle réellement suffisante?

#### II. LA PORTÉE MINIMALISTE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE À L'EXPERTISE MÉDICALE

L'expertise ou l'évaluation par un médecin du dommage corporel consiste à déterminer chez une victime les séquelles imputables à un fait générateur d'un dommage survenu sur le corps ou l'esprit. Il s'agit donc d'un exercice spécialisé, nécessitant une formation adéquate; elle est pratiquée par trois catégories de médecins: les experts médicaux, les médecins-conseils d'assurances dits médecins-conseils de compagnie, les médecins-conseils de blessés.

Des manquements peuvent survenir dans le déroulement de ces consultations. En effet, les médecins qui pratiquent l'évaluation du dommage corporel sont particulièrement exposés à la question de la protection du secret professionnel, notamment lorsqu'il s'agit de la transmission de leurs rapports ou de leurs conclusions.

Le médecin peut aussi basculer d'une relation qui devrait être bienveillante envers la personne vers une relation de déconsidération ou de défiance, notamment lorsqu'il agit pour les intérêts d'un tiers qui le rémunère. Cette situation, proche du conflit d'intérêts, serait de nature à aliéner son indépendance médicale et à porter un double préjudice à la personne sinistrée.

Ce risque spécifique a été pris en compte par le code de déontologie médicale. Mais il n'a fait l'objet que de quelques articles réservés uniquement à l'expertise judiciaire (A) sans faire de mention particulière au médecin-conseil des assurances ou au médecin de recours des victimes. Son évolution sur le sujet est prude (B) avec un statu quo depuis 1995 (C).

# A. La limitation des règles de déontologie aux seuls médecins experts judiciaires

Pour le Conseil national de l'Ordre des médecins, seuls les médecins agissants dans un cadre judiciaire peuvent se prévaloir du titre d'expert<sup>22</sup>. D'ailleurs, la déontologie ne s'intéresse qu'au seul « médecin expert », à travers un chapitre très limité et très certainement par écho à la loi de 1971<sup>23</sup>. C'est très réducteur.

<sup>22</sup> ROSSANT-LUMBROSO (Jacqueline), « Les experts médicaux et les médecins qui évaluent le dommage corporel », Conseil national de l'Ordre des médecins, Rapport adopté lors de la session du 21 octobre 2011.

<sup>23</sup> Loi nº 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

Pour l'Ordre national des médecins, les experts médicaux sont soit missionnés par un magistrat, soit par le président de la Commission des indemnisations des accidents médicaux (dits experts en accidents médicaux). Ils sont généralement inscrits sur une liste tenue par chaque cour d'appel, ou établie par la Cnamed (Commission nationale des accidents médicaux).

L'évolution de la déontologie sur les règles entourant cet exercice particulier de la médecine est prude et insuffisante.

### B. Une prude évolution des règles entre 1947 et 1995

En **1947**, le Code traitait essentiellement du conflit d'intérêts. L'article 50 interdisait au médecin d'accepter une mission d'expertise dans laquelle les intérêts d'un de ses clients, d'un de ses amis, d'un de ses proches ou ses propres intérêts étaient en jeu, « sauf accord des parties ».

En 1955, un article 56 reprenait cet avertissement. Le médecin-expert ne pouvait être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade et « sauf accord des parties », ne pouvait pas accepter une mission d'expertise dans laquelle étaient en jeu les intérêts d'un de ses clients, d'un de ses amis, d'un de ses proches, d'un groupement qui faisait appel à ses services. Il en était de même lorsque ses propres intérêts étaient en jeu.

L'article 57 traitait du devoir d'information du médecin expert envers la personne examinée et l'article 58 de son devoir de récusation et de son devoir de confidentialité et de réserve dans la rédaction de son rapport.

À partir de la rédaction du code de **1979**, la médecine d'expertise est déplacée en fin de code, sous un titre spécifique: « Exercice de la médecine d'expertise » aux articles 84, 85 et 86. L'article 84 rappelle le devoir d'information, sans modification particulière, l'article 85 évoque les risques du conflit d'intérêts, mais envisage alors une distinction entre l'expertise judiciaire et les « autres cas ». Quant à l'article 86, il reprend à peu près dans les mêmes termes l'ancien article 57.

## C. Un statu quo depuis 1995

À partir de 1995, les règles déontologiques sont toujours cantonnées à la médecine d'expertise et limitées à 4 articles. L'article 105 (R. 4127-105 CSP) interdit le cumul des rôles d'expert et de médecin traitant, l'article 106 (R. 4127-106 CSP) oblige à la récusation dans certaines circonstances, l'article 107 (R. 4127-107 du CSP) fait de l'information de la personne examinée un devoir et l'article 108 (R. 4127-108 CSP) invite aux précautions dans la rédaction du rapport et sa protection à l'égard du secret professionnel.

À ce jour, le code n'a guère évolué. Chacun de ces articles fait l'objet de commentaires limités. Sous l'article 105, il est écrit que la fonction d'expert recouvre une très grande variété de missions, que l'indépendance du médecin expert est fondamentale et qu'il a l'obligation d'être tout à fait objectif.

Pour cela, il doit être libre de tout lien avec la personne examinée et avec les parties en cause. Dans le cadre judiciaire, il est l'auxiliaire de la justice et doit en informer la personne examinée (article 107). Son rôle est de fournir, dans les limites de la mission qui lui est confiée, les éléments médicaux qui éclaireront la décision du juge.

L'article 106 renvoie aux articles 46 et 101. Dans les commentaires, il est précisé que le médecin expert est – comme le médecin de contrôle – soumis à l'ensemble du code de déontologie et doit se récuser si sa mission l'expose à contrevenir à certaines de ses dispositions (article 46). Il doit aussi se récuser si sa qualification et ses connaissances médico-légales (techniques de l'expertise, cadre juridique) ne lui permettent pas de mener à bien la mission qui lui est confiée.

Quant à l'article 107, il rappelle le devoir d'information afin d'éviter tout malentendu de la part du sujet examiné, tant sur l'identité et la qualité de médecin de l'expert que sur l'origine et le contenu de la mission qui lui est confiée.

À la lumière de ce qui précède, nous serions tentés de penser que tout ce qui figure dans le code de déontologie médicale permet aux médecins chargés d'évaluer ou d'expertiser un dommage corporel de se prémunir de toute situation de faute. D'ailleurs, la Chambre disciplinaire rappelle que les articles du code de déontologie couvrent l'intégralité de l'activité du médecin (Chambre disciplinaire nationale, 7 décembre 2015, n° 12384).

L'étude des sanctions disciplinaires prononcées par les instances disciplinaires de l'Ordre des médecins montre pourtant le caractère trop imparfait du code; nombre de médecins commettent des manquements en lien avec leur attitude personnelle et non leurs capacités techniques, ce qui vient corroborer les craintes du Défenseur des droits.

#### III. L'EXPRESSION D'UNE DÉONTOLOGIE PERFECTIBLE: LES SANCTIONS DEVANT LE JUGE DISCIPLINAIRE

Les jurisprudences disponibles en matière disciplinaire permettent de disposer d'un aperçu des manquements relevés en médecine d'expertise ou d'évaluation du dommage corporel. Elles sont d'autant plus révélatrices depuis la réforme des autorités disciplinaires intervenue en 2007 qui reste toutefois un régime à deux vitesses (A). Des sanctions en lien avec l'attitude personnelle du médecin

sont prononcées (B), ce qui conduit à penser à la possible perfectibilité des règles de déontologie actuelles (C).

# A. Un régime disciplinaire à deux vitesses selon le cadre de la mission

Longtemps accusée de corporatisme, la juridiction spéciale de l'Ordre des médecins a fait l'objet de grandes transformations ces dernières années. Le plaignant n'était audible jusqu'en 2007 que comme simple témoin et ne disposait d'aucun recours possible. Il se soumettait, par conséquent, à la décision des juges ordinaux qui n'étaient autres que des membres de la profession médicale. Seuls le médecin incriminé et les conseils départementaux disposaient de la faculté de porter leur contestation en appel. Excessivement corporatiste et insuffisamment pénaliste, l'institution ordinale s'est vu imposer par le législateur à partir de janvier 2007<sup>24</sup> 24 la création d'un véritable « statut du plaignant », disposant du titre de « partie », un droit de recours en appel et en cassation. Exit le simple témoin. Le transfert de la présidence de la Chambre disciplinaire à un juge administratif professionnel a définitivement transformé l'instance ordinale en juridiction administrative.

En même temps subsiste un régime à deux vitesses s'agissant de la possibilité de traduire un médecin devant la Chambre disciplinaire. En effet, avant 2009, tout médecin exerçant dans le cadre d'une mission de service public n'était tout simplement pas traduisible sur le plan disciplinaire, bénéficiant d'une immunité du fait de sa mission: celle de service public. L'article L. 4124-2 du Code de la santé publique prévoyait, en effet, que:

Les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'Ordre ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'État dans le département, le procureur de la République ou, lorsque lesdits actes ont été réalisés dans un établissement public de santé, le directeur de l'Agence régionale de l'hospitalisation.

L'article 62 de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, entré en vigueur le 23 juillet 2009, est venu modifier ces dispositions.

<sup>24</sup>Loi n° 2007-127 du 30 janvier 2007 ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions suivie du décret n° 2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues et modifiant le Code de la santé publique (dispositions réglementaires) et décret n° 2007-552 du 13 avril 2007.

Désormais, parmi les autorités ayant qualité pour saisir le juge disciplinaire, figurent également le Conseil national de l'Ordre des médecins et le Conseil départemental au tableau duquel le praticien est inscrit.

Ainsi et par application des dispositions en vigueur de l'article L. 4124-2 du Code de la santé publique<sup>25</sup>, la plainte directe d'un patient n'est pas recevable dans le cas d'une mission de service public (Chambre disciplinaire nationale, 26 septembre 2013 n° 11859; 16 octobre 2017 n° 13111; 10 octobre 2013 n° 11437). Or, la jurisprudence du Conseil d'État donne à l'expert le statut de collaborateur du service public de la justice (CE, sect., 10 février 1967, *Rec.*, p. 70. et sect., 26 février 1971, *Aragon*, *ibid.*, p. 172). Tout médecin expert coopérant avec la justice est donc en mission de service public.

Le praticien peut, en revanche, être traduit par son Conseil départemental, quelle que soit son activité et hors le cas de la médecine de contrôle. La circonstance que le manquement déontologique aurait été commis dans l'exercice d'une mission d'expertise judiciaire commanditée par un tribunal ne le fait pas échapper à la compétence de la juridiction disciplinaire (Chambre disciplinaire nationale, 25 juillet 2019 n° 13650). Un Conseil départemental peut faire sienne la plainte d'un patient ou s'y associer; à défaut, elle est irrecevable (Chambre disciplinaire nationale 2 avril 2015, n° 12375).

La mission du médecin expert ainsi que ses honoraires doivent être définis de façon détaillée par des textes<sup>26</sup> pour être qualifiée de service public. L'expertise est à la charge de l'organisme de sécurité sociale ou du ministère de la Justice, ou sur mandat d'un service médical statutaire de l'administration. Ainsi, l'expertise d'un médecin ayant examiné une personne, en application des dispositions des articles L. 141-1 et R. 141-1 CSS, à la demande du médecinconseil, a le caractère d'une mission publique, le médecin ne participant pas directement à une « mission de contrôle » au sens du second alinéa de l'article L. 4124-2 CSP, mission qui reste celle du seul médecin-conseil (Chambre disciplinaire nationale, 8 septembre 2016; 126<sup>27</sup>).

En revanche, un médecin hospitalier qui se livre à des expertises privées pour le compte d'une compagnie d'assurances ne peut prétendre agir dans le cadre d'une mission de service public. C'est le statut de la mission qui prime et non

<sup>25</sup> Dans le cadre d'une expertise organisée par la caisse primaire d'assurance maladie sur le fondement des articles R. 141-1 à R. 141-10 du Code de la sécurité sociale.

<sup>26</sup> Id.

<sup>27</sup> Article L. 4124-2 du Code de la santé publique: « Les médecins [...] chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'Ordre ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'État dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le Conseil national ou le conseil départemental au tableau duquel le praticien est inscrit ».

le statut du médecin (Chambre disciplinaire nationale, 20 novembre 2012, n° 11366).

Restent seuls **inattaquables** sur le plan disciplinaire, les médecins de l'Assurance maladie agissant dans le cadre de leur mission de contrôle au sens du second alinéa de l'article L. 4124-2 du CSP.

# B. Des sanctions essentiellement en lien avec l'attitude personnelle du médecin

Soixante-dix jurisprudences récentes disponibles sur le site internet du Conseil national de l'Ordre des médecins ont été étudiées. Elles mettent en évidence trois manquements récurrents: un comportement de nature à déconsidérer le patient, un comportement de nature à déconsidérer la profession ainsi qu'une violation particulière du secret professionnel. Ce ne sont pas les conclusions du rapport qui sont examinées par la Chambre disciplinaire qui ne s'estime pas liée (Chambre disciplinaire nationale, 9 juillet 2013, n° 11771), mais bien la manière dont s'est déroulée l'expertise sur le plan éthique et déontologique.

#### 1. Attitude indigne de nature à déconsidérer le patient

Si aucune plainte n'est susceptible d'aboutir lorsqu'il s'agit de l'argumentaire ou de la conduite médicale fondant l'avis d'un expert, lesquels ne relèvent pas de la compétence du juge disciplinaire (Chambre disciplinaire nationale, 2 avril 2015 n° 12685; 1er février 2016 n° 12331, 9 février 2016, n° 12334; 9 février 2016 n° 12671) ou qui sont fidèles à la situation médicale bien que contestés (Chambre disciplinaire nationale, 28 novembre 2018 n° 13697), il en va tout autrement lorsque le médecin qui évalue le dommage se livre à des commentaires inutiles, désobligeants ou présente une attitude indigne de sa position.

Une expertise ou l'évaluation du dommage corporel ne doit pas faire oublier au médecin qu'il n'est pas un grand inquisiteur, qu'il ne peut s'adonner à un questionnement soupçonneux ou excessif à l'égard de la personne: a fait l'objet d'un blâme un médecin psychiatre, sapiteur du médecin-conseil de l'assurance maladie et du médecin-conseil de l'assureur, qui a présenté **une attitude indigne envers une patiente et sa fille** qui l'accompagnait, consistant à les traiter de *menteuses*. Ce médecin préalablement connu du Conseil départemental pour des faits d'agressivité et de mépris à l'égard des patients expertisés n'avait pas fait l'objet de sanction en première instance. C'est devant la Chambre nationale en appel (Chambre disciplinaire nationale, 16 mars 2018, n° 13120) que la sanction du blâme lui a été infligée, laquelle est au-dessus de celle de l'avertissement.

Parfois, la parole de l'un peut être opposée à la parole de l'autre et empêcher le patient d'apporter la preuve de l'attitude répréhensible du médecin ou à l'inverse au médecin de justifier de l'intégrité de son attitude. Sur ce point, la Chambre n'hésite pas à utiliser le passif du médecin ou des faisceaux de présomptions pour décider d'une sanction.

Pour sanctionner un médecin généraliste agissant en qualité de médecinconseil d'une compagnie d'assurances qui a fait sortir sans ménagement un patient en lui tenant des propos tels que « dégagez de mon cabinet... tu es un gros menteur, tu n'as rien », la chambre a considéré que les propos paraissaient « vraisemblables ». Le médecin avait reconnu un « énervement réciproque ». Par ailleurs, le passif dans le dossier du médecin énoncé par le Conseil départemental avait fait basculer la décision en faveur du patient (Chambre disciplinaire nationale, 8 novembre 2016, n°s 12698, 12699).

Dans certaines affaires, c'est le rapport du médecin qui comporte des notions désobligeantes.

Tel est le cas du médecin qui a écrit

Femme de 43 ans paraissant la cinquantaine, mauvaise mine, semblant en état de santé général médiocre. / Grande et rare théâtralité pour se lever de la salle d'attente, entrer dans le bureau de l'examinateur, et s'asseoir en s'appuyant lourdement sur des cannes anglaises. La démarche est excessivement ralentie et l'opération prendra cinq bonnes minutes!

On ne pouvait que se demander comment elle avait bien pu monter les deux étages nécessaires pour pénétrer dans le cabinet de consultation! (...) / (...) En conclusion: / Cas manifestement complexe et difficile à élucider en une seule consultation. On peut donc évoquer: / 1) soit une pathologie psychiatrique assez lourde de style délirante-persécutoire. Bien sûr tout peut se voir, mais il n'en reste pas moins qu'on a le plus grand mal à imaginer une femme d'apparence esthétique médiocre, sinistre et très peu soignée, paraissant la cinquantaine passée, être l'objet d'un tel harcèlement sexuel qui dépasserait la mauvaise blague!? Un délire interprétatif n'est peut-être donc pas à écarter. / 2) soit un état névrotique sévère de type hystérique particulièrement évoqué devant l'extrême théâtralité de la présentation. In fine cette patiente fera plus ou moins consciemment son possible pour éviter toute « reprise adaptée ».

La Chambre nationale a relevé la gratuité et l'absence de nécessité médicale dans les passages précités, des notations désobligeantes, un caractère agressif, et la méconnaissance par le médecin de l'obligation du respect de la dignité des personnes, prévue à l'article R. 4127-2 du Code de la santé publique pour sanctionner le médecin d'un blâme (Chambre disciplinaire nationale, 6 février 2017, n° 12812).

Tel est le cas également de celui qui faisait mention d'une « dame en surcharge pondérale importante, négligée, qui ne présente pas l'aspect général d'une infirmière ». La Chambre nationale a estimé le commentaire désobligeant, dénué de tout caractère médical et sanctionné le médecin d'un avertissement pour manquement à l'article R. 4127-102 CSP (Chambre disciplinaire nationale, 7 avril 2014, n° 11769).

Déconsidère également le patient, un médecin-conseil d'une compagnie d'assurances qui omettait de déposer un rapport de carence et laissait la personne qui s'était adressée à lui dans l'expectative, justifiant un blâme (Chambre disciplinaire nationale 22 octobre 2015, n° 12967).

Certaines situations entraînent des sanctions plus lourdes. A écopé d'un mois d'interdiction temporaire d'exercer avec sursis, sur plainte du Conseil départemental de la ville de Paris, un chirurgien orthopédique qui, au cours de deux réunions d'expertise judiciaire, avait procédé à des interrogatoires marqués d'agressivité, voire à caractère humiliant et parfois sans rapport avec l'objet de l'expertise. Une rudesse excessive, l'absence d'empathie pour la douleur qu'exprimaient les intéressés avaient été soulignées. Ici, l'existence d'un faisceau d'indices précis et concordants avait permis à la formation disciplinaire de considérer comme matérialisés les faits reprochés et d'établir le comportement répréhensible du fautif qui n'avait pas pris en compte la fragilité psychologique des personnes examinées ni fait preuve de plus de compréhension et de compassion.

Le Conseil départemental de l'Ordre des médecins des Bouches-du-Rhône a obtenu la sanction d'interdiction d'exercice de deux mois dont un avec sursis à l'encontre d'un médecin assermenté, désigné comme expert, qui avait cru pouvoir faire état de ressentis personnels et sans rapport avec l'exercice de son art dans un rapport. Il notait que l'intéressée présentait un passeport algérien, qu'elle portait une « tenue vestimentaire de musulmane pratiquante » qu'il estimait pour sa part incompatible avec son activité, qu'elle tentait, enfin, d'obtenir des arrêts de travail pour se rapprocher de la région où résidaient certains de ses proches. La Chambre nationale (contrairement à la chambre régionale qui avait rejeté cette plainte) a considéré qu'il ne pouvait s'autoriser à porter quelque appréciation personnelle que ce soit sur l'attitude et le comportement de la personne qu'il avait examinée, ni se prononcer sur les conditions dans lesquelles elle était appelée à exercer son activité professionnelle qu'il ne pouvait au demeurant connaître. Un grave manquement à sa mission était relevé, avec pour rappel que toute appréciation devait exclusivement être de nature médicale (Chambre disciplinaire nationale, 25 mars 2014, n° 11798).

Dans certaines espèces, l'équilibre entre la liberté d'expression et la mission du médecin expert peut être difficile à trouver. Ainsi, la Chambre disciplinaire a

considéré que le médecin psychiatre expert – en charge de l'examen psychiatrique de plusieurs criminels – s'était trop engagé en publiant dans le *Figaro* du 29 mars 2012 (peu de temps après les meurtres commis par Mohamed Merah en mars 2012 à Toulouse et Montauban), un article intitulé « Mohamed Merah n'est pas un héros »; cet article, qui analysait la personnalité de Mohamed Merah et rapprochait son cas de celui d'autres criminels, contenait notamment les affirmations suivantes:

Les criminels qui prennent pour cible des inconnus ou des personnages symboliques dans une perspective prétendument politique, partagent nombre de caractéristiques communes. La vacuité de leur psychisme, d'abord, dont témoigne la pauvreté du discours mécanique qu'ils tiennent quand ils sont arrêtés. De C. à Foued Ali Saleh, en passant par Jean-Marc Rouillan (Action directe), ou Maxime Brunerie et a fortiori Youssef Fofana, aucun n'a jamais été capable d'élaborer un propos argumenté et compréhensible. Cette vacuité psychique n'a d'égale que leur volonté de toute puissance quand ils terrorisent la nation, dont on doit déduire que leur but principal n'est pas leur idée, mais leur action. L'absurde qu'ils recèlent nous conduit à chercher du sens là où il n'y a que de la pulsion. Pendant qu'ils sévissent, l'angoisse que provoquent ces individus nous fait imaginer des Machiavel du crime qu'ils ne sont jamais. Paradoxe: on se rassure en les grandissant, alors que leur crime pulsionnel les dépasse largement.

Le requérant considérait avoir fait l'objet d'injures, de diffamation et d'outrages. Le Conseil départemental de la Ville de Paris introduisit une plainte devant la chambre disciplinaire régionale qui la rejetait le 3 mai 2013. Insatisfait, il portait l'affaire en appel devant la Chambre disciplinaire nationale. Dans ses conclusions, cette instance a considéré qu'en publiant dans cet article ses appréciations sur cette personne avec laquelle il avait eu un entretien en sa qualité de médecin spécialiste en psychiatrie et expert psychiatre, le médecin n'avait commis aucun manquement, ses termes n'excédant pas ce qu'autorise la liberté d'expression. Toutefois, il avait méconnu son obligation de secret médical, alors même que la connaissance qu'il avait de la personnalité de l'intéressé ne provenait pas exclusivement de l'entretien qu'il avait eu avec lui, mais également d'informations à la disposition du public; pour la Chambre d'appel la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne le déliait pas de cette obligation. Ce manquement a coûté à ce médecin un mois d'interdiction d'exercer. Son recours devant le Conseil d'État a été rejeté (CE n° 392225 du 12 octobre 2015).

Dans d'autres affaires, c'est la profession tout entière qui se sent déconsidérée par l'attitude du médecin en charge d'une expertise ou d'une évaluation du

dommage corporel, notamment par défaut de diligence et manquement de nature à déconsidérer la profession.

# 2. Défaut de diligence et manquement de nature à déconsidérer la profession

Le fait d'être missionné par une autorité judiciaire n'emporte qu'une immunité relative et plusieurs affaires ont été portées par les conseils départementaux devant les Chambres régionales concernant des médecins experts agissant dans le cadre d'une mission de service public.

Un psychiatre désigné par le juge judiciaire qui avait fait preuve d'un comportement négligent, propre à déconsidérer la profession médicale avait contrevenu à l'article R. 4127-31 du CSP (déconsidération de la profession médicale) et méritait la sanction du blâme. Le médecin s'était abstenu de déposer son rapport plusieurs mois après sa désignation, n'informait pas les intéressés des motifs de ce retard, ne fournissait aucune explication, à l'exception de « dysfonctionnements » de secrétariat. Le Chambre a considéré que le blâme prononcé en première instance était une sanction appropriée (Chambre disciplinaire nationale, 25 juillet 2019, n° 13650). La circonstance que la mission s'était déroulée dans le cadre du service public a été rejetée dès lors que le Conseil départemental du Val de Marne avait introduit la plainte.

A été frappé d'un avertissement un médecin, missionné également par un TGI, qui n'avait organisé l'expertise que sept mois plus tard et n'avait pas remis son rapport, conduisant le magistrat chargé du suivi des expertises à prononcer un an plus tard la caducité de sa désignation et à désigner un nouvel expert. L'excuse de la surcharge de travail n'étant pas retenue, la Chambre a considéré que **le défaut de diligence était un manquement de nature à déconsidérer la profession** au titre de l'article R. 4127-31 CSP. Le médecin qui se considérait exonéré de cette responsabilité a été débouté par le Conseil d'État lequel a rejeté son pourvoi (CE, 18 mars 2015, n° 373158, Chambre disciplinaire nationale).

La remise tardive d'un rapport (soit un an plus tard) est constitutive également d'un manque de diligence de nature à déconsidérer la profession valant un avertissement (CE, 18 mars 2015, n° 373158).

La désinvolture du médecin n'est pas compatible avec le respect du dévouement inscrit à l'article R. 4127-3 CSP et propre à déconsidérer la profession. Ainsi a jugé la Chambre disciplinaire nationale sur appel du Conseil départemental de Meurthe-et-Moselle. En l'espèce, le médecin psychiatre, désigné comme sapiteur pour procéder à l'expertise neuropsychique d'une victime d'agression, n'était pas venu au rendez-vous d'expertise, n'avait pas prévenu et ne s'était pas excusé auprès du patient. Lors du deuxième rendez-vous, fixé à l'initiative du patient, il s'était présenté avec une heure de retard. Le rapport d'expertise

n'avait été remis à la cour d'appel que six mois après le rendez-vous. Le médecin pour l'ensemble de cette attitude désinvolte a été sanctionné par un avertissement (Chambre disciplinaire nationale, 8 juillet 2016, n° 12603).

Enfin, le médecin qui pratique l'expertise ou l'évaluation du dommage corporel doit être particulièrement vigilant sur la protection du secret professionnel.

#### 3. Manquement au respect du secret professionnel

Dans l'évaluation du dommage corporel, le chargé de mission, qu'il soit expert, médecin-conseil de compagnie ou médecin-conseil de victimes doit respecter le secret professionnel. Commettait une violation du secret, justifiant un avertissement, le praticien qui rendait un avis sur pièces à la demande d'une société d'assurance, en s'adressant à un membre du personnel administratif et non au médecin-conseil de cet assureur (Chambre disciplinaire nationale, 16 mars 2018, n° 13614).

Un médecin qui transmettait son rapport d'expertise, accompagné d'un courrier confidentiel adressé au président de la cour administrative d'appel et contenant des informations médicales, hors le cadre de son rapport et du principe du contradictoire, a reçu un blâme, sur le fondement de l'article R. 4127-108 du CSP. L'expert doit faire figurer dans le rapport qu'il établit à la demande de la juridiction la totalité des éléments constituant les réponses aux questions qui lui sont posées dans le cadre de la mission qui lui est confiée et il ne peut communiquer hors de ce cadre ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise (Chambre disciplinaire nationale, 28 janvier 2016, n° 12409).

Un médecin expert, mandaté par un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ainsi que le permet l'article L. 4614-12 du Code du travail, ne pouvait procéder à une restitution orale de ses enquêtes, constatations et conclusions devant les membres du CHSCT sans s'exposer à une sanction fondée sur un manquement à l'obligation de secret professionnel (Chambre disciplinaire nationale, 7 juillet 2014; 1116).

Une absence de récusation et une absence de dépôt de rapport de carence sont également répréhensibles, le médecin expert ne pouvant laisser les parties dans l'expectative (Chambre disciplinaire nationale, 25 avril 2017 n° 12967), de même que l'exigence d'un paiement en espèces formulée par un médecin de recours des victimes (Chambre disciplinaire nationale, 7 décembre 2015, n° 12384; CE, 5 février 2014, n° 360723).

Le nombre de sanctions administrées n'est pas exhaustif et il n'est pas question d'en dresser une liste complète, mais d'illustrer divers manquements à l'éthique. L'ensemble conduit à s'interroger sur des perspectives d'évolution possible de la déontologie sur ces questions.

# C. À la recherche d'une déontologie « augmentée »

Aux termes de ce qui précède, une attitude inappropriée de la part du médecin expert ou du médecin chargé de l'évaluation du dommage corporel est un des griefs le plus souvent invoqué devant les chambres disciplinaires de plus en plus relayé par les Conseils départementaux. Or, les règles de déontologie qui leur sont applicables sont perfectibles.

Nombre de médecins en mission de service public se croient encore intraduisibles (Chambre disciplinaire nationale 6 septembre 2013 n° 11452; 8 septembre 2016, n° 12625; 25 juillet 2019, n° 13650; CE, 18 mars 2015, n° 373158); d'autres considèrent que les liens d'intérêts sont prescriptibles lorsqu'ils cessent leur activité, comme ce professeur de service qui avait, pour le compte de l'assureur du laboratoire distributeur du Distilbène, donné un avis sur un rapport d'expertise diligenté par un TGI, alors que la patiente requérante avait été suivie par un médecin dont il était alors le chef de service. D'une part, l'expertise ne relevait pas d'une mission de service public dans cette affaire, d'autre part, le conflit d'intérêts était considéré comme avéré (Chambre disciplinaire nationale, 20 novembre 2012, 11366).

Or le Conseil national, dans son rapport consacré à ce sujet<sup>28</sup> commente que:

tous sont évidemment soumis au code de déontologie médicale dont ils doivent respecter tous les articles, et en particulier les articles 105 à 108, qui traitent de la médecine d'expertise [...]. Le respect dû à la personne s'impose à tous, et ces médecins, même s'il ne leur est pas demandé de soigner, ne doivent pas l'oublier.

Il pourrait être utile de rajouter un article faisant mention de cette évidence, car l'étude de la jurisprudence démontre que nombre de médecins s'attachent trop au respect des articles 105 à 108 et oublient les devoirs généraux.

Cela est d'ailleurs noté en partie dans les commentaires de l'article 107:

Quelles que soient les circonstances, le médecin expert et celui qui évalue le dommage corporel accomplissent leur mission dans le respect de la personne humaine. Ils n'ont pas le droit d'employer des moyens de contrainte ni de procéder à des investigations dangereuses.

Le CNOM spécifie de manière informelle dans son rapport que, si les fonctions d'expert judiciaire sont incompatibles avec celles de médecin traitant, elles sont également incompatibles avec celle de médecin-conseil d'assurance. Bien que cela tombe sous le sens, ce n'est pas clair dans la déontologie.

<sup>28</sup> ROSSANT-LUMBROSO (Jacqueline), « Les experts médicaux et les médecins qui évaluent le dommage corporel », op. cit.

En effet, ce conflit d'intérêts entre médecin traitant et médecin-conseil d'assurance n'est pas strictement et clairement interdit à l'article 105.

L'article 105 interdit d'être médecin traitant ET médecin-expert, (lequel est nécessairement auxiliaire de justice selon la doctrine du Conseil national), mais il ne dit rien s'agissant des médecins qui pratiquent l'évaluation du dommage corporel en dehors de l'institution judiciaire, comme le médecinconseil d'assurance. Il serait peut-être opportun de préciser que « nul ne peut être médecin-expert ou médecin chargé de l'évaluation du dommage corporel ET médecin traitant (ou son remplaçant) d'un patient. » En effet, le fait de ne pas être le médecin habituel n'a pas été considéré comme cause exonératoire de la responsabilité disciplinaire (Chambre disciplinaire nationale, 25 juillet 2019, n° 13650).

D'ailleurs, aucune déclaration de liens d'intérêts n'est actuellement demandée. Ce serait bénéfique pour la transparence de l'évaluation ou de l'expertise. L'institution ordinale appelle de ses vœux que les liens d'intérêts de chacun lui soient communiqués. C'est ainsi que cet exercice médical pourra se faire dans la transparence et la sérénité, pour une évaluation optimale du dommage corporel subi par des victimes. Par-delà ces vœux pieux, cela mériterait de figurer clairement à l'article 105, car il n'y a pas d'expertise judiciaire juridiquement valable sans indépendance absolue de l'expert, condition indispensable de son impartialité.

La déontologie des médecins-conseils d'assurances et des médecins-conseils des victimes devrait être précisée. Le médecin-conseil d'assurances, que ce soit en défense (assurance du responsable, à qui incombe le devoir d'indemnisation) ou en recours (assurance de la victime) peut se trouver au cœur d'un conflit d'intérêts entre la victime et l'assurance débitrice de 1'indemnisation. Lorsqu'il est missionné comme assistant technique dans une expertise judiciaire, il doit défendre les intérêts de la compagnie qui le missionne. Lorsque c'est lui qui réalise un examen amiable, il est explicitement mandaté par l'assureur dont il est le conseil technique. Ce médecin doit donc veiller à ce que son indépendance ne soit pas remise en question. La déontologie est silencieuse sur ce point.

De même pour le médecin-conseil de victimes. Il agit pour le blessé et doit tenir compte des seuls intérêts du patient. Pour autant il doit bien évidemment rester totalement clair, loyal, intègre et indépendant.

Il serait profitable que ces points soient précisés dans le code de déontologie médicale, à tout le moins dans les commentaires.

Enfin, un élément essentiel et fondamental de l'expertise réside dans le respect du secret professionnel. Il est général et absolu. L'expert doit avoir communication du dossier sauf si le blessé y fait opposition, précise le CNOM, mais dans ce cas le tribunal tirerait les conclusions de ce refus.

S'agissant des médecins-conseils de compagnies, ils doivent en tout état de cause en référer à leur mandant, que ce soit en défense (assurance du responsable, la mission provient de la compagnie débitrice de l'indemnisation) ou en recours (assurance de la victime). C'est à la victime de fournir à ces médecins les éléments nécessaires.

En aucun cas, un médecin-conseil de compagnies ne peut se procurer des éléments du dossier à l'insu de la personne ou même désigné par elle. C'est en commentaire de l'article 46 du code de déontologie médicale, traitant de l'accès au dossier médical que figure l'interdiction suivante:

Rappelons enfin qu'investi de la confiance du patient le médecin ne peut utiliser l'accès au dossier médical que dans l'intérêt du patient. Son utilisation au profit du médecin ou d'un de ses commettants serait un détournement de la loi.

L'article 46 impose au médecin désigné comme intermédiaire de se récuser s'il existe un conflit d'intérêts. Tel est bien le cas d'un médecin qui agit à la demande et pour le compte d'une compagnie d'assurances. Le médecin pourrait faire l'objet de sanctions disciplinaires s'il ne se récusait pas.

Selon un rapport de 2007 du Conseil national de l'Ordre des médecins, « contrairement aux médecins de caisses d'assurance maladie (art 50 du CNOM), les médecins-conseils de compagnies d'assurances et des mutuelles complémentaires ne sont autorisés par aucun texte à demander des renseignements au médecin traitant, pas plus qu'ils ne sont autorisés à demander photocopie de la première page d'un arrêt de travail où figure le motif de cet arrêt (art. L. 1110-4 du Code de la santé publique, alinéa 5 et article 162-4-1, 1° du Code de la sécurité sociale)<sup>29</sup> ». Selon le rapport du Conseil national, il lui est formellement interdit d'aller consulter un dossier hospitalier ou de s'entretenir avec un médecin ayant traité la victime, sans l'accord écrit de celle-ci.

Cela aussi mériterait d'être précisé dans le code de déontologie.

Du côté du médecin-conseil de victimes et de la victime elle-même, il leur appartient de fournir les éléments probants qui permettront la juste et totale évaluation du dommage corporel subi. Bien entendu, il ne saurait y avoir dissimulation ou fabrication de preuves, et un dossier ne saurait être tronqué,

<sup>29</sup> Dr STEFANI François, « Formulaires médicaux et assurances », rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de septembre 2007. .

partiel ou partial. Pourquoi ne pas l'écrire autrement que dans un rapport dont la publication reste confidentielle?

#### CONCLUSION

Comme le note le Conseil national de l'Ordre des médecins dans son rapport de 2011, « la pratique de l'expertise a changé depuis quelques années, c'est aujourd'hui une activité codifiée et complexe, qui réclame des compétences particulières et une formation continue adaptée permanente. Il s'agit donc d'un exercice spécialisé. »

Le médecin qui agit soit comme expert – sous le statut d'auxiliaire de justice – soit comme assistant technique à la demande des services d'indemnisation des assurances et/ou à la demande des victimes doit être soumis à une déontologie appropriée. Les chapitres consacrés à cette forme d'exercice sont insuffisants, le titre incomplet. Il serait important que sur la base du rapport publié en 2011 et compte tenu des alertes formulées par le Défenseur des droits, un travail de refonte du chapitre IV §5 du code de déontologie médicale soit entrepris, par respect pour les personnes qui soumettent leur intégrité physique et psychologique à cette pratique technicisée et nomenclaturée, porteuse du risque de porter atteinte à leur dignité.

Le titre du chapitre IV §5 pourrait être: « Exercice de la médecine d'expertise et évaluation du dommage corporel de la personne » avec comme article introductif:

Quelles que soient les circonstances, le médecin expert et celui qui évalue le dommage corporel accomplissent leur mission dans le respect de la personne humaine, de l'éthique médicale, du secret professionnel, en toute loyauté, intégrité et indépendance. L'ensemble du code de déontologie médicale leur est applicable. Ils n'ont pas le droit d'employer des moyens de contrainte ni de procéder à des investigations dangereuses.

# L'éthique de l'avocat de victime en expertise : la recherche de l'équité

#### Véronique L'HOSTIS

Barreau de Rennes, avocat spécialiste en droit du dommage corporel, Membre de l'ANADAVI, DESS Contentieux des personnes publiques DEA Droit privé fondamental

#### **Gildas JANVIER**

Barreau de Brest, avocat spécialiste en droit du dommage corporel, Membre de l'ANADAVI, DIU Traumatismes crânio-cérébraux, aspects médicaux et sociaux DESS I.A.E. (administration des entreprises)

#### INTRODUCTION

Il convient en préambule de préciser que les auteurs de ce texte sont avocats de victimes. Ils sont donc investis d'une mission toute particulière puisque représentant et assistant la partie considérée – à juste titre – comme la plus faible dans le cadre de la procédure d'indemnisation, et en particulier lors de l'expertise.

La compétence technique requise se double nécessairement d'une volonté de contribuer à réparer les préjudices de la victime. Il s'agit d'obtenir pour cette dernière une juste indemnisation de ses préjudices.

L'avocat de la victime est donc un fervent défenseur du principe de réparation intégrale des préjudices, ce qui influence évidemment le mandat qu'il tient de la victime dès le stade de l'expertise.

C'est en considération de cet objectif qu'il y a lieu de réfléchir à la déontologie et plus largement à l'éthique qu'il doit respecter et s'imposer lors de l'expertise.

En effet, l'éthique des avocats de victimes s'inscrit dans la déontologie de leur profession, car l'éthique est plus large que la seule notion de déontologie.

Le dictionnaire Robert définit la déontologie comme l'ensemble des règles et devoirs régissant une profession.

Selon Jeremy Bentham, la déontologie est la théorie, non des droits, mais des devoirs, et en particulier ceux inhérents à l'exercice d'une profession<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Introduction to the Principles of Morals (Introduction aux principes de la morale et de la législation), 1789.

L'éthique est la science de la morale, l'art de diriger la conduite. Elle ne s'identifie pas à la déontologie puisqu'elle ne concerne pas seulement les règles relatives à l'exercice d'une profession. Elle correspond au noyau dur des règles les plus morales de la déontologie.

\*\*\*

La présence de l'avocat en expertise médicale n'est pas chose ancienne.

C'est surtout la loi du 5 juillet 1985 qui a permis à l'avocat d'investir un monde qui n'était pas le sien. Et il s'y est d'abord aventuré prudemment.

La loi du 5 juillet 1985 précise en effet qu'à l'occasion de sa première correspondance avec la victime, l'assureur est tenu, à peine de nullité relative de la transaction qui pourrait intervenir, d'informer la victime qu'elle peut à son libre choix se faire assister d'un avocat et, en cas d'examen médical, d'un médecin<sup>2</sup>

Malgré ce texte, peu d'avocats estimaient leur présence réellement nécessaire, considérant que la présence aux côtés de la victime d'un médecin-conseil suffisait à préserver les intérêts de celle-ci.

C'est ainsi que nombre d'avocats se contentaient d'indiquer à leurs clients de solliciter l'assistance d'un médecin-conseil auprès de leur assureur ou les orientaient vers un médecin-conseil qu'ils connaissaient.

L'avocat se plaçait ensuite dans l'attente du rapport d'expertise pour faire le point avec son client et déterminer la suite à donner au dossier. Quand, dans l'intervalle, un prérapport était diffusé aux parties, l'avocat sollicitait l'avis du médecin-conseil de son client et ses éventuelles observations, qu'il transmettait à l'expert et aux parties sans forcément les discuter.

L'avocat se contentait donc de gérer la stricte procédure entourant la mesure d'expertise: communication des pièces, transmission des dires...

Cette posture confortait évidemment le point de vue des experts et médecins, qui ne voyaient pas ce qu'un avocat pouvait venir faire au milieu d'une discussion purement médicale.

Une évolution s'est néanmoins faite progressivement, donnant tout son sens à la qualification d'expertise médico-légale.

<sup>2</sup> Article 13 alinéa 1<sup>et</sup> de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 : « À l'occasion de sa première correspondance avec la victime, l'assureur est tenu, à peine de nullité relative de la transaction qui pourrait intervenir, d'informer la victime qu'elle peut obtenir de sa part, sur simple demande, la copie du procès-verbal d'enquête de police ou de gendarmerie et de lui rappeler qu'elle peut à son libre choix se faire assister d'un avocat et, en cas d'examen médical, d'un médecin. »

L'avocat a de ce fait perçu l'importance de son immixtion dans un monde où son regard et son point de vue ont toute leur place.

En effet, la seule présence du médecin-conseil aux côtés de la victime n'offrait pas à celle-ci la garantie d'une défense optimale, le médecin ne maîtrisant pas la règle de droit.

Or, il s'agit d'une expertise médico-légale, lieu de la rencontre de la médecine et du droit. L'apport juridique de l'avocat y est indispensable.

Il apparaît donc nécessaire pour la victime d'y être assistée par un médecinconseil et par un avocat, leur complémentarité lui permettant de se trouver à armes égales avec la partie adverse.

Convaincu de cette nécessité, l'avocat saisi par une victime pose généralement comme condition de son intervention la présence à ses côtés d'un médecinconseil. L'un et l'autre doivent ensuite œuvrer ensemble afin de lui apporter une défense efficace.

Cela implique une collaboration en amont de ces deux conseils de la victime, permettant à l'avocat de préciser au médecin-conseil ce qu'il attend du rapport d'expertise pour l'exploiter au mieux sur le plan juridique.

Ce qui se vérifie notamment dans des matières où se posent des questions autres que la seule évaluation du préjudice. C'est le cas de la responsabilité médicale avec, par exemple, les hypothèses de « maladresse fautive » ou de défectuosité d'un produit ou matériel de santé. C'est encore le cas dans les hypothèses d'accidents médicaux non fautifs, et ce du fait de l'évolution rapide de la jurisprudence.

Ce fonctionnement en binôme se prolonge évidemment au cours des opérations d'expertise, c'est-à-dire jusqu'au dépôt du rapport d'expertise, le médecin-conseil de la victime travaillant avec l'avocat de celle-ci à l'élaboration des éventuels dires.

L'expertise médico-légale est donc devenue le lieu singulier de l'échange entre le médecin et l'avocat, ceux-ci devant parler un langage commun dans le cadre de leurs missions respectives.

Toutefois, chacun l'aborde avec sa propre éthique, laquelle est évidemment fonction de la mission qui lui est impartie.

Chacun conçoit sans difficulté que le médecin est tenu au serment d'Hippocrate et que ce serment préside à sa mission, quel que soit le cadre de l'expertise.

S'ajoute à ce serment l'engagement de l'expert judiciaire lors de son inscription sur la liste des experts ou de son acceptation de la mission qui lui est confiée.

En revanche, il peut être plus difficile d'appréhender les contours de la notion d'éthique de l'avocat de victime.

Il existe évidemment des règles de bonne conduite dans le cadre de l'expertise en général<sup>3</sup>.

Il convient également de rappeler le serment de l'avocat, qui jure d'exercer ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité.

Néanmoins, la notion d'éthique semble dépendre de la position de l'avocat en expertise. En effet, l'avocat de victimes n'aura pas la même appréciation de cette notion que l'avocat de responsables ou d'assureurs.

C'est en cela que cette question de l'éthique de l'avocat est si importante: elle révèle un positionnement, voire un engagement.

Ainsi, l'avocat de victime se fixe une mission double: obtenir la reconnaissance de la qualité de victime pour son client et obtenir une juste indemnisation des préjudices de celui-ci.

C'est donc cette mission qui va dessiner les contours de l'éthique qui est la sienne en expertise. Or, dans le cadre de l'accomplissement de sa mission, les contraintes sont multiples pour l'avocat de la victime.

Ainsi, la victime s'appuie totalement sur son avocat et attend de lui non seulement une efficacité sur le plan juridique, mais également un soutien sur le plan humain.

L'avocat doit s'astreindre à des règles de procédure, dont les délais imposés par les magistrats aux parties et à l'expert durant les opérations d'expertise. Une fois l'expertise terminée, c'est également l'avocat qui aura la charge de retranscrire aux magistrats les données de l'expertise si besoin.

L'avocat de la victime doit encore assumer les difficultés liées aux interactions avec les adversaires, avocats et médecins, en particulier lors de la réunion d'expertise.

Enfin, l'expert judiciaire ou le médecin-conseil de la compagnie d'assurances imposent des contraintes en termes de délais, de communication de pièces, la victime étant tenue d'apporter tous les éléments de preuves relatifs aux dommages corporels qu'elle invoque.

Il n'est par ailleurs de secret pour personne que certains experts judiciaires ou médecins de compagnies d'assurances affichent encore ostensiblement une posture d'opposition aux victimes et à leurs conseils, en particulier aux avocats.

<sup>3</sup> Recommandations sur les bons usages entre avocats et experts, Conseil national des barreaux et Fédération nationale des compagnies d'experts judiciaires, 18 novembre 2005.

Il s'agit là de contraintes qui méritent d'être soulignées. Elles sont toutefois fort heureusement assumées conjointement avec le médecin-conseil de la victime, en particulier lors de la réunion d'expertise, puisque ce dernier participe utilement à la discussion qui s'engage sur le plan strictement médical.

L'avocat de la victime veille quant à lui au respect du cadre juridique de la réunion d'expertise. Il fait par ailleurs en sorte d'orienter la discussion afin que l'expert rédige un rapport conforme à ses attentes. C'est en effet l'un des objectifs de l'avocat: obtenir un rapport d'expertise allant dans le sens des intérêts de son client.

Il est donc devenu commun que les parties soient assistées non plus seulement de leur médecin-conseil, mais également de leur avocat.

L'enjeu de la réunion de l'expertise devenant évident pour tous, le professeur Testu a déclaré à juste titre : « La phase expertale du litige est au moins devenue comme un petit procès décisif au cœur d'un grand. »

Le professeur Frison-Roche a quant à elle déclaré: « Ce n'est plus le procès qui accueille l'expertise en son sein, mais bien l'expertise qui va tirer le procès vers un nouveau modèle et lui redonner un nouveau souffle<sup>4</sup>. »

Il nous semble que c'est justement cette importance de la réunion d'expertise, dont chacun a parfaitement conscience, qui engendre des obstacles au bon accomplissement de sa mission par l'avocat de la victime.

## La présence de l'avocat en expertise

Parmi ces obstacles, il y a lieu d'évoquer la discussion récente relative à la présence de l'avocat en expertise, ce qui apparaît aberrant au regard de l'évolution rappelée ci-dessus.

Cette discussion reposait notamment sur la notion de secret médical, dont chacun sait pourtant qu'il « appartient » au patient lui-même.

Dès lors, si la victime est dans une démarche d'expertise, quel qu'en soit le cadre, il va de soi qu'elle n'oppose nullement le secret médical aux personnes présentes à l'expertise, et plus précisément durant l'examen clinique, et certainement pas à son avocat.

La question est revenue dans le débat, en particulier à l'occasion des expertises psychiatriques des victimes d'actes terroristes, face à une modification de la doctrine du Conseil national de l'Ordre des médecins. Mais, en l'état, cette doctrine ne modifie pas la possibilité de la présence de l'avocat lors de l'examen clinique.

<sup>4</sup> Pr F.-X. Testu et Pr M.-A. Frison-Roche, lors de la présentation générale du colloque organisé en 1994 par les IEJ d'Angers et du Mans.

Selon les praticiens: « C'est le choix souverain de la victime opposable à tous les acteurs de l'évaluation médico-légale<sup>5</sup>. »

La jurisprudence a parfois réglé le différend en considérant que, si la présence de l'avocat n'est pas souhaitée par les experts aux fins de préserver les principes d'intimité et de dignité de la victime, cette dernière peut souhaiter cette présence puisqu'elle est libre de renoncer à ces principes, édictés dans son seul intérêt.

Par ailleurs, et toujours selon la jurisprudence, au visa cette fois du principe du contradictoire visé à l'article 16 du Code de procédure civile, l'expert ne peut pas faire abstraction de la volonté de la victime de la présence de l'avocat tout au long de l'expertise, y compris lors de l'examen clinique, dès l'instant que la victime émet ce souhait, lequel équivaut à la levée du secret médical.

Toutefois la contrepartie de la présence de l'avocat est celle de la présence d'un représentant du payeur, en sus de celle du médecin-conseil de ce dernier.

Reste à préciser que la présence de l'avocat lors de l'examen clinique doit demeurer celle d'un observateur, et il ne peut intervenir à ce moment de l'expertise et risquer de perturber le processus expertal, voire d'anéantir le travail de l'expert, en particulier lors de l'interrogatoire du patient par le psychiatre.

C'est la déontologie et l'éthique qui commandent cette position d'observateur, en particulier au regard des principes de loyauté, délicatesse et modération.

En revanche, le médecin-conseil de la victime, dont le rôle est complémentaire de celui de l'avocat, est alors en première ligne pour assurer la défense de son client sur le plan médical, en se montrant notamment vigilant relativement à la réalisation de l'examen médical par l'expert judiciaire ou le médecin de compagnie.

La présence de l'avocat reste néanmoins indispensable en ce moment singulier, tout simplement, car, si le rôle de l'expertise est de prétendre « poser une certaine vérité technique », il doit « prendre sa place à l'intérieur d'une vérité judiciaire qui est, par nature, plus intégrative<sup>6</sup> ».

L'avocat doit également veiller à imposer la victime comme l'élément central de l'expertise et à faire respecter la dignité de celle-ci au milieu de discussions techniques.

De plus, pour participer utilement à la mise en œuvre de la vérité judiciaire, il est capital que l'avocat ait perçu tous les aspects de cette vérité technique, au-delà du seul rapport d'expertise, et qu'il puisse les retranscrire dans

<sup>5</sup> CECCALDI (Marc-André), avocat aux barreaux de Marseille et Paris, *Gaz. Pal.* 8 janvier 2019, p. 13. 6 Prévost (Jean-Baptiste), philosophe, *Gaz. Pal.*, n° 18, 14 mai 2019, p. 83.

le procès en y intégrant les autres dimensions, à savoir notamment les conséquences sociales et familiales résultant des dommages corporels, et toutes autres considérations issues de l'expertise et de tout autre document ou notion utiles à la vérité judiciaire.

Il arrive d'ailleurs que l'avocat fasse état, lors de l'audience, de sa présence à l'expertise, devenant alors le « témoin » de ce qui s'y est dit, soit pour contester les conclusions de l'expert, soit pour les préciser ou apporter à son tour un éclairage technique aux magistrats.

Des personnes présentes à la réunion d'expertise, il est en effet le seul ensuite présent dans le prétoire, ce qui suffit à démontrer l'utilité, voire la nécessité de sa présence à cette réunion.

Quand bien même l'oralité des procédures apparaît décroissante, l'avocat doit ainsi veiller à ce que le rapport d'expertise y soit perçu avec justesse et que la victime demeure l'élément central du procès.

Un retour en arrière est donc parfaitement inenvisageable relativement à la place de l'avocat en expertise.

Partant, la question de sa présence lors de cette étape primordiale de la procédure ne devrait tout simplement pas se poser.

Surtout, il ne faut pas oublier que l'avocat a mis du temps à acquérir une place et une légitimité en expertise. Il ne doit donc pas déserter ce lieu déterminant pour la défense de son client.

En effet, si l'avocat laisse cette place vacante, le risque est qu'il lui soit difficile de s'y refaire une place face à des experts judiciaires ou des médecins de compagnie récalcitrants.

#### LA « BARÉMISATION »

Une autre difficulté à laquelle doit faire face l'avocat est relative à l'application de barèmes à la fois par les experts et par les magistrats.

## L'utilisation de barèmes par les experts

Les barèmes utilisés par les experts, outils d'évaluation des dommages corporels subis par la victime, correspondent à une mesure médico-légale du dommage corporel.

Évidemment, les outils ainsi utilisés ne sont jamais neutres. Ainsi que l'a justement écrit Gaston Bachelard, les instruments de mesure ne sont en effet que des théories matérialisées<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> BACHELARD (Gaston), Le Nouvel esprit scientifique, 1934, PUF, p. 16.

Cette absence de neutralité est d'ailleurs largement démontrée par les disparités concernant l'évaluation du déficit fonctionnel permanent.

Elle l'est également par les différentes appellations concernant précisément ce chef de préjudice: IPP, AIPP, DFP... L'évolution de la jurisprudence sur ce point, relativement à la prise en compte ou non de l'aspect professionnel dans la mesure de l'incapacité, puis la consécration de la nomenclature Dintilhac en sont également l'illustration.

Le problème de la généralisation induite par la « barémisation » est évident: cela est contraire à la nécessaire individualisation, les préjudices de la victime devant être appréhendés dans sa sphère personnelle et uniquement dans celle-ci.

Il est une réalité pourtant évidente: « à âge, sexe et lésions identiques et donc de DFP qualifié d'identique, le préjudice réparable n'est pas identique<sup>8</sup> ».

L'avocat de la victime doit être soucieux d'une juste évaluation médicolégale puisque de celle-ci va dépendre, pour l'essentiel, l'indemnisation des préjudices.

Est-ce à dire que l'avocat s'immiscerait dans cet aspect médical, du seul ressort des médecins et de l'expert, au-delà de ses compétences et de façon imprudente en méconnaissance de la déontologie qui préside à sa mission?

Absolument pas. En effet, tous les dommages corporels ne font pas l'objet d'une cotation, certains devant faire l'objet d'une description précise. Il sera d'ailleurs rappelé à cet égard que le rapport d'expertise ne doit rester qu'un éclairage technique à l'attention des magistrats.

L'éthique de l'avocat dans le dessein d'une « vérité judiciaire, laquelle est par nature plus intégrative », telle que décrite par la doctrine<sup>9</sup>, est, par exemple, de faire inclure dans le rapport, ou à défaut d'avoir intégré dans ses dires, la description précise des éléments résultant des atteintes physiologiques, significatives de la perte de la qualité de la vie et des troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales.

Il ne s'agit là que de la transcription souhaitée par la jurisprudence classique pour la détermination du déficit fonctionnel permanent<sup>10</sup>.

Trop souvent, les payeurs voudraient considérer le rapport d'expertise comme une vérité absolue dans le cadre de la discussion relative aux préjudices.

<sup>8</sup> BERNFELD (Claudine), «Les référentiels d'indemnisation: un outil pertinent?» entretien avec M. C. Lagrange, *Gaz. Pal.*, 10 novembre 2012, p. 22.

<sup>9</sup> Prévost (Jean-Baptiste), philosophe, Gaz. Pal., n° 18, 14 mai 2019, p. 83.

<sup>10</sup> Cass. 2e civ., 28 mai 2009.

C'est exactement ce que la doctrine dénonce: « certains souhaiteraient que la vérité judiciaire soit réduite à n'être plus qu'un simple "tampon" apposé sur la vérité technique<sup>11</sup> ».

D'où l'importance du rôle de l'avocat dans ce cadre, complémentaire de celui du médecin-conseil.

Il est en effet incontestable que de l'outil d'évaluation utilisé dépend le niveau d'indemnisation des préjudices de la victime, ce dont les avocats de victimes sont les témoins du fait de leur pratique quotidienne de la réparation des préjudices.

Cela conduit à une pression des payeurs pour imposer leurs propres barèmes d'évaluation des préjudices.

C'est ainsi que l'AREDOC (Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel), organisme émanant des assureurs, a acquis une influence non négligeable auprès des experts au travers notamment des outils d'évaluation mis à leur disposition.

Afin de lui opposer une contradiction argumentée, a été récemment créée la base ANADOC (Antenne nationale de documentation du dommage corporel) par l'ANAMEVA et l'ANADAVI sur la base d'une collaboration ancienne et solide en faveur des victimes de dommages corporels<sup>12</sup>.

Il doit en effet être rappelé que les outils d'expertise n'ont aucune force obligatoire et que seule la légitimité de l'institution qui produit l'outil devrait légitimer celui-ci.

Il appartient dès lors aux experts de tenir compte, dans le respect du contradictoire, tant des outils d'évaluation émanant des assureurs que ceux émanant des conseils de victimes.

Il va également être désormais de la mission des avocats et médecins-conseils des victimes de faire connaître aux experts les outils produits par l'ANADOC et de les imposer comme étant tout aussi légitimes que ceux émanant des payeurs.

Il y va de l'équilibre des parties lors de l'expertise médico-légale.

## L'utilisation de barèmes par les magistrats

Quant aux barèmes qui seraient utilisés par les magistrats, ils correspondraient à une mesure financière standardisée des préjudices d'une victime.

<sup>11</sup> Prévost (Jean-Baptiste), philosophe, Gaz. Pal., nº 18, 14 mai 2019, p. 83.

<sup>12</sup> Anadoc.net

Rappelons que la mission de l'avocat de la victime est d'obtenir une juste indemnisation des préjudices de celle-ci. Il s'agit de l'indemnisation de l'entier préjudice sans perte ni profit telle que le rappelle constamment la jurisprudence.

En effet, une victime ne peut être une « victime moyenne », une « victime standardisée ».

L'avocat de victime fait alors preuve d'une réelle préoccupation d'individualisation des préjudices, lesquels ne peuvent supporter décemment d'autre solution que celle d'un « sur mesure ».

Ce principe essentiel doit présider à tout type d'expertise, à l'opposé de la tentation de standardisation et de logique statistique qui trônent toujours du côté des payeurs.

Les magistrats ont un évident souci de personnalisation des décisions, et notamment en matière de dommage corporel, mais sont toutefois soumis à de plus en plus de sollicitations en termes de rendement en volume de décisions, ce qui les rend plus sensibles à la nécessité de disposer d'outils performants pour gagner du temps.

Il appartient aux avocats des victimes, sur lesquelles pèse le fardeau de la preuve, de nourrir chaque dossier de l'ensemble des informations utiles et de présenter des documents synthétiques permettant, pour chaque poste, d'aller à l'essentiel.

Il leur appartient également d'insister auprès des magistrats sur le fait que la pensée n'est pas unique et que leur impartialité repose tout autant sur le droit dur contraignant que sur le droit souple qui peut et doit être légitimé dès lors qu'il repose sur des apports éclairés et validés par des institutions reconnues.

Il s'agit là également de la vocation de la base ANADOC, laquelle n'est pas destinée qu'aux experts, mais plus largement à tous les intervenants dans le processus de réparation des victimes.

L'avocat de la victime doit ainsi rappeler au magistrat son rôle de sentinelle dans le cadre d'une juste indemnisation des préjudices.

En tant qu'acteur du processus d'indemnisation, le magistrat doit être soucieux non seulement de son indépendance, mais également du sort réservé à la victime, à qui une réparation intégrale des préjudices doit être assurée.

Il est important que le référentiel dit MORNET ne limite pas les magistrats dans leur appréciation du dossier qui leur est soumis.

Là encore, il appartient à l'avocat de la victime de mettre en lumière devant le juge l'importance des préjudices et le besoin de juste réparation de la victime.

Enfin, cette question de la standardisation de l'indemnisation en amène naturellement une autre: celle de la justice prédictive.

## La justice prédictive

Il s'agit évidemment d'une question largement discutée, puisque génératrice d'inquiétudes pour les avocats de victimes, dont le souci constant est la personnalisation de la réponse judiciaire en faveur de celles-ci.

Certains auteurs ont nettement écarté tout danger lié à l'usage des technologies de type intelligence artificielle:

Pour résumer, la justice prédictive telle qu'est imaginée par les legaltech à ce jour, en France, ne pourra pas tenir ses promesses. Les limitations techniques informatiques sont nombreuses et l'intelligence artificielle, développée dans des réseaux de neurones, ne pourra pas se développer en raison de la structure même du droit français. Les juristes n'ont donc pas à craindre de perdre pied à cause de ces outils qui arrivent sur le marché. Néanmoins, pour tout ce qui concerne les algorithmes de tri et de recherche documentaire, il n'y aura aucune difficulté à créer des outils performants. Ainsi, le monde juridique de demain ne sera pas très différent de celui d'aujourd'hui. Les craintes qui s'élèvent aujourd'hui reposent sur une analyse biaisée par une expérience juridique anglo-saxonne qui ne correspond pas aux mêmes schémas que ceux du système français<sup>13</sup>.

Il n'en demeure pas moins qu'aussi performants que soient les algorithmes de tri et de recherche documentaire, le « documentaire », c'est-à-dire la matière première dans laquelle se réalise la recherche, devra être générale et non préalablement triée par les payeurs ou émanations de ces derniers.

Il s'agira pour les avocats de victime de demeurer extrêmement vigilants afin de veiller à préserver les intérêts de leurs clients.

Cette nécessaire vigilance est particulièrement d'actualité à l'aube d'un projet de référentiel indicatif, adopté par décret du 27 mars 2020, au sujet duquel la profession d'avocat n'a pas été consultée ou, en tout état de cause, n'apparaît pas en tant qu'utilisateur dont l'avis aurait été sollicité<sup>14</sup>.

Les inquiétudes sont donc réelles, le texte ayant de surcroît été adopté en pleine crise sanitaire, alors que cette situation inédite et exceptionnelle avait justifié dès le 16 mars 2020 la suspension de toutes les réformes législatives.

Il s'agit là d'une atteinte grave au principe d'individualisation tant les questionnements sont nombreux s'agissant de l'application pratique de ce référentiel:

<sup>13</sup> Bouco (Romain), Dalloz actualités, 4 mars 2020.

<sup>14</sup> Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, JORF n° 0077 du 29 mars 2020.

nombre de décisions étudiées, degré de précision des données collectées, cantonnement aux matières de responsabilité civile et administrative, non prise en compte des transactions, etc.

Se pose surtout la question de la finalité de cet outil de « barémisation » puisqu'il est légitime de penser qu'il viserait à pallier le manque de moyens de l'institution judiciaire ou même à déjudiciariser la réparation du dommage corporel.

Le risque d'une remise en cause de la présence d'un avocat auprès de la victime est donc évident puisque, ainsi que rappelé ci-dessus, la mission de l'avocat est d'obtenir la réparation intégrale des préjudices de la victime, de laquelle découlent la reconstruction et la réinsertion de celle-ci.

L'avocat de victimes, assurant une défense individuelle de chacune d'elles dans le cadre de l'expertise, se doit également de dénoncer toute atteinte commune au droit à la réparation intégrale des préjudices.

Cette posture ne doit évidemment pas être perçue comme une opposition de principe à toute immixtion de l'intelligence artificielle dans le droit du dommage corporel.

En effet, l'utilisation de l'intelligence artificielle peut être envisagée à condition de respecter un équilibre entre les victimes et les payeurs.

Cela passe par l'élaboration réfléchie des outils correspondants et par la concertation des associations de conseils de victimes.

Par ailleurs, cela ne doit pas constituer une réponse à une éventuelle insuffisance des moyens de la justice (nombre de magistrats, formation...).

Enfin, cela ne doit surtout pas conduire à une déjudiciarisation du droit du dommage corporel.

Il n'est en effet pas contestable que la procédure judiciaire est la garante des droits de la victime. Les avocats de victimes ne peuvent en effet que constater que, dans le cadre de procédures non judiciaires dépourvues de ministère d'avocat, les victimes sont laissées à leur sort face à des barèmes établis par les payeurs eux-mêmes.

#### CONCLUSION

L'éthique de l'avocat de la victime durant la phase d'expertise est avant tout le respect d'un engagement, une recherche d'équité, ce qui implique une absence de neutralité.

Ainsi, il ne saurait avoir un simple rôle d'observateur et il est aussi légitime que les médecins à participer à une discussion d'ailleurs qualifiée de médico-légale.

Cette éthique est partagée avec le médecin-conseil avec qui il assure la défense de la victime.

En effet, l'expertise étant incontestablement l'antichambre du procès, tous deux y effectuent déjà un travail de conviction à deux voies techniques.

Au-delà de cet aspect technique, l'avocat de la victime a un rôle de sentinelle du singulier, veillant à placer la victime comme l'élément central de l'expertise et à lui permettre d'obtenir une juste réparation de ses préjudices.

Cette mission est par ailleurs parfaitement conforme à sa déontologie puisqu'il a prêté le serment d'exercer avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité

Cette humanité est fondamentale dans le cadre de l'expertise médico-légale: l'avocat de la victime veille à ce que la victime soit considérée dans sa singularité et, partant, dans son humanité.

**PARTIE II** 

L'IMPACT DES TECHNOLOGIES NOUVELLES, REGARDS ÉTHIQUE, HUMANISTE, SCIENTIFIQUE, JURIDIQUE ET SOCIOLOGIQUE

# Préambule : de l'opportunité de l'éthique à l'éthique de l'opportunité en matière d'expertise

### Cyril HAZIF-THOMAS

Docteur en médecine, directeur de l'Espace de réflexion éthique de Bretagne, Psychiatre du sujet âgé (CHRU de Brest), docteur en Droit

n parle toujours du « coût de la santé », mais on oublie de souligner ce que représente le marché de la santé, écrivait le professeur Édouard Zarifian dans son magistral ouvrage *Le prix du bien-être*, *psychotropes et société*. Il ajoutait dans la même veine: « Combien de gens vivent-ils de la maladie des autres¹? »

Concernant ce vaste champ que la loi Badinter de 1985 a circonscrit<sup>2</sup>, on pourrait de même se demander combien de professionnels (médecinsconseils, avocats de victimes, assureurs et médecins de compagnie, juristes et magistrats...) vivent-ils des victimes d'accidents de la circulation dont ils ont la mission de définir ce qui leur est dû tout en visant, selon l'intitulé de la loi, à l'accélération des procédures d'indemnisation?

L'esprit de la loi était en effet de faire en sorte que la préférence soit accordée au règlement amiable de l'indemnisation et l'objectif du législateur était de tarir les contentieux des accidents de la circulation.

Il peut être ici utile de revenir dès lors à ce qu'est la justice selon les Institutes de Justinien dès son livre premier, titre I, « De la justice et du droit »:

La justice est la volonté ferme et permanente de rendre à chacun ce qui lui appartient. Ainsi l'homme juste est celui-là seul, qui, dans toute la suite de ses actes, poursuit avec ardeur et réalise le bien, et non celui qui ne serait capable que d'actes de justice accidentels ou isolés.

D'emblée, le Dr Donnou s'inscrit dans cette tradition juridique en donnant dès l'introduction le ton de sa préoccupation éthique: ainsi rappelle-t-il que:

La convention IRCA signée le 1<sup>er</sup> avril 2002 entre la plupart des assureurs fait que l'assureur de la victime, si le taux du déficit prévisible séquellaire est inférieur à 5 % (soit 90 % des accidents), devient payeur du sinistre en

<sup>1</sup> ZARIFIAN (Édouard), Le prix du bien-être: psychotropes et société, O. Jacob, Paris, 1996, p. 243.

<sup>2</sup>Loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, *JORF* du 6 juillet 1985, p. 7584.

gardant toutefois son rôle de défenseur: la logique serait-elle dès lors pour la victime de se méfier de son propre assureur?

Comment rester juste afin de garder l'esprit d'une loi qui s'est attachée à permettre que la situation des victimes soit mieux prise en compte?

Comment rester éthique afin de rester protecteur des victimes de dommages corporels, *notamment* à la suite d'accidents de la circulation?

Comment s'y retrouver face à la complexité des transactions, la multiplicité des acteurs, alors que l'évaluation et l'indemnisation des dommages corporels sont réalisées de manière extrêmement disparate?

La mise en place d'outils numériques, le primat croissant des écrans sur l'écrit, du clavier sur la main, et l'appel aux compétences extrêmement précises, mais toujours plus fines de tous les acteurs ne compromettent-ils pas l'acceptabilité sociale de la procédure expertale?

Telles sont quelques-unes des angoisses éthiques qui traversent cette partie liée aux problématiques individuelles et sociétales inhérentes à l'expertise médicale et à l'utilisation des données nouvelles.

Le Dr Donnou, médecin-conseil de victimes à Brest, développe un point de vue résolument déontologique de l'acte d'expertise: son apport des plus remarquables tient notamment dans la mise en évidence que, sans boussole éthique, cet acte ne peut qu'être dévoyé par les logiques commerciales et assurantielles plus attachées à tirer profit du système qui les nourrit qu'à respecter l'altérité du blessé ainsi que son intégrité, au sens de son unicité d'être humain. Pour cela il propose que soit particulièrement développée une franche et résolue indépendance professionnelle, que seule une neutralité bienveillante active peut irriguer de sa dynamique personnalisante. Cela ne contrevient pas à la rigueur des débats, que le principe de la discussion contradictoire et du doute opposable viendra opportunément mettre en lumière. De sorte que « si la neutralité s'apparente beaucoup à l'impartialité, l'attitude empreinte de dignité et d'écoute s'inscrit également dans le devoir d'impartialité de l'expert. »

La barémisation du corps humain à visée d'indemnisation est un sujet d'une complexité éthique considérable que le Pr Mémeteau, professeur émérite de droit à la faculté de Droit de Poitiers, parvient à clarifier par la remise au centre des débats des principes cardinaux du droit médical, pourtant fragilisé aujourd'hui en ce temps d'état d'urgence sanitaire (Covid-19). Et si chacun se souvient que l'évaluation du déficit fonctionnel permanent se confond presque avec celle de l'IPP, et que son taux doit être évalué, après description, par référence au barème annexé au décret idoine, il n'en demeure pas moins

qu'il importe de garder au cœur de notre abord de la victime et de la situation examinée au prisme du regard expertal que:

un barème est une aide (on n'ose pas écrire un « aide-mémoire ») à la décision de l'expert et du juge, un catalogue de préjudices possibles, plus ou moins finement détaillé, mais sans normativité propre. Tel est le cas aussi des « normes » de décision médicale, guides des choix thérapeutiques aussi objectifs que possible, mais que le principe fondamental de la liberté de prescription écarte du domaine réglementaire impératif.

Se dégage de cette insistance réflexive, sur l'indépendance professionnelle de l'un et sur la liberté de prescription de l'autre, l'idée d'opportunité d'arbitrage et de liberté de l'esprit que le recours à des outils algorithmiques risque toutefois de compromettre.

Cette question des données nouvelles et des Big Data, qu'accompagne la promotion actuelle de l'IA, est l'occasion pour le Dr Rodriguez, Director CSI Hub Europe, Master Inventor chez IBM, d'expliciter les caractéristiques essentielles de ce que ces mots, d'apparence si contraire, que sont celui d'intelligence et d'artifice signifient: l'intelligence n'est-elle pas d'abord le monde de la liberté? Le mérite de cet auteur n'est pas mince de parvenir à nous faire aimer un domaine si obscur - ne parle-t-on pas à l'occasion de boîte noire? - qu'éclaire néanmoins la promesse d'une coopération renouvelée entre les hommes... et les robots. C'est qu'en effet « L'assistant virtuel ne remplacera certainement pas l'humain, mais pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, l'humain devra collaborer avec une entité dont l'intelligence sera certainement supérieure à la sienne. Tout du moins pour un domaine considéré. » Cela ne sera donc pas la fin de l'individu3, mais le début, à condition toutefois de continuer à réfléchir, d'une aventure technologique qui ne va cesser de progresser de sorte qu'il est impératif de mettre en place des garde-fous éthiques et juridiques pour s'assurer que « lorsqu'elle sera capable d'émuler l'intelligence humaine et cela arrivera, nous soyons prêts à l'accepter, la contrôler et en tirer parti pour le bien de l'humanité ».

Le Dr Yann Ferguson, professeur de sociologie à l'ICAM (Institut catholique des arts et métiers) de Toulouse prolonge cette riche exploration de cette mathématisation du quotidien que nous promet l'intelligence artificielle. L'auteur reprend les antiennes de la mission Villani du 30 mars 2018, du nom de cet acteur de la vie politique de notre capitale, qui plaça d'ailleurs au cœur de sa campagne l'argument de l'IA, formidable cheval de Troie d'un nouveau paternalisme du système expert. N'est-il pas à craindre que cet éloge

<sup>3</sup> KOENIG (G.), La fin de l'individu, Voyage d'un philosophe au pays de l'intelligence artificielle, Éd. de l'Observatoire, coll. « De Facto », Paris, 2019, p. 396.

du discours scientifique et de la *machine learning*, ne se fasse au détriment de la liberté d'appréciation individuelle ou collective? Et en effet, affirmer que jamais une machine ne pourra être intelligente est vide de sens. Mais, prévient Yann Ferguson:

L'IA n'a pas de conscience. Mais elle peut être instrumentalisée par des parties prenantes du processus d'indemnisation pour tirer un avantage dans un rapport de force ou, à l'inverse, constituer une opportunité pour établir une éthique de la discussion entre les acteurs, c'est-à-dire une réflexion sur les conditions de possibilités minimales de compréhension mutuelle des personnes en situation d'échange.

Il s'agit donc de promouvoir une IA digne de confiance notamment dans la dialectique scientifique de l'art médical qui devra concilier les données acquises de la science à celles (les fameuses données traitées par les algorithmes) de l'IA dans le but d'œuvrer opportunément pour qu'une intelligence collective soit au rendez-vous des besoins du malade. Encore faut-il qu'une éthique de la frontière technologique du processus d'indemnisation des victimes soit lisible pour tous dès lors qu'on replonge dans le champ de la loi Badinter; or il semble bien que « les "legaltechs" sont en train de se mettre au service du droit, en vue de réduire les coûts tout en maintenant ou améliorant la qualité de l'administration et peut-être même de la justice, posant d'ailleurs le problème du développement d'un secteur (immense) du discount du droit, au détriment des professionnels » (Ferguson (Y.), ibid.).

Mais à y bien réfléchir, l'action didactique de l'expert, du médecin-conseil, de l'avocat..., d'un point de vue pragmatiste, comporte à la fois des aspects techniques (instrumentaux), épistémiques (construction par la pensée, appui sur l'expérience et sur des connaissances médicales, juridiques, administratives, gestionnelles, organisationnelles... passées), politiques (décision), contextuels et contingents (environnementaux), notamment en ce qui concerne la perception et la gestion du temps qui passe depuis l'accident considéré et la demande de réparation. Cette recherche du *kairos* didactique implique que les déclarations des sachants soient communiquées à chacune des parties afin qu'elles puissent les discuter contradictoirement.

Et c'est dans cet écheveau de compétences plurielles que l'éthique de l'opportunité se révèle pertinente dans le champ de la réparation du dommage corporel: il s'agit de saisir le moment favorable au déroulement juste de l'expertise, d'en définir le sens, la bonne orientation, tant il est vrai qu'« elle n'attache pas une étiquette au cou du sujet. Elle définit le mal qu'il a subi en son corps et en son esprit, ce qui est plutôt une façon de le revoir, de le redessiner, idéalement. » (Pr Mémeteau (G.))

Nul doute que ces quelques propos introductifs n'épuiseront pas la problématique éthique de l'intrusion de la « dialectique algorithmique » dans la pensée humaine, de cette emprise du numérique sur nos comportements, de cette mathématisation parfois aveugle, parfois lucide, mais au moins permettent-ils de deviner ce que l'ensemble de l'ouvrage propose à l'honnête homme du xxre siècle: se mettre à l'écoute des victimes de façon intelligente en prisant les charmes de ce data detox que permettent non seulement le recours à l'éthique de la discussion, mais aussi ce que nous aimerions nommer une lecture démocratique des data, sorte d'inventaire à la Prévert que l'on ferait bien d'écrire et de continuer à édifier, dans et hors du champ du droit médical.

Ce *data detox* est en effet aussi celui permis par l'accès de nos concitoyens à la grande littérature, comme revue et corrigée par Prévert lui-même:

Lorsqu'on voit les romanciers d'avant, il n'y a pas à regretter le passé. Mais c'est tout à fait différent, les romanciers, eux-mêmes, étaient des personnages de roman... que ce soit Eugène Sue, Alexandre Dumas, Proust ou Dostoïevski. Aujourd'hui, ce sont des gens assis qui font du néo-roman<sup>4</sup>.

Osons dès lors penser, osons faire debout de l'éthique au service des plus faibles et ne cédons pas à la pensée copier-coller des néoexpertises.

Osons une démarche respectueuse de la dignité de celles et ceux qui justifient de notre art délibératif, qui, depuis le droit jusqu'à la médecine, en passant par les ingénieurs et les acteurs administratifs..., ne peuvent ignorer la *phronesis*, cette prudence savamment distillée pour favoriser l'à venir, cette préparation nuancée de l'avenir de la personne, d'un avenir plus juste pour chacun.

Osons l'interdisciplinarité dans un but de communion (*com-munus*), c'est-à-dire une responsabilité commune, dans une œuvre commune à faire, à distance d'une perspective individualiste.

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

<sup>4 «</sup> Le métier de ne rien foutre », Télérama, hors-série, n° 206, Prévert, avril 2017, p. 24-25.

## Obligations éthiques en expertise médicale: altérité de l'expertisé et différence du contradicteur

#### Philippe DONNOU

Médecin conseil de victimes, Brest, Vice-président de l'Association nationale de médecins-experts de victimes d'accidents (ANAMEVA)

Les valeurs éthiques cardinales universelles applicables à la relation médicale sont extensibles à l'acte d'expertise, qui est un acte médical. Une bonne qualité relationnelle permet une meilleure résolution du contrat inégalitaire et asymétrique créé entre l'expert et le sujet examiné. Pour le médecin, reconnaître l'altérité du sujet et accepter les différences conceptuelles d'un médecin contradicteur repose sur des fondements éthiques et philosophiques. Des engagements techniques des experts auprès de leurs éventuels mandants sont parfois nécessaires au développement des dossiers. Une éthique forte, individuelle de l'impartialité dans le plus grand respect de l'expertisé permettrait, seule, d'assurer neutralité et équité.

L'expertise médicale affecte l'intimité d'un sujet, c'est un acte médical qui répond à des obligations déontologiques et éthiques. Pour l'examinateur, une des difficultés majeures de l'entretien d'expertise médicale est la double acceptation éthique de l'altérité du blessé et du positionnement d'un éventuel contradicteur présent.

En amont de la relation médecin/patient en expertise, il y a la relation médicale classique qui repose sur des principes éthiques, des valeurs dites *cardinales universelles*. Quelles sont-elles et quels sont les fondements éthiques de la relation médicale et leurs applications spécifiques en expertise médicale? Les biais d'appréciation des médecins-experts entre eux, selon leur engagement confessionnel, sont fréquents.

Les experts médicaux (expert judiciaire-médecin de compagnie-médecin-conseil de victimes) ne doivent aucunement aliéner leur indépendance intellectuelle obligée; il est aussi de leur mission de respecter le sujet examiné et de répondre avec le plus d'objectivité possible au principe de la prise en charge de l'adage: « rien que le dommage et tout le dommage. » Ce principe de réparation intégrale est le principe en vertu duquel le responsable du préjudice doit indemniser tout le dommage et uniquement le dommage, sans

qu'il en résulte ni appauvrissement ni enrichissement de la victime. Il trouve son fondement dans l'article 1240 du Code civil aux termes duquel « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Il s'agit d'un principe de stricte équivalence entre la réparation et le dommage. C'est dire pour le médecin, pour tendre à cette application, la nécessité de fondements éthiques solides qui lui permettront de respecter l'altérité du patient, mais aussi d'accepter la différence du contradicteur, en d'autres termes respecter le contradictoire.

### I. LA RELATION PATIENT/MÉDECIN, LES CONTOURS ÉTHIQUES : DE L'UNIVERSALITÉ DE L'ÉTHIQUE À L'ACTE MÉDICAL

Le fondement de l'acte d'expertise comme un acte médical n'est pas contestable.

Il est repris dans le code de déontologie médicale sous l'article R. 4127-105 du Code de santé publique (CSP).

Deux particularités de cet acte, l'absence de soins et l'absence de partage des données médicales avec les soignants, ne seront pas développées dans cet article. La partition d'expertise se déroule à deux, ou à trois si le patient est assisté d'un médecin-conseil de victimes, sans compter les avocats et inspecteurs d'assurances parfois présents.

Le médecin est confronté à la subjectivité du discours du patient et à la demande de documents médicaux qui signent l'objectivité d'un dossier médico-légal.

Il y a d'un côté un médecin-conseil d'assurance mandaté pour une mission précise avec des réponses précises à adresser au médecin de siège de l'assurance, dans un strict respect de l'absence de violation du secret médical, et de l'autre côté un patient (assuré-victime) qui peut attendre une réponse financière d'un assureur ou de la collectivité (Fonds de garantie par exemple), mais aussi, le plus souvent, la reconnaissance d'une souffrance et d'un statut de victime. Un climat serein au cours de l'expertise est donc indispensable au bon déroulé de l'entretien, tant pour le médecin, qui peut alors mieux répondre aux questions posées, que pour l'assuré qui aura le sentiment d'avoir été écouté et compris.

Mais hors ce cadre idéal, nombreuses sont les expertises où l'absence d'écoute et les réponses incomprises sont légion. C'est dire que les notions « d'ambiance, de qualité de l'accueil dans la présentation, d'écoute des différentes positions » sont les points essentiels dans le déroulé de l'expertise¹. Il apparaît que les critiques sont fréquentes des deux côtés, expert d'assurance et assuré, mais aussi à l'encontre des médecins-conseils de victimes travaillant avec des avocats-conseils; les premiers étant parfois considérés par certains médecins

<sup>1</sup> NICOURT (Bernard), « L'éthique en expertise », Revue française du dommage corporel, 1993-4, p. 77-78.

de compagnies d'assurances comme « aliénant alors leur compétence de médecin, mais aussi étant à l'origine d'une forfaiture.<sup>2</sup> ».

L'assuré (le patient ou le blessé) et le médecin-conseil de victimes deviennent ainsi la cible d'interprétations écrites et orales, à l'emporte-pièce.

Il est donc nécessaire, pour avancer dans la réflexion, de replacer l'acte d'expertise dans sa dimension éthique médicale et non rhétorique.

## A. Des obligations éthiques en expertise médicale

Le fondement éthique de la relation médecin de compagnie/patient, médecin de compagnie/médecin-conseil de victimes, doit être le fil directeur essentiel permettant d'éviter des dérives souvent délétères et négatives qui peuvent faire évoluer une voie amiable vers une voie judiciaire.

La relation éthique en expertise médicale ne peut faire abstraction des valeurs cardinales essentielles, universelles, régissant la vie en société et qui sont applicables à la relation soignant/soigné. Pierre Le Coz, ancien membre du CCNE, développe quatre principes universels adaptés à la relation médicale.

- « L'autonomie » formalisant la « liberté comme valeur³ » avec les nécessités d'information et de « consentement libre et éclairé » (art. R. 4127-36 du CSP).
- Le principe de « bienfaisance » engageant le praticien à œuvrer pour le bien de son patient, il s'agit d'un « devoir de sollicitude au plan thérapeutique, mais aussi d'amélioration de l'état moral du patient<sup>4</sup> ».
- Le principe de « non-malfaisance<sup>5</sup> » le classique *primum non nocere*, rappelant au praticien « le principe de non-obstination déraisonnable » (art. R. 4127-37 du CSP).
- En dernier lieu le « principe de justice » : il s'agit d'être équitable pour tous, selon les besoins sociaux et médicaux, « ce principe d'équité étant inclus dans une éthique de moyens au plan macro-éthique<sup>6</sup> ».

Nous en rapprochons le principe de bienveillance (différent de la bienfaisance), obligation du professionnel de santé vis-à-vis des patients: au-delà de la philanthropie et de la compassion, rechercher ce que l'on peut faire de mieux avec ses moyens.

Sur un autre plan, Emmanuel Levinas fait part :

<sup>2</sup> Steinbach (Guy), « L'indépendance des médecins experts », Revue française du dommage corporel.

<sup>3</sup> Le Coz (Pierre), « Les principes éthiques et les émotions dans la décision médicale », Mt pédiatrie, vol. 12, n° 6, novembre/décembre 2009, p. 384.

<sup>4</sup> Id., p. 385.

<sup>5</sup> Id., p. 386.

<sup>6</sup> Ibid.

d'un accès au visage de l'autre dans le rapport aux soins [...]. Il y a d'abord la droiture même du visage, son exposition droite, sans défense. La peau du visage est celle qui reste la plus nue, la plus dénuée; la plus nue, bien que d'une nudité décente. La plus dénuée aussi; il y a dans le visage une pauvreté essentielle [...]. Le visage est exposé, menacé, comme nous invitant à un acte de violence. Cette approche de Levinas est considérée par Nathalie Maillard comme une « éthique du souci de l'autre appelant à la générosité et la responsabilité du praticien, pouvant mener jusqu'au sacrifice dans une éthique du don<sup>8</sup> »...

c'est cette considération qui rejoint notre interprétation.

L'auteure retient le caractère asymétrique de la relation soignant/soigné et décrit trois niveaux éthiques permettant, selon nous, de retenir l'idée projetée d'un partenariat actif.

- Le premier est celui de la « sympathie éprouvée », « la compassion devant être envisagée comme facultative dans la relation médicale ayant le caractère d'une exigence morale de base<sup>9</sup> ».
- Le second niveau est celui du « diagnostic et des moyens thérapeutiques engagés », cela étant le « stade objectif de la relation 10 ».
- Le troisième niveau met en évidence le « déséquilibre entre le savoir du praticien et celui du soigné », qui doit être corrigé par le devoir d'information qui incombe « au médecin de déceler des informations en sa possession<sup>11</sup> ». Nous comprenons donc que le risque encouru dans la relation médecin/patient est celui de considérer le patient sur un unique plan technologique. Ce risque est majeur en expertise médicale, nous y reviendrons.

Par ailleurs, cette approche éthique de Levinas ne nous semble ni projectible ni adaptable à l'expertise médicale, qui n'est pas un acte de soin au sens propre du terme (bien qu'il soit nécessairement un acte d'écoute), ni même un acte de don. De cette analyse proposée, nous concevons la notion d'une responsabilité multiforme rendant le médecin comptable de l'utilisation de ses connaissances et de son savoir-faire.

Le médecin-expert, même s'il assure un rôle de technicien en toute neutralité, est bien comptable de ses conclusions médico-légales, car, symboliquement et pratiquement, il est pour l'assuré un des responsables majeurs de l'appré-

<sup>7</sup> Levinas (Emmanuel), Éthique et Infini, Le Livre de Poche, coll. « Essais », 1992, p. 80.

<sup>8</sup> MAILLARD (Nathalie), LEVINAS (Emmanuel), « De la relation à l'autre au rapport de soin », Éthique et Santé, vol. 1, n° 2-mai 2004, p. 103.

<sup>9</sup> Id., p. 100.

<sup>10</sup> Id., p. 101.

<sup>11</sup> Id.; Revue générale de droit médical, n° 71, juin 2019, p. 10.

ciation médico-légale et un initiateur important de la transaction. C'est dire que le savoir médico-légal de l'expert, quel qu'il soit (judiciaire, compagnie, ou conseil de victimes), doit être compensé par une attitude respectueuse, sans équivoque possible pour l'expertisé.

Ces principes éthiques ne sont pas normatifs, mais ils permettent de réguler une discussion, de cadrer une situation relationnelle et technique, l'ensemble pondéré dans le respect de la confidentialité des données.

Même en l'absence de toute finalité de prescription médicale, le médecinexpert est tenu éthiquement par l'accès à l'intimité de l'expertisé: il ne peut et ne doit oublier qu'il est potentiellement un soignant, même s'il ne prescrit plus ou peu, et que son image portée à l'expertisé est aussi celle d'un praticien capable de donner un sens à la souffrance d'autrui, à sa souffrance, par une prise en charge comportementale adaptée, même si ce n'est pas le but de l'expertise.

Au fond, c'est tout l'enjeu de l'expertise et de l'attitude de l'expert: la réaliser au mieux avec les moyens et les parties en cause. Savoir mener son expertise avec fermeté et bienveillance, afficher une disposition d'esprit inclinant à la compréhension du sujet. Afficher une fermeté vis-à-vis des parties, car il reste l'expert, mais bienveillant à l'égard de la victime, car, quelle que puisse être son analyse de la situation, il se doit d'apporter compréhension et considération à la personne expertisée.

Compréhension, car il convient d'expliquer avec bienveillance les enjeux de l'expertise et surtout la manière dont elle va être menée. Considération, car le sujet se sent en faiblesse, parfois en situation de peur, conscient que les résultats de l'expertise vont déterminer la suite de sa vie.

L'universalité de l'éthique: les fondements principaux sont adaptables à la relation médicale. Le médecin expert, de quelque bord qu'il soit, doit appliquer ces principes à la relation singulière qui s'engage avec la victime ou l'assuré, bienveillance et considération sont indissociables.

## II. DE LA RELATION MÉDICALE À LA RELATION D'EXPERTISE: LE RISQUE D'UNE DÉRIVE TECHNOLOGIQUE NON ÉTHIQUE

Une des bases essentielles de la relation médicale est le fait que le patient doit pouvoir se reposer de façon irréfléchie sur le fondement éthique du médecin, quels que soient les engagements personnels de celui-ci; le médecin possédant ses options éthiques personnelles et des obligations éthiques qui s'imposent à lui en tant que professionnel et qu'il ne doit surtout pas mélanger. Si l'obli-

gation soignante du médecin tient de l'obligation morale, son comportement tient de l'éthique.

C'est bien le centrage sur l'humain, dans cette confrontation asymétrique, qui fait que la relation éthique est particulière, car si le médecin connaît la science, il peut donner l'illusion de tout connaître de l'homme: il doit alors encore plus respecter le sujet qui lui fait face en situation de faiblesse.

Les principes fondamentaux de la primauté de la personne, du respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité sont à rappeler résolument. Ces données s'imposent à double titre au médecin-expert: il est avant tout un médecin, mais il a aussi un statut de sachant-expert qui l'oblige à une attention toute particulière envers le sujet à examiner, tant les conséquences personnelles sont différentes dans la relation de soin. Le patient (l'assuré) est désormais au courant de tout par les médias et ne se prive pas de critiquer le comportement de l'expert qui l'a, pense-t-il, reçu inadéquatement. Une incompréhension sur une attitude de l'expert ou sur un terme écrit du rapport, une conclusion mal formulée, peuvent prendre des proportions démesurées, avec souvent un affect inapproprié de la victime sur l'objectivité des conséquences médico-légales, le plus souvent justement présentées par le médecin.

Le respect des obligations éthiques médicales s'associe au respect de la liberté du patient, c'est aussi le facteur limitant, car le patient est une personne libre et responsable de son agir. La limitation de la relation entre le médecin et son patient est donc celle de la liberté sur le plan philosophique, c'est dire que le médecin doit respecter autrui sans lui imposer sa propre éthique de vie. Il s'agit d'un droit du patient à la reconnaissance de son altérité et un devoir du médecin de la respecter. Partant de ces deux obligations, le médecin-expert doit une attention particulière au patient qu'il expertise, mais aussi un respect fondamental, une absence d'ingérence, dans les situations portant atteinte aux droits fondamentaux de l'expertisé comme à tout être humain. Sur un autre plan, le médecin-expert doit accepter la différence de son contradicteur et ne pas la réduire, au risque d'une injonction de sa part. Emmanuel Kant soutient l'impératif suivant: « agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen<sup>12</sup> », autant dire qu'il s'agit du principe absolu du respect d'autrui dans la réciprocité. La difficulté pour le médecin-expert est de bien se positionner vis-à-vis de l'assuré pour obtenir déontologiquement des informations sur sa vie. Dans ce mode relationnel il est détenteur unique du savoir médico-légal dans une position, de fait, privilégiée et dominante.

<sup>12</sup> Kant (Emmanuel), Fondements de la métaphysique des mœurs, trad. Delbos (V.), Paris Delagrave, 1978, p. 149.

Or, au fil des décennies, le mode relationnel soignant/soigné a glissé du partenariat, parfois dirigiste avec un détenteur unique et absolu du savoir – heureusement le plus souvent compassionnel et empathique –, vers un modèle mixte autonomique positionné entre le consumérisme d'outre-Atlantique et le partenariat anglo-saxon.

La tendance actuelle, avec l'abandon progressif du paternalisme selon Suzanne Rameix, est celle d'un modèle mixte autonomique et bienfaisant tel qu'il fonctionne aujourd'hui sous la forme<sup>13</sup> d'un « paternalisme tempéré ou d'autonomie protégée ».

De manière concomitante, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner, semble mieux protéger le patient. Ainsi, l'accès au dossier médical est désormais protocolisé, il y a obligation d'une information préalable du patient sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » (art. L. 1111-2 du CSP), le statut associé au patient de la « personne de confiance » (art. L. 1111-6 du CSP) semble assimilé, la protection des données informatiques progresse, l'adéquation du principe de prescription des procédures entre public et privé à 10 ans post-consolidation est acquise, l'aléa thérapeutique est reconnu sous conditions de l'Oniam, etc.

Avant la loi du 4 mars 2002, les convergences public/privé étaient inégales en termes de prescription de dossier, les jurisprudences Gomez<sup>14</sup> et Bianchi<sup>15</sup> étaient les prémices du régime de responsabilité sans faute difficile à appliquer, les communications de dossiers aux patients étaient parcellaires, les droits des ayants droit au dossier étaient plus difficiles à appliquer, etc.

Concernant les expertises nous citons les actions positives du Défenseur des droits:

- La décision du Défenseur des droits, République française du 30 juillet 2014<sup>16</sup>, relative à des recommandations pour l'amélioration du dispositif d'indemnisation amiable des accidents médicaux: « Améliorer la qualité de l'expertise médicale. Recommandation n° 8 Intégrer, dans l'évaluation de l'expertise, de nouveaux critères liés au comportement et aux qualités humaines de l'expert »
- Par ailleurs, après une analyse sur l'évolution de la menace terroriste et la directive UE 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars

<sup>13</sup> RAMEIX (Suzanne), Fondements philosophiques de l'éthique médicale, Ellipse, 1996, p. 91.

<sup>14</sup> Dans l'attente du législateur, la jurisprudence administrative (CAA de Lyon, 20 décembre 1990, *Gomez*) s'était emparée du problème et avait créé des cas de responsabilité sans faute.

<sup>15</sup> Quelques années plus tard le Conseil d'État (Conseil d'État 9 avril 1993) ira encore plus loin en créant un régime de responsabilité sans faute du médecin beaucoup moins strict pour le patient.

<sup>16</sup> Décision MSP-2014-093 du 30 juillet 2014.

2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, le Défenseur des droits a formulé, dans sa décision du 30 juin 2017, diverses recommandations afin d'améliorer le dispositif public confronté à la gestion du terrorisme<sup>17</sup>.

Ainsi nous saisissons la complexité de l'acte d'expertise qui dépasse le cadre de la relation médecin-expertisé pour s'intégrer dans des schémas très cadrés au plan juridique. Mais abandonnons le champ juridique pour revenir à la question éthique. Le médecin-expert dans sa relation avec l'expertisé peut-il s'intégrer dans cette évolution paternaliste vers un modèle mixte autonomique?

S'il est détenteur du savoir (mais il ne s'agit pas d'une relation de soin), il ne doit pas pour autant se positionner en censeur d'autrui et en moraliste (tant au niveau de l'expertisé que du médecin contradicteur), au risque d'un échouage éthique atteint par certains.

Pour Dominique Folscheid « l'éthique médicale ne permet pas de se poser en père spirituel agissant à la place de la conscience d'autrui<sup>18</sup> ». Jean-François Malherbe le reprend: « agis en toutes circonstances de façon à cultiver l'autonomie d'autrui et la tienne se développera de surcroît ».

Le médecin-expert, par son engagement symbolique hippocratique: « Je ne tromperai jamais leur confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences » est tenu par l'éthique médicale. Cette symbolique hippocratique indiscutablement vivante, donc applicable, permet au médecin et au patient expertisé de se **re-trouver** dans cette relation asymétrique inégalitaire qu'est le contexte de l'expertise médicale. Il ne s'agit aucunement de transformer une expertise à visée médico-légale en expertise d'éthique. Bien au contraire, des fondements éthiques solides guident le médecin dans son colloque singulier avec l'expertisé et lui permettent, dans bien des cas, de s'extraire de situations relationnelles délicates et ainsi de mieux cerner l'enjeu médico-légal.

La pression éthique est donc majeure sur le médecin-expert, coincé entre les obligations de respect du patient expertisé et celle de technicien au bénéfice de son mandant (le seul médecin-conseil d'assurance pour les données médicales). Un comportement dirigiste paternaliste, voire autistique, est le risque majeur encouru par tout médecin-expert.

<sup>17</sup> Décision 2017-193 du 30 juin 2017 relative à l'amélioration du Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) afin de permettre à ce dispositif de s'adapter aux nouveaux défis et intégrer les nouvelles exigences européennes.

<sup>18</sup> FOLSCHEID (Dominique), *Philosophie éthique et droit de la médecine*, PUF, coll. « Themis Philosophie », 1997, p. 84.

Ce colloque, certes singulier, reste fondamentalement inégalitaire dans le domaine précis du pouvoir-savoir: une présentation perçue sans objectivité peut apparaître, pour le blessé, comme dévoyée aux obligations et désirs du mandant, c'est-à-dire l'assurance, l'administration, le tribunal. Tout autant, le blessé peut légitimement chercher à s'opposer au pouvoir-savoir de l'expert qui possède la science médico-légale et, dans cette relation inégalitaire, la solution aux questions posées passe par le colloque singulier entre l'expert et l'expertisé.

Nous rappelons que ce colloque singulier est la base de la relation médicale, car il protège en particulier le secret médical. C'est une relation de confiance du médecin et de son interlocuteur mis en faiblesse du fait de l'expertise.

L'expert possède bien un double statut, une double image pour l'expertisé. Celui d'un prestataire de services, un technicien qui renseigne un mandant, et celui de thérapeute, qu'il ne peut oublier et qu'il ne doit pas oublier (l'acte d'expertise étant un acte médical au sens de l'accès à l'intimité de l'autre).

La relation humaine portée de l'expert à l'expertisé, par l'accès à l'intime, reste présente au cours de l'entretien (notamment lors de l'examen physique et de l'entretien psychiatrique), mais la notion de libre choix du praticien expert par l'assuré est réduite au minimum. La finalité de l'expertise fait ainsi que le rapport classique de « la rencontre d'une confiance et d'une conscience », comme l'énonçait le Dr Louis Portes, ancien président du CNOM, est difficilement vérifiable dans l'acte d'expertise, mais c'est un but à atteindre. La confiance du blessé envers l'expert reposant alors, et nécessairement, sur une qualité d'écoute supplémentaire du médecin-expert tant les implications sont majeures dans un cadre bio-psycho-social pouvant aussi engager l'entourage proche du blessé.

Il est clair que le consumérisme s'est infiltré dans la relation d'expertise, avec, au final, des discussions ardues entre le blessé, son avocat, et le débité: le plus souvent un assureur responsable, le blessé (assuré-victime) devenant objectivement et nécessairement pour l'assureur au stade « supra expertal » un client monétisable. C'est un truisme; la coloration morale de la défense des victimes par l'assureur est souvent perçue dans les médias comme un bel habillage médiatique destiné à une communication optimale. Le médecin-expert peut aussi être suspecté par la victime, d'autant plus en situation conflictuelle, et inversement.

Ainsi, s'il n'est pas moral pour un médecin-conseil de compagnies d'assurances de suspecter toute démarche d'indemnisation, il n'est pas immoral de défendre les intérêts du blessé selon le principe supérieur du respect du contradictoire; mais il est immoral pour un médecin-conseil de victimes de masquer, par exemple, des antécédents (dont il a teneur) ayant corps avec le dommage résiduel.

Nous rappelons que si l'obligation soignante (technique) du médecin tient de l'obligation morale, son comportement tient de l'éthique.

La relation en expertise est donc, par essence, déséquilibrée, et nul acteur de la partition ne doit utiliser cette asymétrie à des fins personnelles ou pour un quelconque mandant. Il revient au corps médical des experts de toute confession et orientation d'être vigilant et d'œuvrer pour un système relationnel équilibré en expertise qui préserve les droits des parties, c'est-à-dire du blessé et du débité, où le contradictoire est bien l'unique garant nécessaire à une démarche intellectuelle équitable.

Le blessé ne doit pas être un unique sujet d'interrogations ciblées, bien sûr légitimes, mais parfois excessives: il doit être compris comme un sujet pensant égal au médecin-expert qui le reçoit.

C'est dire cependant l'idée utopique d'une indépendance absolue des médecins de compagnies d'assurances et des médecins-conseils de victimes qui n'auraient, ni les uns ni les autres, aucun rapport avec les assureurs et les avocats de victimes. Il semblerait en effet que l'indépendance absolue des experts ne puisse exister (sauf pour l'expert judiciaire par essence): cette relation de travail commune et partagée est rendue obligée dans certains dossiers et la confrontation des idées permet une plus juste évaluation, en tout cas un équilibre plus serein.

En effet, un médecin de compagnie mandaté par un assureur, tout comme un médecin-conseil de victimes prenant attache avec un avocat-conseil de victime, n'aliène pas son esprit critique, aux conditions indispensables de bien préciser les limites de son exercice et de savoir rappeler en circonstance (pour le médecin) les données obligées médico-légales, déontologiques et éthiques à son interlocuteur mandant.

Soutenir l'inverse tiendrait du postulat et/ou d'une réduction intellectuelle.

À la condition suspensive et expresse que le médecin-expert, quel qu'il soit, reste au terme de sa réflexion bien seul face à sa conscience éthique: « Ne fais pas à autrui ce que tu n'aimerais pas que l'on te fasse »; en d'autres termes; que le médecin-expert n'assouvisse pas sa liberté en piétinant celle des autres.

Nous insistons aussi sur le risque important encouru lors d'un entretien singulier entre le seul médecin de compagnie d'assurances et le blessé sans conseil médical: les retours des assurés désirant une nouvelle appréciation sont fréquents, attestant d'une écoute parfois trop rapide, de questions fermées, d'expertise parfois expéditive, de jugement de valeur ou d'appréciation morale... Pour un temps d'examen bien plus étiré et un relationnel moins agressif lors des procédures dites contradictoires avec la présence d'un médecin-conseil de victimes. Cherchons l'erreur, ou le risque: c'est rappeler la

notion d'« ambiance » qui requière un art abouti de l'écoute et du temps passé, ceci étant valable pour tout médecin-expert, quel que soit son statut.

Une distinction s'opère toutefois entre les médecins, les assureurs et les avocats de victimes. Les associations d'avocats de victimes (ANADAVI) et les avocats spécialisés dans le dommage corporel revendiquent leur liberté d'analyse dans des revues spécialisées, dans leurs politiques de défenses. C'est indispensable. Le médecin-conseil de victimes a des rapports étroits avec l'avocat de victimes, tout autant que le médecin mandaté par l'assureur et son inspecteur régleur, souvent présents aux opérations d'expertise. Les médecins de compagnies qui sont agréés sur des listes d'assurances soulignent une indépendance toutefois relative aux organismes d'assurances. Preuves en sont les entretiens réguliers entre le régleur et le médecin mandaté par l'assureur au décours des expertises dites lourdes. Les assureurs ont aussi une action lobbyiste très appuyée à la Chancellerie, comme l'illustrent certaines recommandations de l'AREDOC quasi entérinées, de fait, dans certaines missions (ex: les classes de déficit temporaire partiel de 1 à 4) ce qui contrevient au principe de la liberté d'appréciation de l'expert judiciaire. Ces attitudes, ces choix, voire ces stratégies, pourraient être critiquables.

Mais cela peut, tout autant, être hautement bénéfique pour l'évaluation du préjudice en vertu de la règle fondamentale selon laquelle « le juge doit couvrir l'intégralité du préjudice réparable... mais ne doit pas le dépasser<sup>19</sup> », règle fondamentale que l'on retrouve sous l'adage « tout le dommage et rien que le dommage ». Dès lors, chacun dans son rôle doit l'assumer au plan technique, déontologique et éthique, sans aliéner aucunement son esprit critique dans le but ultime de respecter autrui et de trouver une solution optimale et respectueuse pour toutes les parties présentes.

Aussi le médecin-expert ne doit pas user d'argument d'autorité, ce qui contreviendrait au raisonnement scientifique médico-légal. Ce serait un manque caractérisé d'esprit critique à l'encontre de la science médicale, un irrespect du patient, mais aussi la preuve de principes éthiques étriqués. En tout état de cause, les principes éthiques développés doivent rester supérieurs à la relation d'expertise et guider le médecin en conscience.

L'évaluation du blessé est bien un mélange subtil de médical, d'éthique, de droit.

Un équilibre en sorte. Une solution de cet équilibre des parties reposerait sur la notion fondamentale du respect d'autrui dans le champ du droit (primauté de la personne, du respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité)

<sup>19</sup> NDR: Terré (François), SIMLER (Philippe), Lequette (Yves) et Chénédé (François), Droit civil. Les obligations, Précis Dalloz,  $12^{\rm e}$  éd., 2019,  $n^{\rm o}$  864, p. 930.

et de l'application du contradictoire. Mais cette relation en expertise médicale reste ontologiquement déséquilibrée, autant que l'est une relation malade/ médecin gouvernée par un paternalisme ancien, abusif et mandarinal. Cette situation, du fait d'un rapport non partageable de la science médico-légale très spécifique, doit être totalement assumée par le médecin pour mieux annihiler la coloration unilatérale désormais mal vécue par les expertisés. De cette asymétrie relationnelle doit naître un équilibre permettant l'établissement de conclusions équilibrées et respectueuses.

Nous parlons alors d'une éthique de l'impartialité.

Une confrontation asymétrique posée sur la technique: le paternalisme médical dénoncé en médecine praticienne est un risque connu en médecine médico-légale. Lutter contre l'asymétrie relationnelle permet de définir l'éthique de l'impartialité.

#### III. LE POSITIONNEMENT DES MÉDECINS-CONSEILS DE VICTIMES ET LE CONTRADICTOIRE

Spécifiquement les médecins-conseils de victimes au sein de l'ANAMEVA (Association nationale des médecins experts de victimes d'accidents) sont concernés en expertise par des relations parfois tendues et ils peuvent, parfois, être suspectés d'intérêt privé et/ou douteux. Bien sûr, ils peuvent être à l'origine de tensions relationnelles en expertise. Mais une relation se fait à deux, c'est-à-dire entre le médecin de compagnie d'assurances et le médecinconseil de victimes, à trois avec le patient.

La suspicion est souvent portée à l'encontre de l'expertisé et de son conseil, sur des motifs de documents incomplets, de réponses trop convenues de l'expertisé, d'antécédents masqués, de cupidité, etc. C'est dire que certains médecinsconseils de compagnies d'assurances ont des *a priori* négatifs sur les médecinsconseils de victimes et portent un discrédit sur leur présence à l'expertise. Le conflit peut aussi se déplacer sur le champ de la doctrine médico-légale, certains médecins de compagnies s'en positionnant comme les garants, allant même à dénigrer les médecins-conseils de victimes de « recouristes », et ce en pleine séance d'expertise. Nous considérons que cela n'est ni recevable, ni fondé. Cette globalisation suspecte à l'encontre des médecins-conseils de victimes est abusive, autant que de considérer de manière incidente les médecins-conseils de compagnies d'assurances comme des affidés aux assureurs. Préempter que tel organisme confessionnel, sauf le Conseil national de l'Ordre, serait le seul garant de l'éthique médicale en expertise serait réducteur et contre-productif pour l'équilibre des parties.

Il est indispensable de soutenir et de rappeler qu'en amont de la relation expert/expertisé, tout médecin, quel que soit son engagement, a des obligations

éthiques supérieures qui s'imposent à lui en droits et en devoirs. C'est insister sur les importances majeures des articles 2 et 3 du code de déontologie (art. R. 4127- 2 et 3 CSP).

Les déclinaisons de l'article 2 sont nombreuses: « La médecine est au service de l'individu et de la santé publique dans la notion de collectivité. Le respect de la vie humaine est un impératif, celui de la personne et de sa dignité, même après la mort » (dossiers d'expertises *post mortem* et attitude parfois déplacée des experts).

L'article 3 insiste sur les principes de « moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine ».

Il n'y a pas à considérer comme unique référence éthique le projet, ou le dessein, d'un organisme de régulation et de formation des experts en dommage corporel. Les facultés sont libres d'organiser leurs enseignements, et fort justement le revendiquent, et de considérer qu'une association unique délivrerait un permis d'expertise et une caution éthique et morale pour exercer l'expertise médicale pourrait être compris par les experts de toute catégorie et les enseignants comme une emprise sur leur indépendance et comme une tentative de régulation jacobine d'un corps de métier par-dessus tout soucieux de son indépendance. Les médecins-conseils de victimes revendiquent leur indépendance et leur travail commun avec les avocats spécialisés dans le conseil de victimes. Nous convenons, et c'est un fait prouvé, que les médecins mandatés par les assurances assument un choix, non critiquable, de travailler avec leurs mandants.

C'est bien cette différence d'approche respectée et respectable entre les experts qui fait que les dossiers partagés contradictoirement sont peu critiqués, et servent au final la victime et son entourage. Les principes éthiques doivent s'appliquer; il s'agit, non pas des options personnelles du praticien, mais d'une obligation éthique générale de celui-ci qui aboutit à la reconnaissance de l'autre dans son entier. C'est un devoir.

D'une polyphonie parfois inaudible à une harmonie en s'appuyant sur des obligations éthiques et sur le contradictoire?

Les outils éthiques et juridiques existent, et en particulier le contradictoire, pour adoucir cette relation asymétrique potentiellement abusive. Quel que soit le statut de l'expert, celui-ci doit s'attacher à respecter la dignité de l'être expertisé, mais aussi de son conseil au travers de la démarche médico-légale et dans le cadre de la mission impartie. En associant le contradictoire à son raisonnement médico-légal classique, le médecin-expert doit intégrer la notion du doute opposable pouvant le garantir de certitudes excessives: il doit savoir reconnaître les limites de ses compétences. La part du subjectif, parfois

si importante dans le vécu post-traumatique ou post-maladie, est telle que l'information doit absolument circuler entre l'expert et l'expertisé.

L'acte d'expertise nécessite une approche spécifique et, la personne humaine est au centre de cette relation. Mais les avancées de l'intelligence artificielle risquent de bouleverser les rapports entre le praticien et son patient, entre l'expert et l'expertisé (les analyses sur dossier informatisé ont déjà lieu). La finalité d'une expertise est bien de renseigner ceux qui disent le droit et, au final, signent le chèque, le but n'étant pas la bienfaisance ni l'acte charitable. Cet acte s'inscrit dans le champ du droit ou d'un contrat et souvent il ne correspond pas aux aspirations de l'expertisé, mais aussi de l'assureur... En tout cas un net déséquilibre réduit trop souvent le blessé à quantité négligeable dans un mode relationnel à coloration unilatérale, parfois zélée du côté du puissant ou considéré comme tel dans les médias: l'assureur.

À diplôme équivalent, la coloration de la pratique d'expertise diffère entre le médecin missionné par un assureur et celui par la victime, ce n'est pas une erreur de le soutenir et de le revendiquer, bien au contraire. La finalité doit rester la même, chaque protagoniste devant tout mettre en œuvre pour éviter les excès, sources de conflits.

En d'autres termes, la confraternité entre les médecins-experts amenés à examiner un blessé prend tout son sens dans le principe du contradictoire et de la politesse que le médecin doit résolument intégrer, ce principe étant consacré tant par la Cour de cassation<sup>20</sup> que le Conseil d'État<sup>21</sup>. En effet, sur le plan profane, intégrer le contradictoire signifie bien écouter l'autre et recueillir ses arguments sans *a priori*. Il n'est pas du rôle des experts de faire ni de dire la Loi, mais de bien la comprendre, auquel cas nous pensons que le respect du contradictoire par l'expert doit être absolu et réel. L'application du principe du contradictoire permet d'approcher la neutralité et l'équité.

L'acte d'expertise est donc bien un colloque singulier à composante asymétrique et inégalitaire, la finalité étant l'impartialité objective et subjective des conclusions. Cette double composante asymétrique et inégalitaire est très souvent évoquée en entretien préalable avec les victimes engageant une contre-expertise et qui nous posent la question de l'indépendance de l'expert vis-à-vis de son mandant. Elle devrait être présentée en quelques mots par tout expert lors de toute expertise.

Les experts CNAMed et Oniam sont issus de deux listes différentes, incompatibles, et s'engagent sur l'honneur, dans une attestation, à ne pas effectuer de mission ou d'expertise incompatible avec l'indépendance et l'impartialité

<sup>20</sup> Cass. 1re civ., 1er février 2012, pourvoi nº 10-18.853, Bull. 2012, I, nº 20.

<sup>21</sup> CE, sect., 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier.

nécessaires à l'exercice de missions d'expertises. En effet, la question des conflits d'intérêts est posée au médecin-expert CNAMed et Oniam pour le dissuader de pratiquer des expertises d'assurance.

Il n'y a pas d'opposition entre le fait d'être à la fois expert judiciaire et expert CNAMed ou Oniam. Il n'y a, officiellement, pas d'incompatibilité entre expert assurance et judiciaire puisque l'expert est censé être indépendant, mais les cours d'appel supportent assez mal que les experts judiciaires fassent de l'assurance et, en pratique, c'est incompatible sauf de façon très ponctuelle et surtout régionale.

Concernant le médecin de siège de compagnie (en haut de la pyramide des médecins de compagnies) un principe général est de ne pas accepter une expertise qui engagerait les intérêts de la compagnie dans laquelle il est embauché (lien d'intérêt financier). « Les recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles pour l'expertise judiciaire civile tirées de la Conférence de consensus de la Cour de cassation ont été publiées en 2007. La Cour de cassation et la Conférence des premiers présidents de cour d'appel indiquent que les conclusions et recommandations présentées dans le document de synthèse avaient été rédigées par le jury d'une "conférence de consensus qui s'était réunie en toute indépendance". » Ces notions sont développées dans l'article du Pr Rémi Pellet dans son article de synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale<sup>22</sup>.

Il notait, selon la Cour de cassation, qu'« il est de bonne pratique de faire souscrire à l'expert, dans tous les cas, une déclaration d'indépendance, sous la forme d'une attestation prérédigée qui lui sera envoyée par le greffier avec l'avis de désignation. L'expert indiquera ou bien qu'il renonce à la mission qui lui est proposée, ou bien qu'il l'accepte. En cas d'acceptation, l'expert déclarera soit purement et simplement qu'il est indépendant, soit qu'il est indépendant, mais, dans un souci de transparence, il souhaite porter à la connaissance du juge des parties des éléments d'information qu'il estime ne pas remettre en cause son indépendance<sup>23</sup> ».

Nous pensons que tout médecin de compagnie d'assurances, médecin expert judiciaire ou médecin-conseil de victimes devrait formuler l'absence de conflit d'intérêts, mais aussi de lien d'intérêt (ex: salariat éventuel) en en-tête de son rapport: ce serait le respect absolu de toute compromission facilement susceptible vis-à-vis du blessé.

<sup>22</sup> PELLET (Rémi), « Synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale », Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, n° 21, 2018, p. 8-9.

<sup>23</sup> Id., p. 28.

Nous insistons sur le fait que, pour un médecin-expert, se rapprocher d'un assureur ou d'un avocat-conseil n'est pas synonyme, de fait, d'un conflit d'intérêts, chaque mission étant spécifique. Cette remarque de bon sens, ouvrant sur la notion philosophique de tolérance, permettrait d'aplanir nombre de situations relationnelles parfois délicates entre les experts.

L'article R. 4127-105 du Code de la santé publique: « Nul ne peut être à la fois médecin-expert et médecin traitant d'un même malade. Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle ses propres intérêts, ceux d'un patient, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à des services » est donc d'actualité.

Les règles de déontologie de l'expert de justice (24) insistent sur l'indépendance fondamentale de l'expert et sa nécessité d'objectivité: pour cela il doit être libre de tout lien vis-à-vis de la personne à examiner, mais aussi, selon nous et par extension, de tout lien de compromission avec son mandant.

Nous nous appuyons sur l'article I-7 du code de déontologie de l'expert: « il doit conserver son indépendance absolue, ne céder à aucune pression ou influence, de quelque nature que ce soit. Il doit s'interdire d'accepter toute mission privée de conseil ou d'arbitre, à la demande du haut de toutes les parties, qui fasse directement ou indirectement suite à la mission judiciaire qui lui a été confiée ». La nécessité d'objectivité de l'expert est développée dans l'article I-6 du même code: « L'expert doit remplir sa mission avec impartialité et loyauté en faisant abstraction de toute opinion, appréciation subjective ou idée préconçue. Il doit procéder avec dignité et correction<sup>24</sup>. »

Les acteurs de l'expertise sont soumis aux mêmes obligations éthiques et déontologiques avec des colorations différentes fonctions de leur engagement. L'application du principe du contradictoire permet d'approcher la neutralité et l'équité.

Le principe de justice correspond au devoir de traiter tous et chacun justement et équitablement. Ce principe fait appel à la notion de neutralité et d'équité. Appliquée aux domaines de l'expertise, la justice s'analyse dans une perspective d'ensemble, l'équité, quant à elle, concerne le seul individu.

Par ailleurs, il n'est pas interdit de tendre vers une position égalitaire des participants, même si la victime, par essence, est en faiblesse, ne serait-ce que par son intégrité corporelle, voire psychique, mise(s) à mal par le dommage

 $<sup>24</sup> https://www.cncej.org/documentsuploads/446\_VADE-MECUM\_4E4E\%20EDITION\%20201520.pdf; p. 58.$ 

causé. Tout l'enjeu repose sur la vision même des experts de leur mission et du sens à donner à cette dernière.

C'est ici que nous retrouvons souvent une grande disparité, donc une grande injustice et inégalité, ne serait-ce que dans la manière d'accomplir sa mission. Où nous considérons, au final, que les fondements éthiques universels de la relation humaine, autonomie, bienfaisance et bienveillance, non-malfaisance, équité, sont applicables en expertise médicale, qui reste malgré tout une relation médicale singulière et déséquilibrée.

L'éthique en expertise médicale ne peut être « minimaliste au sens d'être seulement non-malfaisant », mais se doit d'être « maximaliste<sup>25</sup> »: il ne peut y avoir, selon nous, de minimalisme moral dans cette situation particulière qu'est l'expertise médicale. Il faut y intégrer les nombreux critères éthiques développés ci-dessus.

Aussi, il est du devoir de chacune des parties médicales concernées, chaque jour qui passe, de respecter le blessé et les interlocuteurs présents pour tenter, autant que possible, de se rapprocher d'une équité médico-légale protégée et nourrie par le principe du contradictoire pour assurer des conclusions impartiales dans une éthique de l'impartialité. Ainsi, on associe l'altérité de l'expertisé à l'acceptation de la différence du contradicteur pour plus d'équité.

<sup>25</sup> Ogien (Ruwen), L'Éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes, Folio Essais inédit, 2007, p. 12.

## Barémisation: l'Homme chiffré

#### Gérard MÉMETEAU

Professeur émérite à la faculté de Droit de Poitiers

uelques mots, rapidement, sur le chiffrage de l'être humain. Nous sommes « chiffrés », notre numéro imprimé sur notre carte Vitale l'atteste; les développements d'une république « numérique » nous en menacent, témoins d'une contre-civilisation de robots. On n'échappe pas aux chiffres¹, au moins depuis que « parut un édit de César Auguste qui ordonnait de recenser toute la terre » (Luc, II, 1)! Plus classiquement, le droit de la responsabilité civile ou administrative a toujours été construit sur le principe de la réparation intégrale des préjudices de la victime (sauf quelques exceptions forfaitaires). Ceci se rencontre en particulier en droit du dommage corporel, et des dommages non patrimoniaux (exemples: préjudice d'affection), qui développe le contentieux de la responsabilité médicale: préjudice d'impréparation, *pretium doloris*, préjudice moral de non-information²... Le dommage dit corporel illustre ce chiffrage de l'être³.

Le piège est creusé devant le moraliste. Ou bien n'indemniser qu'approximativement, ou bien « peser, compter et diviser » la personne en son corps, membre par membre, douleur par douleur, image par image. En additionnant, on saura bien combien elle vaut. Mais, c'est cela, ou bien le délaissement de la victime au bord du chemin.

En premier lieu, les poids sont préparés pour la balance, poinçonnés. On les appelle des « référentiels », des barèmes.

Il en est plusieurs, ce qui signifie que la même personne est de valeur variable, selon les poids que l'on utilisera. Ceci ne surprendra guère: d'un État européen à un autre, on peut déjà exister ou non, bénéficier ou non de la personnalité juridique (embryon ou fœtus). Il n'y a plus un être humain objectif, mais ce que J.-H. Soutoul nommait « le caméléon juridique ». Citons le barème du Concours médical annexé à un décret du 4 avril 2003, le barème de l'Oniam, les barèmes de compagnies d'assurances. Ils tendent à enfermer les dommages dans des cases supposées les retenir tous, comme on avait (vieille

<sup>1</sup> LOMBOIS (C.),: « Les chiffres en droit civil », Annales Univ. Poitiers, n° 3, 1962.

<sup>2</sup> Il faut trouver des voies pour échapper aux recours des organismes sociaux payeurs.

<sup>3</sup> LAMBERT-FAIVRE (Yvonne) et PORCHY-SIMON (Stéphanie), Droit du dommage corporel, 8° éd., Dalloz, 2015.

querelle!) prétendu enfermer les droits réels dans des zones d'accueil, enfermer l'imagination des juristes, dont on sait ce que Giraudoux en pensait! Une façon d'établir une liste des éléments, constitutifs de la personne?

Il faut citer la nomenclature « Dintilhac » se situant dans la recherche d'une nomenclature unique souhaitée depuis au moins 1953<sup>4</sup>. La CNAMed (art. L. 1142-10 CSP) a adopté ce barème, qui est donc celui des experts qu'elle désigne et celui des commissions de conciliation et d'indemnisation (art. L. 1142-5 CSP), mais sans incidence sur la validité de la procédure. Il n'y a que « recommandation ».

Du reste, un barème est une aide (on n'ose pas écrire un « aide-mémoire ») à la décision de l'expert et du juge, un catalogue de préjudices possibles, plus ou moins finement détaillé, mais sans normativité propre<sup>5</sup>. Tel est le cas aussi des « normes » de décision médicale, guides des choix thérapeutiques aussi objectifs que possible<sup>6</sup>, mais que le principe 2 fondamental de la liberté de prescription écarte du domaine réglementaire impératif.

Expert ou thérapeute, le médecin est entouré de normes qui n'en sont pas, de suggestions, pourrait-on écrire, proposées à sa prudence dans des cas concrets.

Il est vrai qu'une autorité coutumière peut se constituer et altérer le pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier les éléments du préjudice, et le choix par l'expert de ses références. Néanmoins, l'individu passe avant le barème, à interpréter à la lumière de son état concret. Ce n'est pas la victime qui se plie devant le barème.

Mais l'homme victime, lui, est classé dans une catégorie au vu de ce catalogue, supposé complet, ce qui présume que chacun subira des dommages de même qualité, dans les moindres détails. L'action de groupe illustre l'hypothèse: le juge détermine les dommages corporels susceptibles d'être réparés pour les usagers constituant le groupe qu'il définit (art. L. 1143-3 §2 CSP), même si l'article L. 1143-2 considère les « préjudices individuels » (ayant une cause commune).

Jetons un regard sur la « nomenclature Dintilhac » qui énumère les pertes de préjudice de l'être humain<sup>7</sup>. L'incapacité fonctionnelle correspond entre

<sup>4</sup> DINTILHAC (J.-P.), « Les travaux du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », *J. Méd. légale*, Droit médical, 2007, vol. 50, p. 161: MOMBEL (A.), « La nomenclature Dintilhac et le nouveau recours des tiers payeurs: un dispositif cohérent pour la juste indemnisation des préjudices corporels », *id.*, p. 359.

<sup>5</sup> LAMBERT-FAIVRE (Yvonne) et PORCHY-SIMON (Stéphanie), op. cit., p. 118 in limine.

<sup>6</sup> DOSDAT (Jean-Claude), Les normes nouvelles de la décision médicale », LEH Édition, 2008, préface Annie Lamboley.

<sup>7</sup> On fait valoir que « l'obligation de ventiler le préjudice par pertes n'existe pas en l'absence de prestations versées par les tiers payeurs ": ADIDA-CANAC (H.), Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour

autres à une perte de la qualité de vie pendant la maladie traumatique. Cela est intéressant dans la mesure où la qualité de vie est devenue une notion chère aux partisans d'une mort choisie en l'absence de cette qualité. La nomenclature, elle, en sens inverse, chiffre ce bien-être, ou « bien-vivre ». Le préjudice d'agrément appréciable *in concreto* chiffre cette forme de qualité de vie. Il va de soi que le préjudice d'affection, malgré ses artifices et ses présomptions de sentiment, est retenu. Mais, ne s'agit-il pas de qualifier l'être disparu qui « valait » telle somme dans l'affection de ses proches? Si la douleur morale de l'un « vaut » 60 000 euros, n'est-ce pas l'autre qui « valait » à ses yeux 60 000 euros? Et, de l'ordre affectif, que dire de la peur, élément fort de préjudice transmissible par voie successorale à l'héritier survivant<sup>8</sup>? *Usque ad mortem*, les éléments même intimes de ce qui constituait l'homme passent sur la balance des chiffres.

Et tel est l'office de l'expert qui, pour le Code de procédure civile, est un « technicien » (art. 232, 263 C. proc. civ.). Le mot est vide d'éthique et, en effet, s'il s'agit de disséquer la victime, métaphoriquement, et d'étiqueter ses morceaux, il en est peu besoin. Or, la victime est (ou était) un être humain et cela transparaît dans la recherche de ses préjudices affectifs, sentimentaux, ce qui ajoute de l'éthique à la technique, et tout un code moral de l'expertise en découle, sur les articles duquel s'écrit l'objectivité, s'impose le principe contradictoire, va de soi le respect de la dignité de la victime examinée, les conflits d'intérêts... La CNAMed y veille particulièrement. Les articles R. 4127-105 et s. CSP sont peu de chose...

Après tout, l'expert décrit; il ne chiffre pas. Ce qui écarte des tentations de sortie de l'objectivité. Et ce qui, tout de même, n'est pas évident: écrire que tel préjudice est minimal, faible, important, c'est déjà chiffrer. C'est le juge qui y procède, à l'aide de ses barèmes et forfaits, qui quantifie et additionne. Le produit de cette addition est la valeur de l'être.

En second lieu, il n'y a pas là curiosité9!

En effet, l'homme est valorisable par d'autres voies. D'abord, en tant qu'élément d'un ensemble négociable, la clientèle, surtout depuis que la Cour de cassation a jugé que la clientèle du médecin est, comme celle du commerçant, « cessible »<sup>10</sup>, ce qui constitue une incohérence dès lors que les clients ne sont cédés que réserve exprimée de leur libre choix de leur médecin. Cédés, ils

de cassation, Dalloz, 2011, p. 1497. D'autres contrôles a priori de la scientificité de l'expertise sont retenus en droit comparé; V. SALEM (G.), Contribution à l'étude de la responsabilité médicale pour faute en droits français et américain, thèse Paris, 8, mars 2015, p. 98 et s.: « preuve par l'expert de sa compétence ».

<sup>8</sup> CA Fort-de-France, 18 janvier 2013, JurisData nº 019503.

<sup>9</sup> LAMBERT-FAIVRE (Yvonne) et PORCHY-SIMON (Stéphanie), op. cit.

<sup>10</sup> Cass.  $1^{re}$  civ., 7 novembre 2000, JCP, 2001, 10458, obs. Vialla (F.); RTD civ., 2001, 130, obs. Mestre et Fagès.

deviennent libres. Ce qui reste important est ce négoce du groupe de ceux que le Doyen Savatier appelait « un peuple d'hommes libres », supposant une évolution. Ce calcul est global, de l'ensemble, signifie que chaque élément reçoit, par division du prix par le nombre d'unités, une valeur marchande. Ceci se produisait déjà logiquement en droit du dommage moral (cf. *supra*). Si, dans le négoce de la clientèle une contestation s'élève, il y aura lieu à expertise encore, mais elle sera comptable.

Il y eut le commerce des « remplaçants » militaires; celui – il se pratique toujours – des esclaves. C'étaient des façons de barémiser l'individu. On y revient par le chemin des artifices de la législation. Ce que l'on qualifie brevitatis causa de GPA en livre le témoignage. Pas un instant on ne croira en la gratuité de la manœuvre, fût-ce pour rémunérer les intermédiaires dont la publicité sur notre territoire est à la fois illégale<sup>11</sup> et aisément consultable. Et quand bien même on aurait cette naïveté, la gratuité prétendue dissimulerait l'essentiel, à savoir le négoce d'un enfant et d'une femme, l'objet des conventions purifié aux yeux du public décérébré par le don préféré à la vente. Il nous arrive d'écrire:

*Je vends mon esclave; le commerce est impur.* 

Je donne mon esclave; le commerce est pur.

Dans les deux cas, je transfère mon droit de propriété sur un être humain<sup>12</sup>.

Dominique Folscheid pose les termes du sophisme de la gratuité:

Mais ne chicanons pas: même en admettant la supériorité morale du Français qui donne sans vendre, on passe au sophisme caractérisé en faisant de la gratuité la condition nécessaire et suffisante d'une valeur proprement éthique. Ce qui revient à dire: puisqu'on ne vend pas, tout ce qu'on fait est moral, quoi qu'on dise, sang, gamètes, embryons, tout devient assimilable et indifférent, puisque? est également gratuit. On fait même comme si cette « gratuité » pouvait annuler la dénégation effective de tous les droits de l'embryon – droits à son identité propre, à une maternité non dissociée, à ne pas être produit pour la mort que lui promet la recherche scientifique. Le donner ou le vendre, qu'importe? Pour lui, cela revient exactement au même. La seule différence, c'est l'enjolivure « morale » Mais est-ce parce qu'un maître ferait cadeau d'un esclave à un ami, au lieu de le lui revendre, que le maître deviendrait altruiste, que l'esclave changerait magiquement de condition, et que l'on sortirait de l'esclavagisme?

<sup>11</sup> TGI Versailles, 26 février 2019, *RDC*, septembre 2019, p. 101, obs. Векснік (М.) et Supiot (Е.).

<sup>12</sup> FOLSCHEID (Dominique), « La science et la loi », Éthique, la vie en question, 1, 1991, spéc. p. 65.

Il se peut bien que tel ou tel « donneur » (terme à considérer de près, car s'il s'agissait pleinement d'un don, on devrait dire donateur) soit réellement généreux. Les intentions subjectives ne changent rien à la réalité. Quand on place le débat sur le plan du pathos, on recueille à coup sûr du pathétique, mais on ne peut pas enrôler l'éthique de force<sup>13</sup>.

Dans cette GPA qui semble séduire des législateurs imprudents qui écriront plus tard « Ich habe es nicht gewollt », tout est argent, comptes, chiffres pour supporter la réduction de la femme et de l'enfant au niveau d'instruments de satisfaction des égoïsmes les plus cyniques. Devant cela, qui ne provoque aucune révolte des téléspectateurs consommant leur tisane équitable, l'évaluation du corps pour aider à réparer des dommages, ou les compenser, était authentiquement vertueuse.

Reste une autre barémisation, celle de la force du travail du salarié, qui devient celle de l'apport en industrie de l'associé. Le travail a un prix; c'est celui de l'usage d'un corps. Et l'on devine les directions que cet usage peut emprunter, vers une barémisation d'un acte dont le corps livré est l'outil<sup>14</sup>.

L'expertise n'y trouve plus sa place. Elle n'attache pas une étiquette au cou du sujet. Elle définit le mal qu'il a subi en son corps et en son esprit, ce qui est plutôt une façon de le revoir, de le redessiner, idéalement.

<sup>13</sup> LAMBERT-FAIVRE (Yvonne) et PORCHY-SIMON (Stéphanie), op. cit.

<sup>14</sup> QUESNE (Aloïse), « Le contrat de protection: entre ombre et lumière », *C. de la recherche sur les droits fondamentaux*, P. Univ. Caen, 2017, n° 15, p. 65.

# L'intelligence artificielle – les domaines

#### Jean-Michel RODRIGUEZ

IBM CTO, CSI EMEA, Master Inventor - Member of the IBM Academy of Technology, IBM Systems Center, Montpellier

Ontrairement à ce qui était envisagé quelque cinquante ans plus tôt, l'intelligence artificielle ne peut pas être vue comme une entité unique, mais plutôt comme un ensemble de domaines qui peuvent collaborer et qui pour chacun d'entre eux donne lieu à des recherches spécifiques.

Chacun de ces domaines et les sous-domaines qui en découlent, répondent ainsi à des problématiques différentes. Neuf domaines sont considérés aujourd'hui comme les fondations de l'intelligence artificielle: le test de Turing, la vision, la robotique, la connaissance, la planification automatique et l'ordonnancement, le langage naturel, l'apprentissage automatique, le raisonnement et la prise de décision.

#### LE TEST DE TURING

C'est une proposition de test d'intelligence artificielle fondée sur la faculté d'une machine à imiter la conversation humaine. Imiter est ici une notion importante qui sera détaillée plus avant. Nous devons faire la différence entre imiter un humain et se comporter comme un humain. C'est dans l'article « Computing Machinery and Intelligence », *Mind*, octobre 1950, qu'Alan Turing définit les bases du premier test. Le test, décrit ci-dessous, est simple, et même si des résultats ont été obtenus, aucune machine à ce jour ne l'a totalement réussi.

Un humain, appelé juge, échange par écrit, au travers d'un clavier d'ordinateur, avec un humain et une machine. Les messages peuvent porter sur tous les types de sujets. L'objectif pour le juge est de déterminer qui de ses interlocuteurs est l'humain et qui est la machine. La machine sera considérée comme « intelligente » si elle est capable de tromper le juge dans au moins la moitié des cas.

Les champs d'application issus de ces tests sont nombreux et permettent essentiellement de converser ou échanger avec l'humain dans des formes que reconnaît et surtout qu'accepte l'humain. Pour cela, et bien que cela ne soit

pas toujours le cas, il est essentiel que la machine comprenne le contexte et ne se contente pas d'une simulation ou d'une conversation vide de compréhension de sens. La principale application est l'agent virtuel ou assistant virtuel (*chatbot*) dérivé du « bot » informatique. Cet assistant virtuel couplé aux algorithmes d'apprentissage automatique devient de plus en plus intelligent et prend et prendra de plus en plus de place dans notre vie.

L'assistant virtuel ne remplacera certainement pas l'humain, mais pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, l'humain devra collaborer avec une entité dont l'intelligence sera certainement supérieure à la sienne. Tout du moins pour un domaine considéré.

#### **LA VISION**

La vision par ordinateur ou vision artificielle est une branche de l'intelligence artificielle dont le principal but est de permettre à une machine de « voir » et éventuellement de reconnaître.

Les objectifs de ce domaine sont l'analyse, le traitement, l'interprétation, et la compréhension d'images prises par des systèmes d'acquisition, que ce soit des capteurs, des analyseurs de spectres, des appareils photo, des caméras, ou tout autre procédé. La vision par ordinateur peut être totalement différente de celle de l'humain. Elle est basée sur des composants électroniques et n'a de fait plus les limitations physiques de la vision humaine.

La vision par ordinateur peut être divisée en sous-domaines qui sont autant d'axes de recherche. On trouve essentiellement aujourd'hui:

- L'acquisition des images: c'est la conception et l'élaboration des composants électroniques nécessaires à la vue (caméras de toutes sortes, capteurs, détecteurs de mouvements, composants électroniques, etc.).
- L'analyse et la reconnaissance d'images: cela permet de reconnaître des visages, des parties de corps, des humains, des situations, des lieux, des paysages, des objets, etc.
- L'acquisition et le traitement des données visuelles : ici, l'image n'est pas analysée en tant que telle, mais seules les informations la composant le sont.

La vision par ordinateur est un domaine vaste qui implique une interaction forte avec d'autres sciences telles que les mathématiques, le traitement du signal, la physique, la biologie, les statistiques, les théories d'apprentissage et l'intelligence artificielle.

La recherche dans le domaine de la vision par ordinateur s'axe tout d'abord sur la création d'algorithmes et de systèmes qui vont automatiquement analyser les images et en extraire la connaissance. Il est à noter que beaucoup de projets de recherche se concentrent aujourd'hui sur les algorithmes d'analyse d'images médicales. Cette connaissance est ensuite utilisée par d'autres projets de recherche que sont: les rendus tridimensionnels à partir des données de scène; l'intégration de nouveaux objets dans des environnements; l'étiquetage automatique de personnes; l'étiquetage automatique d'endroits; l'étiquetage automatique d'objets. Cet étiquetage est fastidieux, mais primordial pour les phases d'apprentissage automatisé que nous considérons ensuite.

#### LA ROBOTIQUE

La robotique est l'ensemble des techniques, technologies et solutions qui permettent la conception et la réalisation de machines ou entités automatisées et « autonomes ».

L'ATILF en donne la définition suivante: « Appareil effectuant, grâce à un système de commande automatique à base de microprocesseur, une tâche précise pour laquelle il a été conçu dans le domaine industriel, scientifique, militaire ou domestique ».

Cette définition, quoique correcte, donne du robot moderne une image quelque peu réductrice., Aujourd'hui trois types de robot coexistent: le robot de type 0 considéré comme un automate effectuant des actions programmées à l'avance, le robot de type 1 équipé de capteurs, de sondes, de caméras et qui peut s'adapter à son environnement et prendre en compte des paramètres aléatoires qui n'ont pas forcément été envisagés lors de sa programmation initiale et enfin le robot de type 2 qui dispose d'une intelligence artificielle et qui va pouvoir apprendre, tenir compte de ses erreurs, acquérir de l'expérience et finalement prendre des décisions beaucoup plus complexes qui se rapprochent de plus en plus de celles que peut prendre l'humain.

Les robots de type 0 et 1, sont connus de puis des centaines d'années pour le premier et un cinquante pour le second et sont parfaitement gérés et font partie intégrante de nos activités professionnelles.

Les robots de type 2 sont nouveaux et vont nous mener sur des terrains non connus et certainement dangereux. Autant pouvons-nous faire « confiance » à notre aspirateur intelligent, il l'est, il prend des décisions et apprend seul, que pouvons-nous penser des drones tueurs et autres entités qui seront lâchés d'ici peu en totale autonomie?

#### LA CONNAISSANCE

La connaissance est issue de plusieurs sources d'information structurées ou non structurées et, comme l'ont défini Nonaka et Takeuchi, deux experts de la gestion de la connaissance, on distingue généralement deux formes de connaissance: la connaissance tangible (explicite) qui est la connaissance formalisée, sauvegardée qui peut être retrouvée « facilement » par un système, et la connaissance intangible (tacite) qui est composée des connaissances, de l'expérience, du savoir-faire et des compétences des humains. Dans le cadre d'une entreprise et de l'ensemble de son personnel, on parlera de capital immatériel.

De nos jours, avec le « Big Data », la modélisation et la conservation des connaissances tacites intéressent particulièrement les entreprises. En effet, la performance de l'entreprise dépend directement des compétences métiers, de l'expérience et des connaissances stratégiques individuelles de ses employés (ce que l'on appelle intelligence collective), il est très difficile de la capturer et de la conserver.

Une fois la donnée acquise, il faut pouvoir la gérer. La gestion de la connaissance est une discipline de l'intelligence artificielle dont l'objectif est d'utiliser la connaissance de la manière la plus complète et la plus pertinente possible. On y retrouve les méthodes et les outils logiciels permettant d'identifier, de capitaliser sur les connaissances afin notamment de les organiser, de les diffuser et de les utiliser. Tels que les langages de représentation des données, la modélisation des types de raisonnement, les systèmes de raisonnement, les logiques et les méthodes basées sur des modèles établis.

La gestion de la connaissance et le raisonnement sont les fondements de l'intelligence artificielle dont le but est de permettre à une machine d'avoir accès à la connaissance, de raisonner et de déduire.

On a tous en tête l'exemple de raisonnement (inférence) suivant qui a été la base de nos systèmes experts:

Tout homme est mortel.

Socrate est un homme.

La machine déduit ensuite, sans jamais avoir eu l'information directe, que

Socrate est mortel.

#### LA PLANIFICATION AUTOMATIQUE ET L'ORDONNANCEMENT

C'est le domaine de l'intelligence artificielle qui est lié à l'autonomie d'entités, que sont les agents intelligents, les robots autonomes et les véhicules autonomes. C'est un domaine qui doit trouver des solutions à des problèmes complexes dont le contexte est fortement lié à l'environnement et par conséquent lié à des actions à prendre dans des environnements multidimensionnels non connus.

Cette autonomie pose souvent des problèmes de responsabilité qui ne sont à ce jour que partiellement tranchées. Tels que les accidents créés par des voitures autonomes, des prises de décision inappropriées prises par des agents intelligents, etc.

#### LE LANGAGE NATUREL

Le langage naturel n'est pas un langage formel ni informatique, il doit être celui parlé et compris par un humain. Dans le cadre de l'intelligence artificielle, le domaine du langage naturel est la compréhension d'une langue par une machine et la communication avec les humains au travers de celle-ci. La complexité vient du fait que par essence les langages parlés par les humains sont ambigus et que la machine n'admet pas, ne comprend pas l'ambiguïté.

Le traitement du langage naturel implique un certain nombre d'outils issus du monde de la linguistique comme la syntaxe, la sémantique, les analyses contextuelles. On parle de traitement automatique du langage naturel ou de la langue naturelle (TALN) ou traitement automatique des langues (TAL) ce domaine est ainsi à la frontière de la linguistique et de l'informatique.

L'ambiguïté génère l'incompréhension. Autant n'est-il pas trop dangereux que l'humain ne comprenne pas parfaitement les instructions d'une machine, notre jugement devrait nous permettre de corriger cela, autant il peut être problématique qu'une machine comprenne mal ce que l'humain lui dit et effectue ainsi des actions non désirées.

#### L'APPRENTISSAGE AUTOMATIQUE

L'apprentissage automatique (*machine learning*) est le domaine de l'intelligence artificielle vers lequel se fondent les espoirs à ce jour. Il concerne les algorithmes permettant à une machine d'apprendre, d'évoluer, de s'enrichir, de corriger ses erreurs et d'acquérir les connaissances nécessaires afin de réaliser des tâches ou de résoudre des problématiques complexes. Il existe

trois types d'apprentissage, supervisé, non supervisé et par renforcement, qui génèrent différentes catégories d'algorithmes. Ces algorithmes sont décrits dans le schéma ci-dessous.

**Source:** RODRIGUEZ (Jean-Michel), *Intelligence artificielle et Cognitive Business*, Édition ENI, 2019.

#### **APPRENTISSAGE AUTOMATIQUE**

- Détection de fraude.
- Classification d'images.
- Relation clients.
- Diagnostics.
- Prédiction d'augmentation d'une population.
- Estimation de la durée de vie.
- Prévisions de marché.
- Prévisions météo.
- Prédiction de popularité.
- Recommandations.
- Marketing ciblé.
- Segmentation des Clients.
- Visualisation du *Big Data*.
- Compression et optimisation.
- Découverte automatique de structures.
- Prise de décision en temps réel.
- Navigation des robots.
- Tâches d'apprentissage.
- Acquisition de compétences et d'expérience.
- Jeux.

#### **LE RAISONNEMENT**

Même si le système expert a essayé de répondre à la problématique du raisonnement automatique, il est à différencier du raisonnement appliqué aux algorithmes d'intelligence artificielle qui va permettre à la machine de raisonner comme le ferait un humain.

Le raisonnement automatique, qu'il soit total ou partiel, s'appuie sur les sciences de l'informatique théorique, les diverses logiques (modale, formelle, temporelle, floue), les mathématiques, la philosophie ainsi que sur les

diverses manières de raisonner que sont les raisonnements par analogie, par déduction, par induction, par abduction, sous les contraintes de l'incertitude, non monotone, par syllogisme, critique, approximatif, temporel, fondé sur un modèle.

Les applications qui, au départ, étaient surtout des démonstrateurs automatiques de théorèmes et les vérificateurs de preuves ont aujourd'hui dépassé ces cadres pour toucher d'autres domaines. On y trouve la vérification formelle de spécifications, que ce soit pour des logiciels ou du matériel, et la vérification de protocoles cryptographiques, médicaux, industriels, etc.

Beaucoup de ces applications présentes aujourd'hui montrent leur puissance, bien supérieure à celle que pourrait prétendre l'humain, et peu à peu remplacent ce dernier.

#### LA PRISE DE DÉCISION

La prise de décision est le fait après analyse de faire un choix entre plusieurs alternatives.

Cette prise de décision consciente et réfléchie qui était l'apanage de l'humain et aujourd'hui partagée avec les machines. Les quantités astronomiques de données générées par la transformation numérique engendrent des besoins croissants pour les collecter, les trier et les analyser et obligent ainsi à une automatisation intelligente dans tous les secteurs. Les algorithmes sont aujourd'hui capables de voir et déceler des détails que l'humain ne peut voir ni imaginer. Les outils d'intelligence artificielle ont ainsi le potentiel d'améliorer la prise de décision humaine, mais également de se substituer entièrement à elle.

Il est donc important, essentiel de réévaluer régulièrement l'impact décisionnel des préférences et hypothèses des algorithmes.

#### LA DONNÉE

La donnée est aujourd'hui considérée comme une ressource naturelle dans le sens où elle est la « nourriture nécessaire au bon fonctionnement de l'informatique cognitive et de l'intelligence artificielle ». La donnée est au centre des systèmes informatiques, c'est un paradigme qui est apparu ces cinq dernières années. Comme le mentionnait Axelle Lemaire (secrétaire d'État chargée du numérique et de l'innovation en 2014): « L'information ne donne pas le pouvoir, c'est l'utiliser qui le procure. »

Une autre citation de Yuval Noah Harari stipule que: « Dans un monde inondé d'informations sans pertinence, le pouvoir appartient à la clarté. »

Avec l'avènement des réseaux sociaux et le contenu toujours plus important qu'ils transportent, les données sont devenues primordiales, on peut même dire vitales. Même si ces données ne sont toujours pas totalement exploitables et que juste une petite fraction de celles-ci est utilisée. Les applications sont capables aujourd'hui d'utiliser et de croiser de nombreuses sources de données de telle sorte que nos vies deviennent de moins en moins privées. La valeur d'une donnée tient dans la corrélation et l'agrégation des données brutes, venant de sources différentes, qui la constituent.

Qui peut empêcher la corrélation de données stockées sur des environnements différents et publiquement accessibles, par exemple vos données « LinkedIn » et celles de « Facebook »?

En 2020, seuls 10 à 15 % des données sont structurées, organisées dans des fichiers texte, des feuilles de calcul et des bases de données relationnelles. Elles sont générées par un humain ou par une machine, mais la condition première est qu'elles puissent être facilement classées, retrouvées et extraites. Les 90 % des données restantes sont dites non structurées, elles ne suivent pas de modèles prédéfinis et peuvent être textuelles ou non textuelles, générées par un humain, par une machine ou par un objet. Le courrier électronique écrit par un humain et à destination d'un humain est un bon exemple de données non structurées. Néanmoins, un nombre important de données non structurées est aujourd'hui produit par des machines ou des objets, sans intervention humaine et parfois sans connaissance de celles-ci par l'humain.

Comment pourrons-nous réagir, comprendre, si nous n'avons pas connaissance de l'information?

#### LA SÉCURISATION DES DONNÉES

La sécurité des données structurées est aujourd'hui connue et assez bien maîtrisée. Tout du moins, si on prend conscience de son importance. Dans tous cas, les outils à notre disposition permettront d'agir de manière efficace. Par contre, les données non structurées ne font pas l'objet du même intérêt. Une enquête publiée en 2017 par *SailPoint* montre que 71 % des entreprises ne sont pas complètement équipées pour protéger leurs données non structurées.

Cela vient du fait que les entreprises manquent de visibilité quant aux données non structurées dont elles disposent, ne savent pas où elles sont localisées, n'ont pas connaissance des personnes qui y ont accès ni de l'usage qui en est fait. Pourtant ces données peuvent révéler, consciemment ou pas, énormément d'informations sur l'entreprise, les plans d'acquisition et de fusion, des renseignements concurrentiels, des recherches propriétaires, des données clients et autres données confidentielles

#### LES APPLICATIONS

L'humain ne pouvant plus traiter le volume de données généré, l'objectif de l'informatique cognitive est de tirer parti du volume important de données qui est disponible. Une des méthodes les plus utilisées et la recherche de motif dans un volume de données. Un motif est une régularité plus ou moins discernable que l'on peut retrouver de manière prédictive. Ce motif est devenu primordial lorsque l'on veut prédire des évènements. « Si je retrouve ce motif dans un ensemble de données, alors c'est que, dans cet ensemble de données, j'ai affaire à tel individu ou tel comportement ou tel contexte ou telle situation. » Le motif peut être considéré comme un ensemble de mots-clés qui s'ils sont retrouvés dans une proximité lexicale permettent de déduire une règle qui pourra ensuite prédire un fait. Néanmoins, si l'on veut trouver des motifs pertinents et inédits, il est essentiel de choisir et diversifier ses sources et ne pas se limiter uniquement à ce que l'on connaît. Choisir les « bonnes » sources de données est essentiel pour la découverte de motifs pertinents et inédits.

#### LES RISQUES AUTOUR DE LA DONNÉE

Un des risques majeurs auxquels doivent faire face nos algorithmes est le biais de données.

L'algorithme peut être le plus efficace du monde, s'il s'appuie sur des données biaisées, les résultats seront faux et parfois même invérifiables. En effet, les données biaisées vont généralement mener à de mauvais modèles, à de mauvaises interprétations et ainsi à de mauvaises décisions. Il est à noter que, quels que soient les domaines considérés, ce problème est aujourd'hui peu pris en compte, notamment par le fait que dans certains cas il est très difficile à détecter. Pourtant l'impact d'une donnée fausse dans l'immensité des données récoltées n'est pas appréhendé à sa juste mesure, et peut conduire à des analyses, déductions, interprétations et conclusions erronées. Il faut donc contrôler la donnée et en cas d'erreur faire l'effort de comprendre comment, où et pourquoi c'est arrivé.

Beaucoup de professionnels se reposent sur la compétence technique mise en œuvre et ont tendance à se dédouaner si un des modèles donne des résultats non attendus. Il faut néanmoins comprendre que pour la plupart, ils sont responsables des implications que ces erreurs amèneraient.

Les risques inhérents aux données biaisées ne doivent pas être sous-estimés. Un volume considérable de données est produit par les humains, que ce soit des diagnostics de patients, de fait associés à des accidents automobiles, des tweets, des messages et dans la majorité des cas, les données biaisées prises individuellement peuvent ou pourraient être facilement détectées. Néanmoins, lorsque ces données sont fournies à une machine apprenante, cette dernière va absorber les données et ses interprétations vont refléter le ou les biais. Un des exemples flagrants a été Tay, l'assistant virtuel de Microsoft. En moins de 24 heures Tay a adopté les biais de certains membres de Twitter et les résultats ont choqué le monde entier tant ils étaient violents et racistes.

De la même manière, les algorithmes peuvent être biaisés, soit volontairement, soit à cause d'une erreur dans le code. Dans ce cas, même si les données sont intègres, contrôlées et bien choisies, les résultats seront immanquablement faux. Menant à des décisions qui peuvent être problématiques, voire létales.

#### D'UN MONDE INTANGIBLE À UN MONDE TANGIBLE

Après ce tour d'horizon de l'intelligence artificielle, des données et des applications, il est légitime de se demander où tout cela nous mène, si nous avons un but autre que celui de toujours demander plus à la technologie, si nous agissons consciemment ou pas dans l'intérêt de l'humain, si cela va permettre à l'humain de se sentir meilleur ou l'inverse, si la société va se sentir meilleure ou pas. Il est ainsi bon de regarder pourquoi nous amassons des volumes de données que nous ne pouvons plus exploiter et la réponse est que nous avons ouvert la porte à deux mondes, le monde physique, celui que l'on a toujours connu, celui des amis qui viennent boire l'apéro à la maison, des gens que l'on salue dans la rue, des portes que l'on pousse, le monde du tangible. Et l'autre, le monde du virtuel, des amis que l'on ne connaît pas, des rues que l'on connaît parfaitement sans y avoir mis les pieds, des livres que l'on achète et lit sans les toucher, des parties de cartes avec ou contre des algorithmes, le monde de l'intangible.

Nous avons donc décidé en parallèle de notre univers physique de créer un univers logique, d'où la somme astronomique de données que nous récupérons.

Créant un monde logique et voyageant dans celui-ci, nous avons créé, pour une majorité d'entre nous, une nouvelle façon de vivre en s'appuyant sur les données et naturellement un certain nombre d'entreprises intangibles ont vu le jour. C'est ce que nous appelons « l'ubérisation ». Des entreprises qui n'ont ni employé, ni matériel, ni support fleurissent et surtout prospèrent. Uber n'a ni chauffeur, ni voiture, ni garage, ni maintenance, ni support et elle est la première entreprise de taxi au monde. La seule chose qu'elle a, ce sont nos données.

Les entreprises devenant intangibles, l'étape suivante est naturellement de remplacer les employés tangibles par des employés intangibles. Et la question de fond que chacun devrait se poser est: est-ce que mon métier peut être remplacé par une entité intangible?

La réponse n'est pas simple, mais nous savons d'ores et déjà que les métiers intellectuels sont plus exposés que les métiers manuels. Même si nos métiers ne sont pas totalement remplacés, il faudra certainement s'associer, collaborer, être complété par des entités logiques.

Et s'il existe un monde virtuel où existent des entreprises virtuelles gérées par des entités logiques, que devient l'humain?

#### LES NOTIONS D'HOMME DIMINUÉ OU D'HOMME AUGMENTÉ

De nombreux philosophes, d'Heidegger à Ellul ont démontré que les nouvelles technologies, dont l'intelligence artificielle fait partie, s'inscrivent dans un système qui modifie en profondeur notre rapport au monde. La finalité de leurs usages peut être ainsi évaluée au regard des modifications qu'elles induisent dans notre mode d'action sur le monde.

L'intelligence artificielle et les machines apprenantes devraient nous aider à être meilleur, plus productif, plus réactif, plus capable d'appréhender le monde virtuel que nous sommes en train de créer. Cependant, l'homme augmenté n'est pas du tout garanti, à force de déléguer toutes sortes de tâches à la machine, il pourra tout autant devenir un homme diminué.

Pourtant certains États et grandes entreprise, notamment le ministère de la Défense, travaillent depuis des années sur le transhumanisme et la possible fusion homme-machine.

L'idée serait que l'homme fusionne avec la machine et puisse ainsi devenir en partie artificiel, plus fort, plus résistant, plus intelligent et qui sait toucher l'immortalité.

#### L'Homme diminué

Voir l'Homme perdre de ses capacités est une éventualité à prendre au sérieux et des voix s'élèvent aujourd'hui menaçant que l'Homme, pour augmenter ses capacités, pourrait devenir artificiellement plus fort au détriment de ses propres facultés et que l'intelligence artificielle pourrait comporter de nombreuses conséquences négatives en ce qu'elle amenuiserait notre autonomie, notre capacité à construire une expertise, et nous placerait ainsi en situation constante d'infériorité.

## L'homme augmenté

Rien dans le droit français ne mentionne explicitement l'homme augmenté, néanmoins la protection de l'intégrité corporelle y est considérée. Les exceptions étant l'acte médical personnel et celui pratiqué dans l'intérêt thérapeutique d'autrui (comme une greffe).

Dans un rapport rendu en 2005, le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne considère que les applications non médicales des implants constituent une menace pour la dignité humaine.

Cependant il nous faire faire la différence entre les technologies qui mènent à un homme réparé et celles qui font l'homme augmenté. Les premières pallient les déficiences d'un corps qui vieillit, ou permettent de retrouver des capacités qui sont jugées comme étant dans la norme de l'espèce humaine. Les secondes apportent de nouvelles capacités aux personnes qui les utilisent, les rendant différentes de la majorité de leurs contemporains. Les premières réparent, les secondes augmentent.

À nouveau nos deux mondes, tangible et intangible, collaborent à créer l'homme augmenté.

D'une part, l'intelligence artificielle va s'occuper du monde virtuel et va s'associer à l'humain pour le rendre plus performant, plus intelligent. On va retrouver les assistants virtuels, la traduction automatique et en temps réel, les lunettes de réalité augmentée, les agents intelligents, etc. Mais aussi l'IA va nous lier à l'ordinateur et augmenter notre puissance cognitive, elle va changer notre manière d'interagir avec les autres, avec le monde et tous les savoirs, et l'amplifier. Dans le monde physique, tangible, d'autres technologies vont aussi augmenter les capacités de l'homme. On y retrouve les manipulations génétiques, les greffes et exogreffes non liées à la réparation d'un corps, les implants, les exosquelettes, les drones comme prolongement du bras, armé ou non, etc.

#### CONCLUSION

« Vous êtes mon créateur, mais je suis votre maître » dit le monstre à Victor Frankenstein dans le roman de Mary Shelley, publié en 1818.

Au regard du syndrome de Frankenstein qui fait référence à la peur de voir les créations humaines se retourner contre les gens, détruisant ainsi l'humanité, nous ne pouvons pas nier que nous sommes face à une technologie exceptionnelle, novatrice, déroutante, qui nous met devant des défis importants. Ces défis vont certainement transformer notre quotidien et notre futur.

Devons-nous nous en inquiéter? Certainement, mais il faut savoir raison garder. Aujourd'hui, quoi que puisse faire l'intelligence artificielle et même si elle nous surpasse dans certains domaines, nous sommes extrêmement loin d'une intelligence généraliste capable d'émuler l'intelligence humaine. Il nous faut néanmoins continuer à réfléchir, à considérer tous les aspects de cette technologie qui ne va cesser de progresser et surtout mettre en place les garde-fous nécessaires pour que, lorsqu'elle sera capable d'émuler l'intelligence humaine, et cela arrivera, nous soyons prêts à l'accepter, la contrôler et en tirer parti pour le bien de l'humanité.

#### **SOURCES ET RÉFÉRENCES**

Α

ACCV. Computer Vision - ACCV 2016, partie III.

KONGTHON (Alisa), et al., Implementing an online help desk system based on conversational agent, ACM New York, NY, USA, 2009.

AUER (Peter) et al., A Research Roadmap of Cognitive Vision, Semantic Scholar, 2005

В

BACHIMONT (Bruno), Engagement sémantique et engagement ontologique: conception et réalisation d'ontologies en ingénierie des connaissances. Ingénierie des connaissances, 2000.

BAK (Slawomir), Human Reidentification Through aVideo Camera Network. Computer Vision and Pattern Recognition, PhD, Université Nice Sophia Antipolis, 2012.

Baltus (Gregory), et al., Towards Personal Service Robots for the Elderly. Proceedings of the Workshop on Interactive Robots and Entertainment, The Robotics Institute, (WIRE), 2000.

BERNS (K.) *et al.*, *Robotics and Autonomous Systems*: https://www.journals.elsevier.com/robotics-and-autonomous-systems

BOUVERET (Sylvain), *et al.*, « Dernières avancées en intelligence artificielle », *Revue d'intelligence artificielle*, RSTI, série RIA, vol. 31, n° 1-2, janvier-avril 2017.

BOUZID (Nadjet), *et al.*, « Le raisonnement en intelligence. Modèles, techniques et architectures pour les systèmes à bases de connaissance », décembre 1997.

BOUZY (Bruno), *Intelligence Artificielle Planification*: http://helios.mi.parisdescartes.fr/~bouzy/Doc/IAL3/09\_IA\_planif\_BB.pdf

BROOKS (Rodney), *Achieving Artificial Intelligence through Building Robots*, Boston, Massachusetts Institute of Technology, 1986.

C

CANCELA (Héctor) *et al.*, « Fast Monte Carlo – Methods for evaluating Highly Dependable Markovian Systems », Second International Conference on Monte Carlo and quasi-Monte Carlo Methods in Scientific Computing, Salzburg, Autria, July 1996.

CAPTCHA, Test public de Turing entièrement automatique ayant pour but de distinguer les humains des ordinateurs.

Снавот (Pascal), ChatBot le robot, Paris, PUF, 2015, 70 р.

Снавот (Pascal), « Mais à quoi servent donc les chatbots? », *Challenges*, 1<sup>er</sup> février 2017.

CHARNIAK (Eugène), *Introduction to artificial intelligence*, Addison-Wesley, 1984, p. 2.

CHEVAILLIER (Pierre), et al., « Systèmes d'intelligence ambiante et systèmes immersifs », 2015.

Comarketing news., « Intelligence artificielle: vers de meilleures décisions humaines, avec ou sans humain? »: https://comarketing-news.fr/intelligence-artificielle-vers-demeilleures-decisions-humaines-avec-ou-sans-humain/

Ε

EC, « Vision. the European Research network for Cognitive Computer Vision Systems »: https://www.researchgate.net, 2005

F

FISHMAN (George), Monte Carlo: Concepts, Algorithms and Applications, Springer Verlag, 1997.

G

GANASCIA (Jean-Gabriel), *Représentation des connaissances*, LIP6, University Pierre et Marie Curie, 2014.

GHALLAB (Malik), et al., Automated Planning: Theory and Practice, Morgan Kaufmann, 2004.

GLYNN (P. W.), Iglehart (D. L.), «Importance Sampling for Stochastic Simulations », *Management Science*, 1989.

Н

HARNAD (Stevan), « The Annotation Game: On Turing (1950) on Computing, Machinery, and Intelligence », in Epstein (Robert) et Peters (Grace), dir., *Philosophical and Methodological Issues in the Quest for the Thinking Computer*, Springer, 2008.

HERBERT (Simon), « Le processus de décision IMC (Intelligence, Modélisation, Choix) tel qu'il a été défini par », *Économiste*, prix Nobel en 1978.

HERMANN (Helbig), Knowledge Representation and the Semantics of Natural Language, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006.

HORSWILL (Ian), The Polly System. AI and Mobile Robots.

I

ICнвіан (Daniel), dossier « S'initier et se former à la robotique – La robotique du collège à l'université », www.futura-sciences.com, 15 novembre 2016.

Asimov (Isaac), Runaround, Astounding Science Fiction, mars 1942.

Κ

KAGAMI (Shingo) « High-speed vision systems and projectors for real-time perception of the world », IEEE Computer Society Conference on Computer Vision and Pattern Recognition, 2010, Workshops. p. 100-107.

KARKAN (Jean-Michel), TJOEN (Guy), « Les systèmes experts: un nouvel outil pour l'aide à la décision », Masson, 1<sup>er</sup> anvier 1993.

L

LAZEBNIK (Svetlana), et al., « Spatial pyramid matching », Computer and Human Vision Perspectives, Cambridge University Press, 2009.

Le Monde, « Les défis actuels et l'action d'Inria », 2016.

LE CUM (Yann), Quand la machine apprend, Odile Jacob, 2019.

Live Science, https://www.livescience.com/topics/robotsRoboLaw; Project Overview: « Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe », *Robotics facing Law and Ethics*, juin 2014.

M

MARQUIS (Pierre), et al., Panorama de l'Intelligence Artificielle – Ses bases méthodologiques, ses développements, volume II: Algorithmes pour l'intelligence artificielle, Cépaduès Éditions, 2014.

Ρ

POOLE (David) MACKWORTH (Alan), Foundations of computational agents, Cambridge, University Press, 2017.

R

RAFAL (Jozefowicz), *et al.*, *Exploring the Limits of Language Modeling*, Cornell University, 2016: https://arxiv.org/abs/1602.02410

RANDALL (Davis), et al., «What Is a Knowledge Representation?», AI Magazine, 2014, 1993, p. 17-33.

RÉGNIER (Pierre), Algorithmique de la planification en IA, Cépaduès Éditions, 2004.

ROBERT (Serge), *Les mécanismes de l'intelligence artificielle et le raison-nement*, ACFAS, 2017 : http://websemantique.ca/2017/wp-content/uploads/sites/3/2017/04/02-Serge-Robert\_websemantique.ca-2017.pdf

Robot Art. « The \$100,000 Robot Art competition! » : https://robotart.org/

RODRIGUEZ (Jean-Michel), L'intelligence artificielle et le cognitive business, Édition EMI, 2018.

Brachman (Ronald), et al., Knowledge Representation and Reasoning, Morgan Kaufmann Publishers, 2004.

S

Science et Avenir: https://www.sciencesetavenir.fr/videos/langage-naturel-etintelligence-artificielle\_rmkzsp

« Sciences et Techniques de l'Ingénieur STI. Robotique et systèmes autonomes », EPFL École Polytechnique Fédérale Lausanne, 29 août 2011.

SHAPIRO (Stuart C.), *Encyclopedia of Artificial Intelligence*, volume I, New York, John WIley & Sons, 1992, p. 643-646.

SIGAUD (Olivier) et BUFFET (Olivier), *Processus décisionnels de Markov en intelligence artificielle*, volume I: *Principes généraux*, Hermès Science, coll. « Traité IC2, série Informatique et Systèmes d'Information », 2008.

« South Korean Robot Ethics Charter. Enlightenment of an Anchor woman », 28 septembre 2010.

Sowa (John), Knowledge Representation: Logical, Philosophical, and Computational Foundations, Brooks/Cole, New York, 2000.

Т

TORRA (VICENÇ), et al., Modeling Decisions for Artificial Intelligence. Second International Conference, MDAI 2005, Tsukuba, Japan, 25-27 juillet 2005.

TUFFIN (Bruno), Simulation accélérée par les méthodes de Monte Carlo et Quasi-Monte Carlo: théorie et applications, Thèse de doctorat, université de Rennes 1, octobre 1997.

Turing (Alan), *Computing machinery and intelligence*, vol. 59, n° 236, Oxford University Press, octobre 1950, p. 433.

TURING (Alan) et GIRARD (Jean-Yves), Les Ordinateurs et l'Intelligence: la machine de Turing, Éditions du Seuil, 1995, p. 133-175.

V

VILLEMIN (F. Y.), Intelligence Artificielle, NFP106, année 2012-2013.

VLAHAVAS (I.), *Planning and Scheduling*, EETN, Archived from the original on 2013, p. 12-22.

W

Weizenbaum (Joseph), *Eliza – A Computer Program For the Study of Natural Language Communication Between Man And Machine*, Communications of the ACM, janvier 1966, p. 36-45.

Wikipédia (français), article de Alan Turing.

Wikipédia (français), article « Vision par ordinateur ».

# Décodage et encodage déontologique d'une intelligence artificielle d'indemnisation des victimes

Yann FERGUSON

Docteur en sociologie, enseignant ICAM, site de Toulouse 1

Le 30 mars 2018, la mission Villani remettait son rapport « Donner un sens à l'intelligence artificielle » au président de la République Emmanuel Macron. Ce « sens » revêt trois acceptions: un cap, une signification et des explications.

Le « cap » désigne la politique industrielle de la France en matière de développement de l'intelligence artificielle (IA). Elle est structurée en quatre « secteurs prioritaires », car « au service de l'intérêt général et des grands défis de notre époque » : la santé, l'écologie, les transports-mobilités et la défense-sécurité.

La « signification » concerne la dimension sociétale de l'IA, qui ne doit pas être une finalité, mais un outil au service de la cité. Trois chantiers s'ouvrent en ce sens: penser des modes de complémentarité entre l'humain et les systèmes intelligents; développer une IA inclusive; travailler sur l'explicabilité des algorithmes, qui ne doivent pas engendrer une « société de boîtes noires ».

Les « explications », enfin, invitent à une réflexion collective, une « discussion politique sur les objectifs que nous poursuivons et leur bien-fondé » (p. 13). Car en même temps, les « applications nouvelles nourrissent de nouveaux récits et de nouvelles peurs, autour, entre autres, de la toute-puissance de l'intelligence artificielle » (p. 10). Un large débat sur les enjeux éthiques liés au développement des technologies d'intelligence artificielle et plus largement des algorithmes s'engage alors: « En différents endroits du monde, experts, régulateurs, universitaires, entrepreneurs et citoyens discutent et échangent régulièrement sur les effets indésirables, actuels ou potentiels de ceux-ci et les moyens de les atténuer » (p. 139). La conception des techniques d'IA devra impérativement embarquer l'éthique.

<sup>1</sup> Ce texte a bénéficié de riches échanges au sein de l'axe 2 « Éthique du numérique et de la robotique » de la chaire Unesco Éthique sciences et société (https://chaire2s.hypotheses.org/). Je remercie vivement ses membres, tout en assumant l'entière responsabilité des propos développés.

Dans ses « Analyses et recommandations » concernant le « monde des datas, des algorithmes et de l'intelligence artificielle » (2018), le Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) rapporte, dès son avant-propos, l'avènement de l'IA aux « quatre grands principes éthiques de bienfaisance, de non-maltraitance, d'autonomie de la personne et de justice » qui « fondent la déontologie médicale ». Il fait part de son inquiétude devant l'emballement technologique et économique suscité par l'IA:

Des progrès nouveaux qui s'annoncent chaque jour, des limites dont on a l'impression qu'elles deviennent totalement franchissables, des annonces plus destinées aux marchés boursiers qu'aux professionnels de santé conduisent de plus en plus de médecins à s'interroger, à exprimer leur perplexité, voire leurs craintes, face à des évolutions pour lesquelles ils n'ont pas été préparés et qui paraissent leur échapper (p. 5).

Pour le Cnom, les applications potentielles de l'IA imposent un état d'urgence éthique: « la formation aux humanités, à la déontologie et à l'éthique, aux relations humaines doit être renforcée dans un monde qui se technicise de plus en plus » (p. 31).

La question de l'indemnisation des victimes d'accident corporel, tant dans ses dimensions médicales que juridiques, se pose en creux de ces enjeux en se plaçant à l'intersection des trois acceptions du sens que le rapport Villani alloue à l'IA. Elle s'inscrit clairement dans le « cap », tant l'enjeu d'une « juste indemnisation » lie des problématiques de santé (dans la réparation du dommage) et de coûts (en limitant l'indemnisation au dommage et en réduisant les frais de justice). Elle appelle évidemment la « signification » de l'IA, qui ne doit, en aucun cas, se substituer à la délibération humaine *via* des systèmes « intelligents » générateurs de décisions automatiques et opaques au détriment de certaines parties prenantes. Elle sollicite enfin des « explications », c'est-à-dire une discussion entre les différents acteurs en vue de discuter collectivement des principes d'une juste indemnisation transcendant les intérêts particuliers. Cette tension éthique de l'IA s'ajoute à un processus d'indemnisation lui-même éthiquement particulièrement chargé (DONNOU, 2019): indépendance des médecins de recours et/ou des avocats envers leur mandant, respect de l'altérité du patient, asymétrie des relations entre la victime, les différents médecins et les compagnies d'assurances, écoute de la victime, accès à l'intimité du patient, intérêts antagonistes entre la victime et les assurances, malhonnêteté de certaines victimes, barémisation versus personnalisation... Le « collectif d'établissement de l'indemnisation » est ainsi traversé par des logiques antagonistes qui ne permettent pas des délibérations apaisées.

L'IA n'a pas de conscience. Mais elle peut être instrumentalisée par des parties prenantes du processus d'indemnisation pour tirer un avantage dans

un rapport de force ou, à l'inverse, constituer une opportunité pour établir une éthique de la discussion entre les acteurs, c'est-à-dire une réflexion sur les conditions de possibilités minimales de compréhension mutuelle des personnes en situation d'échange. Dès lors, considérer le recours à l'IA pour définir une juste indemnisation des victimes d'accidents corporels revient autant à penser la socialisation de nouvelles techniques d'aide à la décision qu'à interpeller les conditions ordinaires de la production des décisions. C'est l'objet de ce texte, qui envisage d'abord les enjeux éthiques qui pourraient prévaloir à de la conception de techniques d'IA, puis ceux qui pourraient accompagner leur intégration dans le processus d'indemnisation des victimes.

# I. EMBARQUER LA « JUSTE INDEMNISATION » DANS LES TECHNIQUES D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

« [...] si la robotique parvenait jamais au sommet de la perfection décrit dans les histoires, il se peut qu'un concept se rapprochant plus ou moins de mes Trois Lois<sup>2</sup> connaisse réellement le jour, et dans ce cas, je connaîtrais un triomphe assez rare (bien que, hélas, posthume)», anticipait Asimov en 1964 dans le Cycle des robots. Le maître de la science-fiction avait, comme souvent, vu juste. Si l'IA et la robotique sont encore loin d'atteindre la sophistication des « cerveaux positroniques » de ses machines, leurs progrès récents inaugurent bien un « temps asimovien »: une réflexion anxieuse sur l'intégration de machines dotées de facultés de « raisonnement » dans de nombreux processus de décision. La vision d'Asimov, l'« embarcation » de l'éthique dans la technique, c'est-à-dire la prise en compte en amont, par anticipation, de difficultés d'ordre éthique qui pourraient venir interférer avec les trajectoires d'innovations espérées (LECHOPIER, 2014), fait consensus auprès de nombreux experts de l'IA et des institutions. Cela revient d'abord pour les utilisateurs à s'accorder sur des principes éthiques communs, puis à les encoder dans les techniques d'IA, en vue d'assurer que les médiations qu'elles effectuent les respectent.

<sup>2</sup>Le romancier Isaac Asimov a imaginé « Trois Lois de la robotique », des principes humanistes encodés dans les robots pour maintenir le primat de l'Homme sur la machine: 1-Un robot ne peut porter atteinte à un être humain, ni, en restant passif, permettre qu'un être humain soit exposé au danger; 2- Un robot doit obéir aux ordres qui lui sont donnés par un être humain, sauf si de tels ordres entrent en conflit avec la première loi; 3- Un robot doit protéger son existence tant que cette protection n'entre pas en conflit avec la première ou la deuxième loi. Les nouvelles et romans d'Asimov qui évoquent ces lois décrivent entre autres les difficultés rencontrées par les robots pour les interpréter dans différentes situations sociales.

# A. Des principes de « juste indemnisation » élaborés dans un cadre éthique

# 1. Un collectif d'établissement de l'indemnisation en situation d'inquiétude stratégique

La définition de la juste indemnisation résulte d'un exercice d'objectivation du dommage subi par la victime. D'un point de vue déontologique, elle implique d'abord l'intégrité du médecin qui doit examiner le sujet en toute indépendance intellectuelle pour respecter le principe de « réparation intégrale » « en vertu duquel le responsable du préjudice doit indemniser tout le dommage et uniquement le dommage, sans qu'il en résulte ni appauvrissement, ni enrichissement de la victime » précise Philippe Donnou (p. 150). La juste indemnisation serait donc celle qui parvient à établir une « stricte équivalence entre la réparation et le dommage ». La situation se complexifie par le caractère collectif de l'exercice d'objectivation qui fait intervenir des intérêts antagonistes (DONNOU, 2019; BORNET, dans cet ouvrage): l'avocat de la victime, qui aurait parfois intérêt à ce qu'elle saisisse les tribunaux plutôt que d'obtenir un règlement à l'amiable, le médecin-conseil de victimes, soupçonné par certains médecins d'assurance de faire le jeu de l'avocat, les assureurs qui seraient guidés par leurs intérêts économiques, la victime, prête à tout pour optimiser le montant de son indemnisation. L'éthique n'est pour autant pas absente des échanges. Les différents médecins sont guidés par le serment d'Hippocrate et les avocats ont juré d'exercer ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. Mais l'éthique, rappellent Me Véronique L'Hostis et Me Gildas Janvier dans cet ouvrage, semble tributaire de la position d'avocat en expertise: « l'avocat de victime n'aura pas la même appréciation de cette notion que l'avocat du responsable ou de l'assureur »... C'est ainsi que l'établissement de la « juste indemnisation » se construit, se négocie, dans un climat d'inquiétude stratégique, qui peut l'éloigner des standards éthiques d'« ambiance, de qualité de l'accueil dans la présentation, d'écoute des différentes positions » (NICOURT, 1996, p. 77-78) que la situation réclame pourtant: « Le fondement éthique de la relation médecin-expert/ patient, médecin-expert/médecin contradicteur, doit être le fil directeur essentiel permettant d'éviter des dérives souvent délétères et négatives qui peuvent faire évoluer une voie amiable vers une voie judiciaire » (DONNOU, 2019, p. 152). Toutefois, ce « fil directeur » paraît difficile à instituer tant, en situation d'indemnisation d'une victime, les sujets de dispute et les soupcons semblent nombreux.

### 2. Une opportunité pour établir un paradigme de l'intercompréhension

La nécessité de co-élaborer les fondements éthiques de cette relation sous tension afin de l'embarquer dans une technique d'IA peut constituer l'occasion d'une discussion dépassionnée car décorrélée d'un cas d'espèce. Il s'agirait donc de réunir des représentants de l'ensemble des parties prenantes en vue de parvenir à des règles d'accord auxquels les individus auront recours pour asseoir des compromis. La conception d'une technique d'IA offrirait ainsi un cadre et un support pour stabiliser les perceptions et interprétations des parties prenantes et les inscrire dans des schémas. Sociologiquement, cela revient à doter ce collectif de valeurs partagées. Celles-ci ont pour vertu non de résoudre les problèmes, mais de discriminer naturellement parmi les options possibles:

Disposer d'un système de valeurs offre une sorte d'économie de moyens dans la réalisation des choix: face à un choix aux conséquences incertaines, nous pouvons toujours hiérarchiser les comportements possibles en fonction des valeurs que nous adoptons. [...] Considérées sous cet angle, les valeurs ne sont pas seulement des contraintes (dont le respect est nécessaire pour être accepté par un groupe ou pour maintenir une certaine image de soi par rapport à soi-même), mais bien des ressources permettant d'opérer plus rapidement des choix. (GROSSETTI, 2004, p. 88).

C'est pourquoi le sociologue parle de « ressources cognitives ».

Tout autant que le résultat de ce dialogue entre les parties prenantes, le processus devra, lui aussi, respecter une « éthique de la discussion », c'est-à-dire une démarche éthique proprement dite, en ce qu'elle s'inscrit elle-même dans un ensemble de valeurs que les participants doivent adopter et mettre en œuvre. Le « paradigme de l'intercompréhension » d'Habermas propose en ce sens de remodeler le fameux impératif catégorique kantien – « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse valoir en même temps comme principe d'une législation universelle » – dans une optique dialogique: « Au lieu d'imposer à tous les autres une maxime dont je veux qu'elle soit maxime universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité » (1986, p. 88-89).

Ce principe d'universalisation (le principe « U ») découle d'une discussion pratique à l'issue de laquelle ce qui est justifié d'un point de vue moral doit pouvoir être voulu par tous les êtres rationnels: « Ce qui est déterminant dans cette approche, c'est la décentration, la capacité à prendre en compte le point de vue de tous les concernés, les critères de validation d'une norme et non la justification d'un point de vue égocentrique » (Leleux, 2002). Ainsi, le processus de coconstruction des principes de justice à embarquer dans le code pourrait, avant même la conception et l'utilisation de techniques d'IA,

fournir aux acteurs de l'indemnisation un temps séminal pour développer des compétences d'éthique de la discussion propice à l'instauration d'un climat de quiétude stratégique. L'objectivation du dommage et sa conversion en juste indemnisation seraient alors conquises par un débat intersubjectif apaisé et efficace fondé sur des ressources cognitives partagées.

La conception de la nomenclature Dintilhac en juillet 2005 peut illustrer le propos<sup>3</sup>. Le groupe de travail réunissait des magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, des avocats, des professeurs, des experts, des représentants du médiateur de la République, de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et du secrétaire d'État aux droits des victimes. Ont été également auditionnées des associations de professionnels chargés de défendre des victimes de dommages corporels et les tiers payeurs (Caisse nationale d'Assurance maladie, Fédération française des sociétés d'assurance), en vue d'entendre leur position. Or, bien que ce groupe n'ait pas reçu d'habilitation à édicter des règles contraignantes, l'étude des arrêts publiés par la Cour de cassation en matière d'indemnisation du préjudice corporel personnel démontre que les postes de préjudice retenus par la cour sont tous identiques ou très proches de ceux exposés par la nomenclature Dintilhac. Ainsi, sans avoir vocation à la normativité, le processus de co-conception de la nomenclature semble bien avoir engendré des ressources cognitives partagées par l'ensemble du collectif d'établissement de l'indemnisation.

Une éthique de la discussion: Le recours à l'IA en vue d'équiper le collectif d'établissement de l'indemnisation impose de réunir toutes les parties prenantes pour définir les principes de justice communs. L'assemblée devra respecter une éthique de la discussion: un cadre d'échange respectueux de la diversité des points de vue pour édifier un système de valeurs partagées.

### B. Encoder la juste indemnisation des victimes

### 1. Une IA à haut risque

Une fois admis les principes de juste indemnisation, il s'agira de les intégrer dans les techniques d'intelligence artificielle de façon à ce que leurs comportements leur soient conformes. Plus globalement, les techniques doivent également satisfaire les valeurs sur lesquelles les sociétés qui y recourent. Les techniques d'IA font ainsi l'objet d'une vigilance renforcée en raison de spécifi-

<sup>3</sup> Voir son « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels » de 2005.

cités clés, l'apprentissage et l'autonomie décisionnelle, qui impactent deux enjeux de société fondamentaux, la sécurité et la responsabilité. Cela génère deux catégories de risques: les risques inhérents à des défauts de conception; les risques liés à l'apprentissage. Dans son *Livre blanc* de février 2020, la Commission européenne précise:

Les particularités qui caractérisent de nombreuses technologies de l'IA, notamment l'opacité (« effet de boîte noire »), la complexité, l'imprévisibilité et le comportement partiellement autonome, peuvent rendre difficile la vérification de la conformité aux règles du droit de l'UE en vigueur destinées à protéger les droits fondamentaux et peuvent entraver le contrôle de l'application de celles-ci. Les autorités répressives et les personnes concernées ne disposent pas nécessairement de moyens suffisants pour vérifier comment une décision donnée, résultant de l'utilisation de l'IA, a été prise et, par conséquent, pour déterminer si les règles applicables ont été respectées. (p. 14).

La Commission envisage alors des « adaptations possibles du cadre législatif existant de l'UE pour tenir compte de l'IA » (p. 15) et s'attèle déjà à déterminer le champ d'application de ce futur réglementaire spécifique pour garantir la proportionnalité de son intervention. Elle introduit pour cela le concept d'applications à « hauts risques », qui cumuleraient deux critères:

- L'emploi d'applications d'IA dans un secteur où « compte tenu des caractéristiques des activités normalement menées, des risques importants sont à prévoir » (p. 20). L'intervention réglementaire ciblerait donc les domaines dans lesquels, d'une manière générale, les risques sont réputés les plus probables : les soins de santé, les transports, l'énergie, etc.
- L'application d'IA dans le secteur en question est, de surcroît, « utilisée de façon telle que des risques importants sont susceptibles d'apparaître ». Ce second critère, limitatif, distingue à l'intérieur d'un secteur des risques peu importants (par exemple une défaillance du système de planification des rendez-vous dans un hôpital) et des risques aux conséquences graves (par exemple ceux qui portent sur les droits d'une personne physique ou d'une entreprise, occasionnent un risque de blessure, de décès ou de dommage matériel ou immatériel important).

Une IA d'indemnisation des victimes semble bien cumuler ces deux critères et donc nécessiter des exigences légales obligatoires.

### 2. « Machine morale » ou « lA digne de confiance »?

Les propriétés des techniques d'IA doivent intégrer, dès leur conception, les hauts risques qu'elles font encourir à la société. En la matière, deux approches, non exclusives, peuvent être distinguées : la « machine morale » ou « éthique » et « l'IA digne de confiance ».

La première consiste à modéliser et programmer des éléments relevant de l'éthique dans une machine autonome. Cette « éthique des machines » réfléchit aux moyens de « doter les machines de principes éthiques ou d'une procédure de résolution des problèmes éthiques qu'elles peuvent rencontrer, en leur permettant ainsi de fonctionner d'une manière éthiquement responsable sur la base d'un processus de décision éthique propre » (ANDERSON, ANDERSON 2011, p. 1). Ce domaine de recherche comporte déjà des disciplines spécialisées, par exemple l'« éthique des machines médicales » qui s'occupe tout particulièrement des machines médicales capables d'accomplir « des tâches qui exigent une aptitude à l'interaction et une sensibilité psychologique, des connaissances pratiques et toute une gamme de règles de conduite professionnelle, ainsi qu'intelligence, autonomie et responsabilité en général sur le plan éthique » (Van Rysewyk, Pontier, 2015, p. 7). Elle est aussi mobilisée par des chercheurs travaillant sur des véhicules autonomes (BONNEMAINS, TESSIER, SAUREL, 2018; BONNEFON, 2019), notamment les voitures et les drones. Ainsi, pour Bonnemains, Tessier et Saurel, « dès lors qu'on envisage de placer des machines autonomes dans des contextes tels que, si les actions étaient décidées par des humains, elles feraient intervenir des considérations éthiques, il faut s'intéresser à la programmation de l'éthique dans la machine » (p. 3). Ces « agents éthiques » nous dit Moor (2011), peuvent être « implicites » dans la mesure où ils sont équipés d'un logiciel qui empêche ou restreint les comportements non éthiques, ou « explicites » : à l'image des humains, ils agiraient conformément à des principes, manifesteraient certaines vertus, justifieraient moralement leurs décisions. Dans tous les cas, les concepteurs devront comprendre des concepts avec lesquels ils ne sont généralement pas familiers et trouver des formalismes mathématiques susceptibles de les représenter, en vue de concevoir des algorithmes capables de traiter des situations mettant en jeu des considérations éthiques. Ainsi, en reprenant les conditions dégagées par Bonnemains, Tessier et Saurel, un « raisonnement éthique » automatique d'indemnisation des victimes:

- Devra être fondé sur des cadres éthiques et être en mesure d'expliciter ce que serait l'« indemnisation juste » dans un contexte de décision donné.
- Devra pouvoir hiérarchiser les principes de justice de manière adaptée au contexte de décision en cas de dilemme éthique (c'est-à-dire des situations où des principes s'opposent).
- Devra pouvoir comparer et apprécier des décisions et les arguments les justifiant, ou au contraire les contestant.
- Pourra aller à l'encontre du point de vue de l'opérateur ou de l'utilisateur de la machine.
- Sera susceptible d'être biaisé par le point de vue du concepteur et l'implication directe de ces considérations sur la manière d'obtenir et sélection-

ner des données d'apprentissage, si la machine apprend. Gérald Bronner (2007) a en effet montré combien l'« erreur cognitive » échappe à notre expérience consciente: manque d'informations, influence de l'ancrage culturel, état émotionnel et motivationnel, « erreur en intension » (faille dans le raisonnement) ou en « extension » (qui se révèle dans la confrontation d'un raisonnement au réel). Par exemple, si la nomenclature Dintilhac a bien institué des ressources cognitives partagées, de nombreux experts constatent des divergences d'interprétation en fonction des positions de chacun des acteurs, que l'on peut rapporter aux différences de motivations (défense des intérêts de la victime ou des assurances). Ces différences peuvent se loger dans les algorithmes en fonction du commanditaire du programmeur.

C'est pourquoi Bonnemains, Tessier et Saurel avertissent:

Mettre en œuvre un « raisonnement éthique » dans une machine nécessite donc de prendre des précautions et de porter en permanence un regard critique sur la démarche de modélisation de façon à éviter les simplifications, biais et hypothèses non formulés, ou du moins à faire en sorte de les mettre en évidence afin d'expliciter les limites de ce qui est produit » (p. 5).

Le choix des cadres éthiques peut en ce sens orienter la décision automatique, nous disent-ils. Un cadre conséquentialiste conduira le programme à choisir, parmi les décisions possibles, celle qui permet d'obtenir les meilleures conséquences, quel que soit le moyen d'obtenir le résultat. L'algorithme aura besoin de connaître les conséquences des actions possibles, le côté positif ou pas des conséquences, et les préférences entre ces conséquences. Les difficultés sont multiples: considère-t-on les conséquences « immédiates », les conséquences de ces conséquences, ou plus loin encore? De plus, les conséquences pour qui, et pour quoi considère-t-on? D'autre part, comment prendre en compte les incertitudes sur les conséquences? Le caractère positif ou négatif d'une conséquence ne va également pas de soi, tant il découle de jugements de valeur ou de bon sens, qui peuvent dépendre des valeurs que promeut la société, la culture, ou bien du contexte particulier dans lequel l'action doit être déterminée. Le cadre déontologique supposera, lui, que l'algorithme juge de la conformité de chaque action possible: une action est jugée acceptable si elle est « bonne » ou « neutre ». Mais comment équiper l'algorithme de connaissances qui lui permettraient de calculer un tel jugement? Que signifient « bon », « mauvais »? Une action peut-elle être « bonne » ou « mauvaise » en soi ou doit-elle être jugée en fonction du contexte ou de la culture environnante? Quelles références le concepteur doit-il considérer?

La seconde approche, « l'IA digne de confiance », envisage moins l'éthique comme l'intégration de raisonnements éthiques dans le code qu'à doter ce

dernier de « propriétés générales » permettant de contrôler la conformité des décisions automatiques avec les valeurs sur lesquelles s'accorde le groupe social qui y recourt. Ces propriétés générales font l'objet de très nombreuses publications par les institutions, les chercheurs, les *think tanks*, les académies de technologie, les industriels, etc. Elles se cristallisent dans le concept d'« Ethics by design ». La Commission de réflexion sur l'éthique de la recherche en sciences et technologies du numérique d'Allistene (CERNA) en fixe les principes (2017, p. 58):

- La loyauté et l'équité: les systèmes doivent se comporter, au cours de leur exécution, comme leurs concepteurs le déclarent.
- La transparence, la traçabilité et l'explicabilité: la possibilité pour l'utilisateur de vérifier et de comprendre le comportement d'un algorithme, essentielles pour les attributions de responsabilité, diagnostiquer et corriger les dysfonctionnements. Les techniques d'IA symbolique, fondées sur des règles clairement établies, comme dans les systèmes experts, posent moins ce type de problèmes. L'utilisateur peut en effet, s'il le souhaite, demander au programme les règles sollicitées pour motiver sa décision ou sa recommandation. L'architecture des techniques d'IA numérique (également appelée « empirique » ou « connexionniste ») rend l'accès aux motifs beaucoup plus complexes. Ils relèvent en effet d'une forme d'apprentissage particulière, le machine learning (dont le deep learning est une branche), durant lequel le programme n'apprend plus par imitation des savoir-faire humains (en intégrant par exemple une base de données fondée sur les meilleures pratiques), mais par construction autonome de compétences propres. Autrement dit, le concepteur de ce type d'algorithme intègre des données et une définition du succès, laissant le programme élaborer par lui-même les meilleures stratégies pour l'atteindre. Mais à l'issue du processus, personne n'est capable d'expliquer comment il a été atteint, car l'architecture en réseau de neurones ne le permet pas: c'est la fameuse « boîte noire ». Dit autrement, l'impossibilité actuelle à théoriser le succès pratique du machine learning entre en tension avec l'impératif d'intelligibilité des décisions automatiques.
- La responsabilité: la possibilité, en cas de dysfonctionnement, de distinguer ce qui incombe au concepteur ou à l'utilisateur. En la matière, la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (COMETS) distingue les machines « déterministes » et « cognitives ». Les actions des premières sont contrôlées par une série d'algorithmes dont l'enchaînement est prévisible. Ces techniques sont développées dans le cadre de l'IA symbolique. La responsabilité des actes est donc clairement identifiable et peut faire l'objet, pour l'essentiel, d'une réglementation légale. Les techniques d'IA cognitives reposent sur des systèmes capables

d'apprendre à partir de l'expérience, non seulement en interaction avec des formateurs humains, mais par leurs propres moyens, en développant ainsi la capacité de réagir à leur environnement sur la base de ce qu'ils ont appris. Ces programmes, développés dans le cadre de l'IA numérique, sont capables de prendre des décisions dans des situations complexes qui ne peuvent être prévues par un programmeur. Leurs décisions peuvent donner lieu uniquement à des estimations statistiques et sont donc imprévisibles. Par conséquent, la responsabilité des actes de ce type de programme n'est pas claire et leur comportement dans un environnement autre que celui dans lequel il a été formé pendant la phase d'apprentissage – c'est-à-dire un environnement « aléatoire » – peut être catastrophique.

• La conformité au cahier des charges, lui-même respectueux de la législation. Cela signifie que le système est conçu pour effectuer des tâches spécifiées en respectant les contraintes explicitées dans ce cahier. Les spécifications formalisent souvent une interprétation restrictive de la loi, à défaut de pouvoir traduire les finesses de cette dernière. La conformité doit être vérifiée avant que le système soit utilisé, en analysant son code et ses données.

Les propriétés de transparence, d'explicabilité et de traçabilité sont fondamentales. Elle permettrait en effet de réaliser des « audits algorithmiques », de façon à:

- 1° assurer le respect des trois autres conditions et
- 2° rapporter les décisions aux principes de juste indemnisation. Cathy O'Neil propose en ce sens de faire auditer régulièrement les algorithmes par des organismes indépendants ou par les utilisateurs eux-mêmes, d'autoriser l'étude de leurs codes, pour repérer les *a priori*, les objectifs de l'algorithme et éventuellement les abandonner suite à l'audit. Sans cela, ils pourraient se transformer en ce que la *data scientist* appelle des « armes de destruction mathématiques », c'est-à-dire des programmes qui automatisent l'injustice et la domination sociale, avec toute l'invisibilité que l'automatisation induit.

Considérer l'embarcation de la juste indemnisation dans les techniques d'IA génère donc des opportunités, des difficultés et des dangers. Le processus de définition collective des principes de la juste indemnisation préalable à la conception de la technique d'IA constitue effectivement l'occasion de convertir des arènes aujourd'hui dialectiques marquées par un climat d'inquiétude stratégique en arènes dialogiques guidées par des principes d'éthique de la discussion. L'intégration des principes communs émergents devra ensuite faire l'objet de choix techniques, entre l'approche morale et celle de la confiance, et éthiques, entre les éthiques conséquentialiste et déontologique, avec des

problèmes non résolus dans toutes les configurations. Les dangers proviendraient de décisions hâtives nourries par le désir de certaines parties prenantes de bénéficier d'aubaines technologiques pour renforcer leur position dans le système d'acteurs, ou par une méconnaissance collective des questions posées plus haut. C'est pourquoi les commissions d'experts, déclarations, charte, etc. se multiplient pour établir des soft laws, qui prescrivent des bonnes pratiques algorithmiques sans les rendre obligatoires4. Or, analyse l'essayiste Ted Friend (2019), « personne n'a jamais proposé rien de semblable pour les humains, dont la prise de décision est autrement opaque ». Le « momentum éthique » de l'IA se diffuse ainsi, par contagion vertueuse, sur les activités sociales concernées par l'emploi de ces techniques. L'acceptabilité sociale des techniques d'IA implique l'ouverture de « boîtes noires » qui vont bien au-delà des algorithmes, dont l'explicabilité dépend de l'explicitation des processus sociaux qu'ils devront encoder. En outre, si les enjeux sont considérables, ils ne règlent pas toute la question. Car les techniques d'IA, une fois conçues, vont susciter des usages, des relations humains-machines qui appellent une « éthique de la frontière technologique ».

L'explicabilité: une IA d'indemnisation des victimes serait considérée comme à haut risque, car s'appliquant à un domaine sensible, les soins de santé, et pouvant comporter de graves conséquences pour les personnes. À ce titre, les décisions ou recommandations rendues par l'IA devront être explicables, c'est-à-dire donner accès à leur raisonnement sous-jacent. Cette transparence technique sera conditionnée par la transparence des processus de négociation au sein du collectif d'établissement de l'indemnisation.

### II. ÉTHIQUE DE LA FRONTIÈRE TECHNOLOGIQUE DU PROCESSUS D'INDEMNISATION DES VICTIMES

L'analyse des usages des techniques d'intelligence artificielle sollicite la connaissance des rapports entretenus entre les acteurs et les outils qu'ils mobilisent pour agir sur une situation. Beaucoup d'outils ne se cantonnent pas à opérationnaliser la pensée de leur utilisateur, à agir comme une simple courroie de transmission pour passer l'idée à l'objet, sans que ce passage affecte l'idée. Ils effectuent une « médiation épistémique » aux effets beaucoup plus

<sup>4</sup>La Commission européenne a par exemple constitué en juin 2018 un « Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'Intelligence artificielle » qui a produit des « Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance » en avril 2019. Le groupe pose les conditions d'une IA digne de confiance – elle doit être licite, éthique et robuste. Elle doit aussi répondre à des exigences en termes de contrôle humain, de sécurité, de respect de la vie privée, de transparence, de non-discrimination, de bien-être et de responsabilité.

directs: ils génèrent une offre de décodage de la situation et d'encodage de l'intervention, ils ajoutent ou retirent quelque chose à l'action, en modifient le cours, pour en devenir coauteur, tels, par exemple la nomenclature Dintilhac ou le référentiel Mornet. Les outils sont d'abord porteurs de connaissances: ils produisent des représentations et induisent une problématisation des enjeux, Bachelard les qualifiant de « théorie réifiée » (1933 : 140). Ils contribuent ensuite à structurer les problèmes, en important des « schémas de rationalisation » destinés aux usagers (HATCHUEL, 1997 : 183): ils sont des machines à fabriquer des interprétations. Selon de Terssac (2002) cette structuration peut être « fermée » (les outils produisent automatiquement des solutions ou des décisions); « semi-ouverte » (les acteurs jouent un rôle central, mais toujours à l'intérieur d'un cadre déterminé par les outils, ce qui tend à limiter leur autonomie) ou « ouverte » (les acteurs peuvent sortir du domaine des actions admissibles pour l'outil). De façon complémentaire, les outils intègrent enfin des schémas d'utilisation pour établir les routines indispensables au maintien de l'activité collective. Ils offrent des possibilités de mécanisation de certains aspects de l'activité, et donc une réduction du coût des réponses aux problèmes rencontrés durant l'exercice de l'activité. Connaissances, structuration des problèmes et de l'activité collective: les techniques d'IA portent nettement ces promesses de médiation épistémique. Deux types de rapports entre les utilisateurs et ces techniques nous semblent en émaner: des rapports « technocentrés » suivant des mécanismes de remplacement et de domination; des rapports « anthropocentrés », qui activent des logiques d'augmentation et de « réhumanisation ». L'ensemble permet de penser la frontière entre ce qui relève de la machine et des humains dans le processus d'indemnisation.

# A. Les frontières technocentrées : automatisation des décisions et domination de l'IA

### 1. L'automatisation des décisions, promesses d'efficacité et de neutralité

L'automatisation évoque une logique substitutive où la médiation épistémique serait étendue et les espaces d'intervention, d'interprétation ou de négociation des acteurs seraient consécutivement restreints. Pour Erik Brynjolfsson et Andrew Mc Afee (2015), l'IA engagerait en effet un « point d'inflexion » vers ce qu'ils appellent le « Second âge de la machine ». Les machines du premier âge se contentaient de produire un surcroît de puissance, sans toucher au monopole humain de la décision. L'automatisation de tâches cognitives et de systèmes de contrôle deviendrait désormais possible, au point que certaines machines se révéleraient capables de prendre de meilleures décisions que des humains. En matière d'indemnisation des victimes, deux promesses pourraient cautionner une automatisation accrue: l'efficacité et la neutralité.

Efficace, le fonctionnement algorithmique se caractérise par son immédiateté et sa simplicité, du moins son uniformité et son caractère inexorable: « Les algorithmes d'IA ont la capacité d'accomplir une tâche dans un temps presque immédiat (réduit au temps du seul calcul de la machine). Ils ont la capacité d'accomplir cette même tâche à une très large échelle spatiale, mais de façon identique en tous lieux. À ce titre, ils peuvent présenter un grand attrait pour des administrations ou des entreprises soucieuses d'efficacité, mais aussi de rationalité et d'homogénéité de leur action », analyse la CNIL (2017, p. 30).

Boris Barraud (2020) montre ainsi comment l'IA et les « legaltechs » sont en train de se mettre au service du droit, en vue de réduire les coûts tout en maintenant ou améliorant la qualité de l'administration et peut-être même de la justice, posant d'ailleurs le problème du développement d'un secteur (immense) du discount du droit, au détriment des professionnels: « Sitôt que, par exemple, une intelligence artificielle donne "clés en main", pour un prix faible ou nul, les arguments à mettre en avant devant un juge, pourquoi rémunérer un juriste de métier, si ce n'est parce qu'il s'agit d'une obligation légale – dont la légitimité pourrait alors être remise en question?» (p. 201). Se développent aussi des plateformes de résolution amiable des litiges (*Online Dispute Resolution*), très à la mode aux États-Unis et au Canada, faisant craindre l'abandon de la résolution amiable à des algorithmes, quand le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice encourage le recours à des médiateurs et conciliateurs algorithmiques.

Mais les juristes sont aussi clients de ces *legal start-up* émergentes pour diverses activités: recherche d'informations, tri, classement, comparaison de cas semblables au sein d'immenses bases de données ou encore de mise en relation de parties adverses à des fins de conciliation et de transaction, prédiction de résultats de procès... Les tribunaux engorgés peuvent évidemment y voir un bienfait, mais Ronan Guerlot, conseiller référendaire à la Cour de cassation, redoute, lui, qu'« un juge confronté à beaucoup de dossiers aura peut-être tendance à se mettre dans les rails des décisions passées sans faire l'effort de faire des recherches » (NEUER, 2017). La CNIL s'inquiète, elle, de la dégradation de la nature délibérative du droit qu'une automatisation excessive engendrait, au nom de l'efficacité. Une décision de justice rendue par une IA

éluderait l'apport de la délibération en commun et de ce qui peut s'y jouer à travers la confrontation d'individualités partageant un objectif commun. La délibération de jurés et de magistrats n'est pas que le simple déploiement d'arguments préexistants à la manière dont un logiciel exécute un programme. La durée n'y est pas qu'un décor accessoire, une ressource dont il conviendrait de limiter la dépense: elle y est acteur à part entière. (2017, p. 31).

Elle s'interroge aussi sur la prétendue vertu d'homogénéisation territoriale du droit que les algorithmes amèneraient, contre les injustices issues des disparités d'application de la loi entre différentes juridictions:

est-on absolument certain que, dans certaines limites, des formes de disparités régionales ne traduisent pas en fait un usage raisonné de la prudence du juge et l'adaptation intelligente et fine de celui-ci à des réalités sociales pouvant varier d'un lieu à l'autre? Une forme de respiration de la loi, peut-être, à distinguer de son application automatique et rigide? (p. 31).

Au final, pour Boris Barraud, l'IA devient bien « une nouvelle source de droit dès lors qu'on définit le droit comme ce qui régule effectivement les conduites des hommes en société. Cette intelligence artificielle engendre des effets normatifs tout aussi forts que ceux de beaucoup de lois et de règlements publics ». Cela le conduit à parler de « normativité algorithmique » qui « illustre la tendance de la normativité descendante, provenant d'une autorité en surplomb, à être débordée par une normativité immanente venant la technologie » (p. 198).

L'efficacité concernerait ensuite la médecine. En effet, selon la mission Villani, l'IA

ouvre des perspectives très prometteuses pour améliorer la qualité des soins au bénéfice du patient et réduire leur coût – à travers une prise en charge plus personnalisée et prédictive – mais également leur sécurité – grâce à un appui renforcé à la décision médicale et une meilleure traçabilité. (p. 195).

Nicholas Carr rappelle cependant que la récente phase d'automatisation du secteur de la santé par les technologies numériques comportait les mêmes promesses, avec des résultats décevants. Non seulement l'amélioration de qualité et de l'efficacité des soins reste relativement marginale, mais aux États-Unis, les dépenses de santé ont presque doublé entre 2005 et 2013. Car les ordinateurs ne servent pas uniquement à recueillir et à partager des informations sur les patients. Certains logiciels incluent des fonctions d'aide à la décision qui fournissent des recommandations aux médecins lors d'une consultation ou d'un examen, suggérant des examens complémentaires plus ou moins pertinents qui, dans certains cas, contribuent surtout à gonfler le montant des soins. Le professeur Timothy Hoff (2011) montre comment l'usage croissant des outils informatiques participe à dégrader la prise en charge, à la fois moins poussée et moins personnalisée, beaucoup de praticiens ayant pris l'habitude de « copier-coller » des formules standards dans leurs comptes rendus d'examens, plutôt que de rédiger leurs notes à la main<sup>5</sup>. D'après les

<sup>5</sup> On constate d'ailleurs le même phénomène dans certains rapports d'expertise, alors que les experts sont supposés exécuter personnellement leur mission, leur rapport devant refléter leurs déductions personnelles.

médecins interrogés, l'acte d'écrire ou de dicter leurs observations les forçait auparavant à prendre le temps de « bien réfléchir à ce qu'ils voulaient dire ». En raison du contenu homogénéisé des dossiers électroniques, ils craignent d'avoir une compréhension moins approfondie de la situation personnelle de chaque patient et ainsi « de ne plus pouvoir prendre de décisions en toute connaissance de cause ».

Cette promesse d'efficacité technique est l'alliée naturelle de celle de la neutralité algorithmique qui consiste à considérer l'algorithme comme une interprétation neutre du réel. Or l'algorithme, en prenant en compte, en intégrant dans ses calculs les faits majoritaires, finit par penser que ces faits majoritaires sont la normalité et donc ne fait que les reproduire et les amplifier. On parlera dès lors de « construction mathématique naturalisée ». Or, si une décision prise par un algorithme ou avec le soutien d'un algorithme semble au premier abord plus juste qu'une décision humaine risquant d'être orientée politiquement, et en tout cas soumise à une subjectivité, la rigueur mathématique et la logique de l'algorithme jouant pour lui, il reste un simple outil produit par et pour l'homme. Aux côtés de la technologie, il se trouve toujours des individus qui l'utilisent et l'orientent en fonction d'objectifs précis, des intentions, des arbitrages humains ou des représentations sociales inconscientes d'une époque ou du développeur: ce sont les biais « explicites » (JEAN, 2019, p. 92). Les biais « implicites » proviennent, eux, des données qui sont mobilisées dans les phases d'apprentissage, comme la surreprésentation d'une catégorie de personnes. Elles peuvent être incomplètes, générant ainsi des « effets de bord », c'est-à-dire une incapacité à traiter des exceptions, ces résultats s'écartant de la moyenne, d'un système idéal, que l'humain saurait traiter en mobilisant un « bon sens » puisé dans l'expérience. En effet, la plupart des algorithmes cherchent à nous inclure dans une tribu et donc à nous attribuer des « cases », occultant les cas qui n'entrent pas bien dans l'algorithme: les « points aberrants » ne sont pas très graves lorsqu'on vise un objectif global. Cette approche pourrait faire le lit d'une « barémisation » de l'indemnisation à partir d'une « victime standardisée » ou « moyenne », contre la personnalisation défendue le plus souvent par les avocats et les médecins de victimes: « L'avocat de victime fait alors preuve d'une réelle préoccupation d'individualisation des préjudices, lesquels ne peuvent supporter décemment autre solution que celle d'un sur-mesure » expliquent, Me L'Hostis et Me Gildas. Car « tous les dommages corporels ne font pas l'objet d'une cotation; certains devant faire l'objet d'une description précise. [...] Trop souvent les payeurs voudraient considérer le rapport d'expertise comme une vérité absolue dans le cadre de la discussion relative aux préjudices » réduisant la « vérité judiciaire » à une « vérité technique » (Prévost, cité par les auteurs<sup>6</sup>). On peut rapporter

<sup>6</sup> Ce débat existe d'ailleurs déjà sur la nomenclature Dintilhac, dont certains juristes voudraient voir le caractère normatif renforcé, quand d'autres défendent sa nature indicative initiale, afin de laisser une place

cette réflexion aux travaux du juriste Alain Supiot (2015). Selon lui, notre temps serait victime de « quantophrénie », de confiance immodérée et presque monomaniaque dans l'abstraction de chiffres et de nombres devenus le langage dominant de l'agir politique. Le vieux rêve d'« harmonie par le calcul », d'un gouvernement « scientifique », d'une pure administration des choses, enfin émancipée des délices et poisons de la passion politique. Mais pour Supiot, sous couvert d'une impersonnalité réputée libératrice des individus, s'imposent les forces immanentes du marché. La loi, comme expression d'un choix de valeurs porté par un souci de justice cède sa place à des mécanismes d'ajustement en fonction d'indicateurs qui déterminent la marche à suivre. Dans le premier cas, le navire filait sous le cap choisi; dans le second, on s'en remet plutôt à des outils, plus ou moins automatiques, afin de préserver ou de retrouver l'équilibre naturel des choses, c'est-à-dire le plus souvent du marché, par des mesures de légitimité « scientifique ». Si la loi ne disparaît pas, elle ploie sous l'impératif d'utilité. Pour Supiot, le problème ne tient pas tant à l'usage de ces instruments de mesure d'efficacité, y compris dans le secteur public, mais plutôt de la surestimation de leur rôle et de leur statut. De moyens d'aide à la décision, ils sont devenus des fins impérieuses sans souci de la réalité qu'ils sont supposés exprimer et organiser, au risque d'une complète déconnexion entre les chiffres et le réel.

### 2. La domination de l'IA, vers un paternalisme du système expert?

L'autre forme d'extension de la frontière de l'IA est la domination sur ses utilisateurs. Les outils charrient des caractéristiques implicites non raisonnées par les utilisateurs et colportent des schémas de rationalisation tels que les acteurs humains se laissent porter et guider: « le contrôle par la raison, en principe sans limites, est alors infime comparé aux processus sélectifs agissant implicitement », analyse Vinck (1999, p. 409). Les acteurs tendent à leur concéder une responsabilité croissante, simultanément dans la structuration des situations, la construction des choix et dans l'organisation des tâches, qui peuvent échapper à leur volonté, voire à leur conscience. Les outils sont en ce sens des « supports arbitraires » (VINCK, 1999 : 407) qui cadrent les problèmes et prescrivent les manières de faire. Or, les algorithmes se répandent dans de nombreux métiers, faisant émerger de nouvelles formes de collaboration homme-machine potentiellement aliénantes: « obéir aux ordres d'une intelligence artificielle, perdre le contrôle sur les processus, déléguer les décisions à la machine sont autant de modes de complémentarité qui, au niveau individuel et collectif, seront susceptibles de créer de la souffrance au travail » estime la

importante à l'office du juge ou de l'organe d'indemnisation, seul habilité à reconnaître, au cas par cas l'existence de tel ou tel poste de préjudice en fonction de chaque victime. Mais cette liberté d'interprétation doit faire face à une recherche de sécurisation juridique qu'une application stricte d'une nomenclature régulièrement actualisée amènerait (COUSIN, 2017).

mission Villani (2018: 186). Cette aliénation se répandrait suivant une « logique rationnalisante » (ZACKLAD, 2017) où le travail, plus ou moins piloté par des algorithmes, se passerait de l'intelligence des travailleurs. Jean-Gabriel Ganascia met lui en garde contre la « démission des hommes » provoquée par une « prise de pouvoir passive des machines » (2017 : 57). Dès lors que le professionnel sera équipé d'un programme prétendument meilleur que lui, comment ne pas tomber dans l'écueil d'une délégation totale qui ressemble à une soumission à la décision automatique? Qui prendra le risque de déconnecter la machine pour suivre son intuition? Face à l'influence croissante des « architectures du choix » intégrées dans les outils, le philosophe Matthew Crawford voit émerger la figure d'un « moi choisisseur », pour qui le « choix effectué à partir d'un menu d'options se substitue aux formes d'agir adulte capables de prendre les choses à bras-le-corps » (CRAWFORD, 2016 a, Interlude, paragraphe 6). Il y discerne une déférence du libéralisme à l'égard des procédures neutres et consécutivement une politique de l'irresponsabilité. Il lui oppose le concept d'« agir individuel » comme « expérience directe de notre responsabilité à l'égard de notre environnement matériel », condition qu'il estime impérative pour un « travail doté de sens » (2016 b, « Introduction », paragraphe 15). Les vertus facilitatrices de certaines machines intelligentes pourraient alors insidieusement déployer une forme de « paternalisme technologique » (France Stratégie, 2017 : 8) aux multiples visages: alertes, recommandation, rappels à l'ordre, blocage, interdictions. C'est pourquoi Éric Sadin s'inquiète du « pouvoir injonctif » revêtu par l'IA, où « le libre arbitre de notre faculté de jugement et d'action se trouve substitué par des protocoles destinés à infléchir chacun de nos actes » (2018 : 16). Nicholas Carr dénonce en ce sens une domination rampante des machines par l'abêtissement des humains. Contre le « mythe de la substitution » selon lequel à chaque fois que nous faisons appel à « un algorithme pour nous décharger dans notre travail, nous nous émancipons pour viser un objectif plus élevé et qui exige un degré supérieur d'ingéniosité et d'intelligence » (2017 : 71), il constate dans les métiers qui s'automatisent un appauvrissement des tâches cognitives, une déqualification, qui altère la façon d'agir et de penser. La confiance placée dans les programmes est tellement grande que les utilisateurs finissent par ignorer ou écarter d'autres sources d'information, y compris leurs propres sens. Povyakalo (2013) a montré par exemple comment certains oncologues et cardiologues assistés par des logiciels d'aide à la détection d'anomalies sur des mammographies et des radiographies tendent à négliger les zones de l'image qui n'ont pas été mises en évidence, pouvant passer à côté d'éventuelles anomalies. Pour Nicholas Carr, cela révèle combien diminue notre niveau de concentration quand nous ne sommes pas suffisamment incités à interagir avec notre environnement, mais aussi comment nous nous laissons facilement induire en erreur sur la base d'informations qui nous semblent a priori pertinentes. L'Inserm (2018) s'en inquiète: « le risque

que le médecin abdique devant la machine "qui sait mieux que lui" est réel. Il peut être amené à endosser une décision qui n'est pas la sienne et découvrir après coup que la machine s'est trompée. Pour éviter cet écueil, le médecin, seul habilité à porter un diagnostic, doit pouvoir garder son autonomie face à la machine. Il doit être en mesure de comprendre le pourquoi et le comment des décisions affichées, et de les contourner si besoin. ». Le « paternalisme de l'expert », que Philippe Donnou (2019) voit dans le mode relationnel établi entre le médecin-expert, détenteur unique du savoir médical et donc à ce titre en position privilégie et dominante, et l'assuré, dont le sort dépend du contenu de l'expertise, se transformerait alors en paternalisme du système expert: une situation d'emprise technologique, simultanément sur l'activité d'expertise du praticien que sur son résultat, dont dépend l'indemnisation.

**Déshumanisation :** Une IA d'indemnisation des victimes comporte des promesses d'efficacité qui peuvent accélérer le processus d'indemnisation tout en soulageant les professionnels de santé et du droit d'une partie de leur charge de travail. Cela peut cependant conduire à déshumaniser les relations et les décisions en réduisant des problèmes humains à des vérités techniques formulées par des programmes sans débat contradictoire.

# B. Les frontières anthropocentrées: augmentation des décisions, humanisation des relations

### 1. L'éthique, condition d'augmentation des décisions

Avec l'efficacité, l'augmentation est le principal moteur du développement des techniques d'IA. Associé à des machines et des programmes intelligents, l'humain augmenté accéderait à un niveau de performance alors inaccessible. La mission Villani suggère en ce sens « de développer un indice de bonne complémentarité, avec l'ensemble des parties prenantes (syndicats, État, monde de la recherche...) et en produisant des informations et de la documentation, à l'intention des entreprises et des partenaires sociaux » (p. 112). Levy et Murnane (2013) dessinent les contours de cet indice:

- Une délégation croissante à l'IA des compétences techniques et des connaissances associées;
- Des compétences analytiques et de résolution de problèmes renforcés chez l'homme (curiosité intellectuelle, esprit d'initiative),
- Un temps libéré par l'IA qui entraîne un renforcement des aspects relationnels de l'emploi, nécessitant de fortes compétences transversales et interpersonnelles.

La mise en place du *big data* judiciaire, amorcé avec la mise en ligne de quelques centaines de milliers d'arrêts sur des sites publics comme Legifrance ou JuriNet, est devenue réalité avec la loi Lemaire du 7 octobre 2016, et poursuit cette logique d'augmentation des décisions. Elle prévoit l'accès gratuit de tous à l'ensemble des décisions rendues par les cours et tribunaux, soit environ 1,5 million de décisions par an.

« Ces meilleures visibilité et prévisibilité devraient développer le recours par les avocats aux modes alternatifs de règlement des litiges. Les juridictions devraient être déchargées du poids de contentieux pour lesquels la voie judiciaire n'apparaîtra plus la mieux adaptée. Grâce à cet allègement, elles pourront gagner aussi en célérité dans le traitement des affaires. C'est alors l'ensemble du contentieux – de la première instance au pourvoi en cassation – qui pourrait évoluer, permettant à l'autorité judiciaire de se recentrer sur son rôle premier, la protection des libertés individuelles », s'est réjoui le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel (NEUER, 2017).

En médecine, selon le Cnom, l'enjeu actuel consiste « à établir la meilleure alliance possible entre l'humain et la machine » (Docteur + IA), à « augmenter » le potentiel du médecin grâce à l'usage de la technologie. L'intelligence artificielle a en effet la capacité de travailler considérablement plus vite et sur des volumes de données incommensurablement supérieurs, mais sur une tâche bien précise, bien délimitée, alors que le cerveau humain conserve la suprématie quand il s'agit de raisonner, d'analyser son environnement, de communiquer (2018, p. 20). Les techniques d'IA, en retraçant une image précise du patient (Deep Patient), permettraient d'assurer un suivi contextualisé et en temps réel et ainsi d'engager une médecine personnalisée et prédictive, une médecine de précision, adaptée à chaque individu, à toutes les étapes de son parcours de santé, du dépistage et de la prévention au traitement et à l'éducation thérapeutique. Les résultats les plus spectaculaires dans ce domaine proviennent de l'IA numérique, c'est-à-dire du machine ou deep learning, notamment dans le traitement d'images. Cela soulève deux types de limites à l'émergence de la décision augmentée. D'abord, celle-ci dépend de la propreté (absence d'erreur) et de l'annotation (c'est-à-dire classées à partir d'attributs) des données d'apprentissage. Or, la plupart des données médicales n'ont pas été recueillies dans l'objectif que se fixe le concepteur de logiciel. Elles posent donc de nombreux problèmes pour leur exploitation.

En France, par exemple, le système national d'information interrégimes de l'Assurance maladie, qui stocke toutes les prescriptions de médicaments, la description des maladies et les actes hospitaliers, a été créé pour l'analyse économique des prestations de santé et non pour une analyse médicale. Ensuite, « pour être acceptables ou légitimes, voire pour être écartées, car

jugées non pertinentes, les décisions de l'algorithme doivent pouvoir être comprises, donc expliquées » (Inserm, 2018). En matière de justice « il faut, en effet, savoir sur quels critères ils s'appuient, sur combien de décisions ils se fondent, etc. Cela permettra d'avoir une position plus mesurée et de s'en distancier. Car la justice, c'est le contradictoire » estime Ronan Guérlot (Neuer, 2017). L'avantage majeur des approches symboliques est de permettre de tracer le cheminement du raisonnement. Mais, même dans ce cas, le nombre de micro-raisonnements effectués par la machine est tel qu'il n'est pas pensable de tous les afficher. C'est pourquoi des chercheurs travaillent actuellement sur la manière de décrire ces raisonnements « en classes explicites », afin de mettre en avant les décisions les plus importantes: « Seule une bonne compréhension des solutions proposées par l'application peut en effet permettre au médecin de discuter avec son patient et de lui exposer les alternatives possibles » (Inserm, 2018). Les approches numériques s'apparentent en revanche à une boîte noire, incapable de justifier ses décisions: nul ne sait ce que fait l'algorithme. Comment, dès lors, endosser la responsabilité de la décision médicale ou juridique? L'enjeu serait alors de combiner les approches symbolique et numérique, afin de bénéficier à la fois du raisonnement de l'un et des performances de l'autre<sup>7</sup>. On comprend que le chemin de l'augmentation des décisions rejoint de l'éthique, a fortiori dans les domaines à hauts risques.

### 2. Une réhumanisation par réhabilitation des émotions

Le scenario de la réhumanisation des décisions grâce aux techniques de l'IA postule que les utilisateurs, assistés par des IA sur des tâches techniques, vont être en mesure de se recentrer sur des activités plus humaines. Pour la mission Villani, « l'automatisation des tâches et des métiers peut constituer une chance historique de désautomatisation du travail humain: elle permet de développer des capacités proprement humaines (créativité, dextérité manuelle, pensée abstraite, résolution de problèmes) » (2018 : 105). Selon cette perspective, l'IA réhumanise en récupérant les tâches routinières qui auraient fait de l'homme un automate. L'« homme réhumanisé » peut désormais se consacrer à des tâches plus dignes de son humanité, la mission Villani parlant de complémentarité « libératrice » (2018 : 12), qu'elle oppose à l'aliénation. Pour Brian Christian (2011), cette libération doit surtout se faire vis-à-vis de la fétichisation de la pensée analytique et du dénigrement concomitant des aspects animaux de la vie:

En ce début de l'ère de l'intelligence artificielle, nous commençons peut-être enfin à nous recentrer, après avoir vécu pendant des générations en valorisant

<sup>7</sup> Cette intelligence artificielle «hybride» constitue le cœur des recherches de l'Artificial and Natural Intelligence Toulouse Institute (ANITI), l'un des quatre instituts interdisciplinaires de l'IA français (3IA) fondés à l'issue du rapport Villani.

le côté logique, celui de l'hémisphère gauche [...]. Le retour à une vision plus équilibrée du cerveau et de l'esprit – et de l'identité humaine – me paraît être une bonne chose, qui entraîne un changement de point de vue sur la sophistication de diverses tâches.

Pour le Cnom, les techniques d'IA réorganiseraient ainsi les pratiques médicales autour du patient (aide au diagnostic, appui à la construction d'une thérapie, suivi évolutif), valorisant les compétences d'orientation, de coordination, d'explication et d'accompagnement « plus résilientes » (tandis que les spécialités basées sur l'analyse de signaux et d'imagerie médicales seraient plus impactées): « Le médecin doit se souvenir qu'il soigne une personne qui est malade et qu'il ne combat pas seulement la maladie dont un individu serait atteint. Beaucoup d'études montrent les effets positifs de l'empathie des médecins sur leurs patients » (p. 31-32). Il en découlerait une revalorisation de la place des émotions dans l'intellect: « Elles sont essentielles pour les êtres humains, indispensables à la survie. Elles donnent des signaux, perceptibles dans le corps, qu'un besoin est satisfait ou non », soutient la roboticienne Laurence Devillers (2017 : 153). Contre la doxa cartésienne, le neurologue Antonio Damasio (1995) défend que les émotions nourrissent la raison via des « marqueurs somatiques »: « lorsque vous visualisez dans votre esprit, même fugitivement, la conséquence néfaste d'une réponse que vous pourriez choisir, vous ressentez une sensation déplaisante au niveau du ventre », un signal « qui oblige à faire attention au résultat néfaste que peut entraîner une action », (p. 225). Le cerveau a donc pour caractéristique de permettre d'anticiper l'avenir et de former des plans d'action, ceci en s'appuyant sur l'orchestration fine de l'émotion. Le Cnom acquiesce: « il est maintenant reconnu que c'est une erreur de chercher à éliminer les émotions du cursus médical. Il faut, au contraire, apprendre à les apprivoiser, à savoir les canaliser » (2018 : 32).

La philosophe américaine Martha Nussbaum rétablit tout autant l'importance des émotions dans la justice. On demande certes au jury de Californie de prendre garde « à ne pas être influencé par de simples sentiments, par des conjonctures, la sympathie, la passion, le préjugé, l'opinion publique ou le sentiment public », laissant entendre que sa décision doit écarter totalement l'émotion. Mais, selon elle, les émotions ne sont pas irrationnelles au sens où elles seraient coupées de la cognition et du jugement. Cantonner le droit à une discipline scientifique revient à oublier sa vocation humaniste: les qualités exigées du juge sont les qualités propres au raisonnement pratique, tel qu'il est compris dans les humanités. La dimension cognitive des émotions a même dominé la tradition du droit pénal, qui examine par exemple le caractère approprié d'un fait de violence commis par peur ou reconnaît la colère intégrée au caractère d'une personne raisonnable. La capacité à imaginer l'effet ressenti par chacune des personnes concernées par une situation est une faculté

morale essentielle: les émotions font partie de l'équipement grâce auquel nous prenons conscience de ce qui se passe. Ainsi, pour Matthieu Boissavy, avocat aux barreaux de Paris et de New York.

L'émotion, cette part sensible de notre humanité, pèse autant, si ce n'est plus, dans nos prises de décision que notre intellect et notre capacité à raisonner par la logique. En sortant de notre condition purement animale, nous avons développé une capacité à réfléchir et à contrôler nos pulsions, mais un humain qui ne serait que pur esprit, presque sans corps, donc sans ressentir aucune émotion, serait déjà à l'autre frontière de l'humanité. À l'heure où l'intelligence artificielle s'invite dans la gestion des litiges, où l'on imagine que des robots et des algorithmes pourraient disposer, avec la jurisdictio, de nos différends, il est urgent de comprendre comment les émotions nous influencent et combien leur compréhension et leur maîtrise sont importantes pour conserver une justice humaine (Dugour, 2019, p. 10).

D'ailleurs, selon Moor, l'IA est fondamentalement limitée en matière de justice : « programmer un ordinateur à se comporter de manière éthique est beaucoup plus difficile que de programmer un ordinateur à jouer aux échecs comme un champion mondial », car « les échecs constituent un domaine simple où les mouvements autorisés sont bien définis », tandis que « l'éthique englobe un domaine complexe où certains mouvements souhaitables sont mal définis » (2011, p. 19). La connaissance de principes moraux complexes est nécessaire, mais non suffisante. Elle doit être complétée par l'aptitude à reconnaître et évaluer un large éventail de faits concernant les êtres humains, d'autres êtres sensibles et leur environnement. Comme le souligne le COMETS, « il ne semble guère probable qu'une machine dépourvue de sentiments comme l'empathie (qui est importante pour évaluer les avantages et dommages physiques et psychologiques possibles) réussisse à traiter la diversité des faits et des choix moralement pertinents » (2017, p. 52).

**Réhumanisation:** Le surcroît de technicisation amenée par l'IA devra être compensé par un réengagement de l'humain. Cela implique de penser la complémentarité humain-IA et consécutivement d'assurer une parfaite compréhension du raisonnement de l'IA par l'humain. Cela appelle également une réhabilitation, une meilleure compréhension et utilisation des émotions dans la décision humaine, la distinguant fondamentalement de la machine.

#### CONCLUSION

### A. Entre miracles et frayeurs, une réflexivité à engager

La question de l'intégration de techniques d'intelligence artificielle dans le processus d'indemnisation des victimes illustre à la fois le climat d'inquiétude stratégique entre les différents acteurs et d'inquiétude technologique qui accompagne le *momentum* actuel de l'IA. Dans la santé, la justice, comme dans tous ses domaines d'applications, l'intelligence artificielle est pharmacologique, elle est à la fois remède et poison, cristallisant la forme contemporaine la plus aboutie de l'imaginaire technologique des sociétés modernes. Le sociologue Victor Scardigli (1989), a établi une typologie en sept couples de « miracles ou frayeurs » pour décrypter les imaginaires technologiques que l'on peut reprendre pour synthétiser notre réflexion.

# Miracles et frayeurs d'une IA d'indemnisation des victimes d'accident corporel

	Miracles	Frayeurs	
Pouvoir	Médecins et juristes libérés de tâches contraignantes « Enca- pacitation » de la victime, plus autonome face aux experts	Paternalisme technologique, asservissement à la décision automatique	
Savoir	Augmentation de la décision humaine	Déqualification des profes- sionnels de santé et du droit par domination passive de l'IA	
Mémoire	Mémorisation intelligente de milliards de données	Reproduction des choix pas- sés fixés dans les données	
Justice sociale	Juste indemnisation fondée sur une IA morale et digne de confiance coconstruite et auditée Personnalisation de l'indem- nisation par la dataïsation	Renforcement d'une logique de marché, IA monopolisée par des groupes d'intérêt Barèmisation de l'indem- nisation par traitement de « victimes standards »	
Lien social	Renforcement de la dimen- sion relationnelle du proces- sus d'indemnisation	Renforcement de la dimen- sion technique du processus d'indemnisation	
Prospérité économique	Développement inclusif des techniques d'IA au bénéfice du bien commun	Développement exclusif des techniques d'IA au bénéfice des acteurs économiques	
Espace/temps	Réduction des délais d'indem- nisation par l'augmentation des décisions Homogénéisation territoriale du droit	Perte de précision et d'appro- fondissement des prises en charge Droit aterritorial déconnecté des contextes sociaux	

Dans ce texte, nous avons d'abord proposé un programme exigeant envers l'IA et nécessaire pour les acteurs du processus d'indemnisation, puis des principes de socialisation des usages circonscrits par des frontières techniques et anthropologiques. Quelles que soient les réponses que le collectif d'établissement de l'indemnisation apportera, le temps du questionnement ouvre des champs extraordinaires de richesse: Quels principes éthiques communs? Comment les établir collectivement? Qu'est-ce qui relève de la technique et de l'humain dans les décisions? Quelle place accorder aux émotions? Pour l'informaticien Jean-Gabriel Ganascia, « ce qui est passionnant, c'est qu'on se repose des questions très anciennes dans des termes très nouveaux » (DESMICHELLE, 2018). Le momentum technologique de l'IA agit comme un miroir. Selon Philippe Breton, ce mécanisme se répète d'ailleurs à chaque fois que l'humain tente de se représenter dans ses créations: « Là sans doute réside leur véritable signification, car, à travers elles, l'homme se contemple et tente de discerner les contours exacts de son humanité » (1995 : 68). Les créatures artificielles constituent en ce sens une « interrogation de l'homme sur lui-même » (p. 79). L'augmentation apportée par l'intelligence artificielle serait alors moins à chercher dans la technicité qu'elle apporte que dans la réflexivité qu'elle convoque. Le collectif d'établissement de l'indemnisation des victimes aurait tort de s'en priver.

#### **BIBLIOGRAPHIE**

Anderson (Michael), Anderson (Susan Leigh), «General introduction», in Anderson (Michael), Anderson (Susan Leigh), dir., *Machine Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 1-4.

ASIMOV (Isaac), Le cycle des robots, Paris, J'ai lu, 1962.

Bachelard (Gaston), *Les intuitions atomistiques : essai de classification*, Paris, Boivin, 1933.

BARRAUD (Boris), « Les intelligences artificielles du droit », in BARRAUD (Boris), dir., L'intelligence artificielle dans toutes ses dimensions, Paris, L'Harmattan, 2020.

BONNEFON (Jean-François), *La voiture qui en savait trop*, Paris, Humensciences, 2019.

BONNEMAINS (Vincent), et al., « Machines autonomes "éthiques": questions techniques et éthiques », Revue française d'éthique appliquée, ERES, 2018, « Un monde d'automatisation? Pour un débat intelligent sur la machine éthique », 5, p. 34-46: hal-01849161.

Breton (Philippe), À l'image de l'Homme. Du Golem aux créatures virtuelles, Paris, Seuil, 1995.

Bronner (Gérald), *L'empire de l'erreur. Éléments de sociologie cognitive*, Paris, PUF, 2007.

Brynjolfsson (Erik) et Mc Afee (Andrew), *Le second âge de la machine*, Paris, O. Jacob, 2015.

CARR (Nicholas), Remplacer l'humain. Critique de l'automatisation de la société, Paris, L'Échappée, 2017.

CERNA Collectif, Éthique de la recherche en apprentissage machine, Rapport de recherche, Allistene, 2017.

CNIL, Comment permettre à l'homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, rapport, 2017.

COMETS, Rapport de la COMETS sur l'éthique de la robotique, 2017.

CHRISTIAN (B.), « Le grand tournoi de l'ordinateur le plus humain », *Books*, 2016, paru dans *The Atlantic*, 2011.

CNOM, Médecins et patients dans le monde des datas, des algorithmes et l'Intelligence artificielle, 2018.

Commission européenne, *Livre Blanc. Intelligence artificielle. Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance*, Bruxelles, 2020.

COUSIN (Clément), « Les nomenclatures des préjudices corporels: comment ressusciter l'esprit du rapport Dintilhac. Propositions pour une évolution de la nomenclature des postes de préjudices à partir d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 juin 2016 », *Revue Lamy Droit civil*, Wolters Kluwer France, Les Éditions Lamy, 2017, p. 18: halshs-02128462.

CRAWFORD (Matthew.) Contact. Pourquoi nous avons perdu le monde, et comment le retrouver?, Paris, La Découverte, 2016a.

CRAWFORD (Matthew.), Éloge du carburateur, Paris, La Découverte, 2016b.

DAMASIO (Antonio), L'erreur de Descartes, Paris, O. Jacob, 1995.

DESMICHELLE (S.), « Jean-Gabriel Ganascia: L'intelligence artificielle va transformer les valeurs humaines », *Le Nouveau magazine Littéraire*, 5 avril 2018.

DE DEVILLERS (Laurence.), Des robots et des hommes, Paris, Plon, 2017.

DONNOU (Philippe), « Des obligations éthiques en expertise médicale. De l'altérité de l'expertisé et de la différence du contradicteur », *Revue générale de droit médical*, n° 71, 2019, p. 149-165.

DUFOUR (O.), « La gestion des émotions est un outil essentiel pour résoudre et apaiser les conflits. Entretien avec Latthieu Boissavy, avocat aux barreaux de Paris et de New York », *La Gazette du Palais*, 25 juin 2019.

France IA, Rapport de synthèse « France intelligence artificielle », ministère de l'Économie et des Finances, 2017.

FRIEND (Tad), « Intelligence artificielle: nous avons convoqué le diable », *Books*, n° 94, 2019.

GANASCIA (Jean-Gabriel), Intelligence Artificielle. Vers une domination programmée (Idées reçues), Paris, Seuil, 2017.

GROSSETTI (Michel), Sociologie de l'imprévisible. Dynamiques de l'activité et des formes sociales, Paris, PUF, 2004.

Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle, « Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance », 2018.

HATCHUEL (Armand), « Fondements des savoirs et légitimité des règles », in REYNAUD (Bénédicte), dir., Les limites de la rationalité, T2, Les figures du collectif, Paris, La Découverte, 1997, p. 183-209.

HINDI (Rand) et JANIN (Lionel), dir., « Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle. Annexe I: L'intelligence artificielle en quête d'acceptabilité et de confort », France Stratégie et CNNum, 2016.

HOFF (T.), « Deskilling and Adaptation among Primary Care Physicians Using Two Work Innovation », *Health Care Management Review*, vol. 36, n° 4, 2011, p. 338-348.

Inserm, Intelligence artificielle et santé. Des algorithmes au service de la médecine, 2018.

Le Journal du Dimanche (JDD), « Intelligence artificielle: la révolution a déjà commencé », 4 avril 2019, [en ligne], https://www.lejdd.fr/economie/lintelligence-artificielle-une-revolution-et-des-questions-3464288

Jean (Aurélie), *De l'autre côté de la Machine*, Paris, Éditions de l'Observatoire, 2019.

LECHOPIER (Nicolas), « L'éthique embarquée: faut-il un éthicien dans une équipe de recherche en santé publique? » Éthique et Santé, Elsevier, 2015, 12 (2), p. 124-129: 10.1016/j.etiqe.2014.12.003.hal01100231v2

LELEUX (Claudine), Réflexions d'un professeur de morale, Recueil d'articles 1993-1994, Bruxelles, Démopédie, 1997.

LEVY (Franck) et MURNANE (Richard), « Dancing with robots Human skills for Computerized Work », Third Way, 2013.

MOOR (James H.), «The nature, importance, and difficulty of machine ethics », *in* Anderson (Michael), Anderson (Susan Leigh), dir., *Machine Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 13-20.

NEUER (Laurence), « Les magistrats n'ont pas à rougir des décisions qu'ils rendent », *Le Point*, 21 mars 2017.

NICOURT (Bernard), « L'éthique en expertise », Revue française du dommage corporel, avril 1993, p. 77-78.

Nussbaum (Martha), L'Art d'être juste, Paris, Climats, 2015.

O'Neil (Cathy), Algorithmes: la bombe à retardement, Paris, Les Arènes, 2018.

POVYAKALO (Andrey A.) *et al.*, « How to Discriminate between Computer-Aided and Computer-Hindered Decisions: A case Study in Mamography », *Medical Decisions Making*, 33, n° 1, janvier 2013, p. 98-107.

SADIN (Éric), L'intelligence artificielle ou l'enjeu du siècle. Anatomie d'un antihumanisme radical, Paris, L'Échappée, 2018.

SCARDIGLI (Victor), « Nouvelles technologies: l'imaginaire du progrès », in Gras (Alain) et Poirot-Delpech (Sophie), dir., *L'imaginaire des techniques de pointe. Au doigt et à l'œil*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 97-114.

SUPIOT (Alain), « La gouvernance par les nombres », Cours au Collège de France (2012-2014), Paris, Fayard, 2015.

DE TERSSAC (Gilbert), « Le travail de conception: de quoi parle-t-on? », in DE TERSSAC (Gilbert), FRIEDBERG (Erhard), dir., Coopération et Conception, Toulouse, Octarès, 2002, p. 1-22.

VILLANI (Cédric), dir., *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, rapport mission parlementaire, 2018.

VINCK (Dominique), « Les objets intermédiaires dans les réseaux de coopération scientifique. Contribution à la prise en compte des objets dans les dynamiques sociales », *Revue française de sociologie*, 40 (2), 1999, p. 385-414.

ZACKLAD (Manuel), « Intelligence artificielle: représentations et impacts sociétaux », CNAM, 2017.

**PARTIE III** 

## PERSPECTIVES MÉDICO-LÉGALES ET JURIDIQUES

# L'esprit de la loi ou l'évaluation médico-légale à l'épreuve du débat contradictoire

### Éric PÉAN

Médecin expert à Bordeaux, Secrétaire général ANAMEVA

### I. UNE INDEMNISATION INDIVIDUALISÉE ET INTÉGRALE

L'évaluation du dommage corporel par une expertise médicale a pour finalité de renseigner les juristes (avocat, régleur ou magistrat) qui détermineront ainsi le montant de l'indemnisation.

Autant l'expert judiciaire que les médecins-conseils (de l'assureur ou de la victime), doivent maîtriser la technique médico-légale et veiller, dans le cadre de leurs obligations déontologiques, à une évaluation exhaustive et objective, seule de nature à garantir le principe établi d'une réparation intégrale.

L'objectif légitime et consacré de cette réparation intégrale se heurte aux limites de la connaissance médicale qui ne permet pas toujours d'effacer les conséquences d'un traumatisme, échouant ainsi à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de l'accident.

La recherche de la plus juste indemnisation a depuis longtemps guidé le législateur en particulier lors de la rédaction de la loi Badinter.

Les outils normatifs, comme la nomenclature Dintilhac participent largement à l'encadrement du processus indemnitaire.

C'est au médecin qu'il est demandé d'évaluer le dommage corporel, traditionnellement attribué au médecin légiste, pour mesurer une atteinte séquellaire physique ou psychique. Les pionniers de cette discipline se nomment Muller, Cordonnier ou encore Derobert ou plus récemment Rousseau.

Les postes de préjudice se sont précisés, étoffés ou différenciés au fur et à mesure que les acteurs de l'indemnisation s'impliquaient dans une matière aux enjeux financiers significatifs pour les deux parties.

La compensation pécuniaire tente de restaurer ce que l'accident a détruit ou déstabilisé temporairement ou définitivement.

L'indemnisation financière ne peut cependant répondre à l'intégralité des aspirations de la victime souvent blessée, au-delà de son corps, dans sa dignité, son psychisme, son insertion familiale, sociale ou professionnelle ou plus largement dans son altérité.

Les conséquences professionnelles tardives, comme l'évolution des besoins en aide humaine, sont parfois mal estimées quand elles s'expriment après une consolidation. Ce sont alors un projet de réinsertion professionnelle ou une assistance dans la vie quotidienne qui ne peuvent être assurés.

Autant la durée participe aux objectifs du procès pénal, comme l'envisage dans cet ouvrage Y. Ferguson, autant le processus d'évaluation médico-légale, dont le terme, par définition, ne peut être préalable à la consolidation, participe à la réintégration de la victime dans la société.

La reconnaissance du statut de victime, à laquelle contribue le processus d'évaluation par le temps de l'expertise, impose l'écoute et la transcription des doléances, voire des griefs, dans le rapport d'expertise.

L'acte d'expertise n'est pas un acte de soin, mais reste un acte médical dont rappeler qu'il doit être empreint d'humanité serait un euphémisme.

Si la prévention primaire vise à éviter l'accident, la prévention secondaire a pour but d'en limiter les conséquences initiales, la prévention tertiaire ambitionne une réadaptation socioprofessionnelle optimale. La réparation financière s'inscrit dans ce dernier processus et participe à limiter les conséquences économiques de l'accident.

Les mécanismes d'indemnisation procèdent essentiellement d'une réparation en espèces.

La réparation en nature s'avère plus complexe à mettre en œuvre et se heurte déjà au projet de vie du blessé, le plus souvent insuffisamment élaboré au stade de la consolidation.

Pour autant, la possibilité pour la victime de disposer librement des fonds qu'elle a perçus constitue un principe essentiel qui ne saurait être contesté sauf à réduire ses droits fondamentaux.

La nomenclature Dintilhac a consacré la différenciation préjudices patrimoniaux/préjudices extrapatrimoniaux.

Les premiers s'entendent dans une dimension purement économique, alors que les seconds visent le caractère personnel ou moral.

Ces deux types de préjudices, considérés chacun dans la période qui précède ou qui suit la consolidation, donneront lieu à des débats dès l'expertise médicale,

puis lors du calcul de l'indemnisation au moment du règlement du dossier, entre le régleur et le conseil de la victime.

En effet, dès le stade de l'évaluation, l'enjeu financier s'immisce dans la réflexion, au risque d'occulter ce que devraient être les objectifs prioritaires du médecin expert: permettre à la victime de se reconstruire, l'accompagner dans sa résilience en évaluant au-delà des conséquences attendues celles qui lui sont propres.

La tentation est grande de comparer l'état de la victime aux conséquences habituellement constatées suite aux lésions initiales.

Cependant, seule une analyse individualisée permet de garantir à la victime une appréciation des préjudices qui lui sont propres et pas uniquement des conséquences attendues après lecture du certificat médical initial.

Le principe d'une réparation intégrale impose cette démarche personnalisée qui s'inscrit clairement dans les règles déontologiques.

L'article R. 4127-7 du code de déontologie médicale rappelle que le médecin doit apporter son concours à toutes personnes quel que soit en particulier leur handicap ou leur état de santé.

Le serment d'Hippocrate précise: « mon premier souci sera de rétablir, de préserver, ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux... »

La déclaration de Genève du 14 octobre 2018 mentionne dans « le serment du médecin »: « Je partagerai mes connaissances médicales au bénéfice du patient... »

L'appréciation des conséquences d'un traumatisme sur la santé d'un individu donné impose l'intervention d'un médecin évaluateur pour que soit, *in fine*, respecté le principe d'une réparation personnalisée et intégrale.

#### II. LA DISCUSSION MÉDICO-LÉGALE

Le raisonnement médico-légal fait appel à la notion d'imputabilité. Il s'agit de déterminer le lien de causalité direct et certain entre le fait générateur et le dommage.

L'imputabilité s'est affranchie du terme « exclusif » qui s'additionnait préalablement aux qualificatifs « direct et certain ».

La charge de la preuve de ce lien de causalité repose sur les épaules de la victime, qui est parfois bien en peine pour se procurer les documents nécessaires pour l'établir, concernant les constatations initiales ou l'évaluation médicale.

Il appartient au médecin évaluateur de se prononcer en particulier sur la certitude diagnostique, qui est un des critères d'imputabilité.

Il existe de nombreuses situations où les doléances de la victime, en particulier celles concernant des manifestations douloureuses, sont difficiles à rapporter à des lésions anatomiques ou sont impossibles à expliquer par un mécanisme physiopathologique connu.

La similitude des symptômes exprimés par les victimes interroge le médecin sur les limites de sa connaissance.

Les traumatismes du rachis cervical, fréquents dans les accidents de la voie publique avec choc arrière, qui aboutissent régulièrement à l'expression d'un cortège de signes fonctionnels (vertiges, céphalées, acouphènes, etc.), illustrent parfaitement cette difficulté.

Des hypothèses scientifiques existent pour expliquer ce syndrome parfaitement connu, mais, en l'absence de démonstration d'un mécanisme lésionnel, sa reconnaissance médico-légale n'est pas constante.

Les traumatismes crâniens, avant l'avènement de l'IRM qui permet d'en objectiver parfois certains stigmates (visibilité des séquelles de microsaignements), faisaient l'objet d'une même approche.

Aujourd'hui encore, le déficit fonctionnel traduisant les mêmes séquelles neurocognitives se trouve mieux pris en compte lorsque des lésions sont constatées sur l'IRM, au stade séquellaire, que dans l'hypothèse inverse.

Pourtant, la compétence, l'expérience et l'objectivité de l'expert lui permettent de se prononcer en faveur d'un lien de causalité probable quand il ne dispose pas d'une preuve, mais d'indices suffisants pour forger son intime conviction.

L'éthique de l'expert, comme son indépendance, trouve dans cette circonstance l'une des meilleures occasions pour s'exprimer.

L'exemple de la certitude diagnostique, en tant que critère d'imputabilité, illustre les difficultés auxquelles se trouve confrontée la victime pour faire reconnaître ses préjudices et que soit prise en compte sa situation singulière.

#### III. L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

Y. Ferguson et J.-M. Rodriguez développent dans cet ouvrage les principes de l'intelligence artificielle et son application dans l'indemnisation du dommage corporel.

Comment les victimes et leurs conseils vont-ils s'assurer du respect des règles, des exigences légales obligatoires? Y. Ferguson pose ainsi à juste titre la question qui inquiète.

Il rappelle que les outils sont des éléments facilitants, ce qui les rend séduisants. S'ils sont pratiques, ils sont utilisés.

L'intelligence artificielle présente toutes ces qualités et il ne fait nul doute que son usage va s'étendre à l'évaluation du dommage corporel.

Le décret du 27 mars 2020<sup>1</sup> prévoit la création de la base de données « Datajust » qui a pour finalité de développer un algorithme visant en particulier l'élaboration d'un référentiel d'indemnisation des préjudices corporels.

L'intelligence artificielle s'invite dans l'indemnisation du dommage corporel, par la grande porte, celle de la voie réglementaire.

Le texte prévoit que l'algorithme intègre en particulier les évaluations proposées dans le cadre de procédures de règlement amiable.

La grande majorité des évaluations ont lieu sans que la victime soit assistée. Ainsi, les conclusions médico-légales établies sans débat, par le seul médecin mandaté par la compagnie d'assurances, seraient intégrées dans le calcul, ce qui générerait immanquablement un biais.

J. Bourdoiseau², qui souligne à propos de ce décret qu'« il n'est jamais de norme neutre aussi prétendument inspiratoire soit-elle... », rappelle aussi que « Les évaluations proposées dans le cadre de procédure de règlement amiable des litiges [...] sont d'ordinaire moindres que les dommages et intérêts alloués par les juridictions. »

À condition que le choix de l'algorithme résulte d'un accord entre acteurs de l'évaluation, l'automatisation pourrait pourtant laisser espérer un gain en efficacité et en neutralité.

Cependant, nous connaissons en médecine, comme dans l'aéronautique, les limites de l'automatisation, qui ne dispense pas d'une vigilance de tous les instants. Il est même des alarmes que l'on n'entend plus, dans une salle de soins comme dans un cockpit.

Garantir l'individualisation de l'évaluation médico-légale, pari risqué, impose que l'intelligence artificielle ne soit qu'un outil parmi d'autres au service et sous le contrôle de l'expert. La tentation d'un copier-coller serait grande pour fixer des préjudices communs entre deux victimes qui auraient subi les mêmes lésions initiales.

<sup>1</sup> JORF n° 0077 du 29 mars 2020, décret n° 2020-356-du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Datajust »

<sup>2 «</sup> Datajust ou la réforme du droit de la responsabilité civile à la découpe? » J. Bouedoiseau, doyen de la faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de Tours. *La lettre juridique* n° 821 du 23 avril 2020, Responsabilité/Lexbase

L'intelligence artificielle s'inscrit cependant dans le sens de l'histoire, même si le décret du 27 mars 2020 fait l'objet d'un recours justifié, tant ses contours sont imprécis.

Déjà, le projet de réforme du droit de la responsabilité civile en 2017<sup>3</sup> prévoyait, dans un souci d'uniformisation des modalités de réparation du dommage corporel:

- une nomenclature non limitative des préjudices,
- une base de données jurisprudentielle,
- un référentiel d'indemnisation indicatif.

Ce texte proposait d'étendre et d'améliorer la loi Badinter, en particulier en permettant l'indemnisation du conducteur victime, s'inscrivant clairement dans une politique en faveur des victimes.

L'intention d'un référentiel d'indemnisation est louable, puisque le projet de loi de 2017 vise à « [...] assurer l'égalité de traitement entre les victimes... », à appliquer des « [...] règles uniques [...] aux décisions des juridictions judiciaires aussi bien qu'administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le responsable ».

Y. Ferguson nous rappelle dans le présent ouvrage que l'intelligence artificielle peut être instrumentalisée, mais qu'elle peut aussi « constituer une opportunité pour établir une éthique de la discussion entre les acteurs... ».

Il convient ici de citer le référentiel d'indemnisation Mornet. Sous l'impulsion de B. Mornet, est né un référentiel proposant des fourchettes d'indemnisation et visant à harmoniser les sommes allouées par les différentes cours d'appel. Cet outil, destiné initialement aux magistrats, s'est rapidement imposé et sa version 2018, reconnue pour sa simplicité et sa sécurité, fait l'objet d'un large usage par l'ensemble des professionnels du secteur.

Pour autant, ce référentiel peut faire l'objet de critiques, soupçonné de violer le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice en ne respectant pas l'exigence d'individualisation de l'indemnisation.

C. Cousin<sup>4</sup> mentionnait la critique de la taylorisation de la justice, portée par les conseils de victimes, qui préconisaient un retour à la jurisprudence en s'aidant d'une base de données.

C'est de cette base de données dont il s'agit maintenant et dont C. Cousin écrit « assez paradoxalement, le référentiel, de par sa concision, sera peut-être plus

<sup>3</sup> Dossier de presse, projet de réforme du droit de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 par J.-J. Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice.

<sup>4</sup>Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données. Clément Cousin, docteur en Droit, version du 30 mars 2017.

à même de laisser le juge dans ce vague lui permettant de se faire une idée individualisée du dossier... »

L'évaluation médico-légale individualisée et qualitative occupera demain une place d'autant plus importante que seront automatisés les référentiels d'indemnisation.

Il appartient aux conseils des victimes d'être vigilants sur le choix des outils permettant d'établir l'évaluation médico-légale, puis le montant de l'indemnisation, de participer à leur conception et à leur développement, afin que soit garantie une appréciation personnalisée des dommages et de leur réparation.

### IV. LA CRÉATION DE L'ANADOC

Les principes déontologiques que nous rappelions plus haut nous permettent d'énoncer qu'il n'existe aucune place pour des intérêts divergents entre les médecins-conseils des assureurs et ceux des victimes.

Pour autant, au fil des années, surgissent des difficultés croissantes pour parvenir à des consensus et signer des rapports amiables et contradictoires.

L'explication ne peut se trouver que dans une approche médico-légale divergente de la part des médecins des deux parties.

La formation médico-légale, initialement confiée à la médecine légale universitaire, se trouve concurrencée par le diplôme dispensé par l'AREDOC: le CAPEDOC, Certificat d'aptitude à l'expertise du dommage corporel.

Le Certificat d'aptitude à l'expertise du dommage corporel a pour objectif de transmettre aux nouvelles générations d'experts, outre des connaissances théoriques de haut niveau, un « savoir-faire » leur permettant d'exercer ce « métier » particulier qu'est l'évaluation médico-légale du dommage corporel, dans les meilleures conditions de fiabilité<sup>5</sup>.

Il est certainement regrettable que la formation initiale échappe au secteur universitaire pour dépendre d'un organisme émanant des assureurs et réassureurs, fut-il parfaitement organisé, documenté et efficient.

L'AREDOC occupe aujourd'hui cette place privilégiée dans le champ doctrinal en particulier à cause de l'incapacité dans laquelle se sont trouvés jusque-là autant les médecins-conseils que les avocats de victimes de faire entendre la voix de celles et ceux qu'ils assistent.

<sup>5</sup> https://www.aredoc.com/index.php/formation/titre-de-la-formation-2-2/

Il est nécessaire que leur expérience soit mise au service de la réflexion commune sur la nécessaire évolution de la matière médico-légale et du droit de l'indemnisation.

Les médecins-conseils des compagnies d'assurances sont le plus souvent sincèrement convaincus de leur impartialité et de la justesse de leur raisonnement médico-légal.

Forts de la doctrine médico-légale qui est dispensée par la formation continue dont ils bénéficient, ils s'extraient de la jurisprudence pour appliquer avec une rigueur imparable des règles qui ne trouvent leur légitimité que dans l'insuffisance de la contradiction qui pourrait leur être opposée.

En effet, les consignes dispensées par l'AREDOC n'ont qu'un caractère normatif et doivent s'interpréter comme des outils au service de l'évaluation médico-légale (exemple: mission AREDOC, classes de gêne temporaire partielle, etc.).

Il s'agit là de la *soft law*, qui permet à la justice d'appuyer ses décisions sur des outils sans leur reconnaître pour autant valeur réglementaire.

La jurisprudence entre régulièrement en contradiction avec la doctrine diffusée par l'AREDOC, par exemple pour l'état antérieur révélé par le fait accidentel, dont la Cour de cassation rappelle de manière constante qu'il doit être intégralement indemnisé.

En effet, si l'on peut admettre que la causalité juridique se distingue de l'imputabilité médico-légale, il n'en est pas moins nécessaire que le rapport d'expertise éclaire l'expression clinique préalable à l'accident et évalue l'intégralité du préjudice sauf à priver la victime de son droit à une indemnisation intégrale.

Ce sont souvent des raisonnements divergents qui génèrent l'incapacité dans laquelle se trouvent le médecin-conseil de la compagnie d'assurances et celui de la victime de s'entendre sur une évaluation médico-légale commune.

La présence du médecin-conseil et de l'avocat de la victime, aux côtés de cette dernière, dès le début du processus d'évaluation médico-légale, ne doit pas être envisagée dans un objectif inflationniste, mais seulement dans celui d'un éclairage complet de tous les postes de préjudices.

Le principe assurantiel, basé sur la mutualisation du risque, impose une économie de l'indemnisation et renvoie ses acteurs à leur responsabilité. Pour autant, s'il convient de veiller au traitement égalitaire des victimes, il n'existe aucune justification pour réduire le montant global de l'indemnisation qui mérite seulement d'être ajusté au niveau de sinistralité.

La démarche d'assistance des victimes vise un éclairage de l'ensemble des conséquences de l'accident pour que s'instaure un débat constructif et que puisse s'élaborer un consensus de nature à éviter le recours à une procédure judiciaire.

Le rôle des conseils s'étend également à l'instruction du dossier pour aider le blessé à apporter la preuve de son préjudice.

Le médecin-conseil de l'assurance a souvent tendance à instruire à charge, en recherchant par tous moyens un état antérieur susceptible, ou pas, d'interférer avec les conséquences de l'accident. Il réclamera alors, encouragé par son mandant, le dossier médical du médecin traitant, celui de la médecine du travail, voire celui de la caisse de Sécurité sociale.

Il convient en effet de veiller à la sincérité des déclarations du blessé, ce qui interroge l'éthique de ses conseils. Cependant, ce contrôle de sincérité justifie-t-il une démarche inquisitoire, au mépris du respect de l'intimité de la victime?

La connaissance d'antécédents qui ne seront pas influencés par les conséquences de l'accident ou l'examen des photographies prises à son insu par un détective privé missionné sont-ils indispensables à la gestion du risque de fraudes?

La loi Badinter du 5 juillet 1985, qui a révolutionné l'indemnisation des accidents de la voie publique, a provoqué à l'époque une vive inquiétude de la part des assureurs. L'histoire retiendra cependant une avancée majeure pour les victimes sans pour autant que le modèle de l'assurance privée ou celui des mutuelles en ait été remis en cause par l'impact économique généré.

Comme le rappellent plus haut M<sup>es</sup> L'Hostis et Janvier, la victime représente la partie la plus faible face aux compagnies d'assurances et la loi Badinter impose à l'assureur d'informer la victime qu'elle peut à son libre choix se faire assister d'un avocat et, en cas d'examen médical, d'un médecin.

Ainsi, et au fil des années, les conseils des victimes ont pu constater l'aggravation des difficultés pour qu'apparaisse l'intégralité des postes de préjudices dans le rapport d'expertise, pour que soient détaillés des répercussions professionnelles ou des besoins en aide humaine, pour qu'une vulnérabilité ne soit pas considérée comme un état antérieur ou encore qu'un dommage esthétique temporaire, lui aussi consacré par la jurisprudence, ne soit pas balayé d'un revers de plume.

À la veille du tournant historique que nous pressentons, parfaitement décrit dans cet ouvrage par J.-M. Rodriguez et Y. Ferguson, à l'heure où les nouvelles technologies s'imposeront dans la mécanisation de l'évaluation et de l'indemnisation du dommage corporel, la responsabilité morale du médecin

évaluateur l'oblige plus que jamais, quel que soit son mandant (assureur, magistrat ou victime) à veiller au rétablissement de la dimension sociale de la santé du blessé.

La connaissance médico-légale impose au médecin évaluateur d'informer la victime de sa mission et des questions auxquelles il devra répondre. Le code de déontologie rappelle dans son article R.4127-108 ce devoir d'information pour l'expert<sup>6</sup>.

Il n'existe pas une mission Badinter, mais des missions:

- celles confiées à l'expert judiciaire par le magistrat : « mission générale d'expertise », « mission simplifiée », « mission pour les handicapés graves<sup>7</sup> »,
- celle confiée à son médecin-conseil par l'assureur: « mission d'expertise 2009, mise à jour en 2014 », dite mission AREDOC. Ce document est assorti de commentaires à l'intention du médecin évaluateur.

Toute mission d'expertise devrait avoir pour finalité que soit abordé l'ensemble des composantes du préjudice reconnues par la jurisprudence et décrites dans la nomenclature Dintilhac.

Pourtant, il semble qu'un espace reste ouvert pour l'interprétation de ce que serait la « Mission Dintilhac », comme nous le constatons à la lumière des deux exemples suivants:

 quand la nomenclature Dintilhac énonce au sujet du préjudice esthétique temporaire:

Il a été observé que, durant la maladie traumatique, la victime subissait bien souvent des atteintes physiques, voire une altération de son apparence physique, certes temporaire, mais aux conséquences personnelles très préjudiciables, liées à la nécessité de se présenter dans un état physique altéré au regard des tiers.

#### •l'AREDOC écrit:

L'expert prendra en compte 4 items: la nature, la localisation, l'étendue et la durée des doléances exprimées à ce sujet. Il en déduira soit qu'il s'agit d'un réel préjudice esthétique temporaire autonome, soit que les doléances exprimées par la victime relèvent des souffrances endurées ou des gênes temporaires, en argumentant sa position.

<sup>6 «</sup> Le médecin expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise, informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé ».

<sup>7 «</sup> L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès », Mornet B., conseiller à la Cour de cassation, septembre 2018, dit « Référentiel MORNET ».

Ainsi, si personne ne contestera que le port d'une chaussure orthopédique représente un préjudice esthétique définitif, le médecin-conseil missionné par la compagnie d'assurance pourra cependant rejeter un préjudice esthétique temporaire pour le port d'une botte plâtrée pendant 5 semaines.

 quand la nomenclature Dintilhac définit les pertes de gains professionnels futurs:

Il s'agit ici d'indemniser la victime de la perte ou de la diminution de ses revenus consécutive à l'incapacité permanente à laquelle elle est désormais confrontée dans la sphère professionnelle à la suite du dommage.

### •l'AREDOC écrit:

En cas de répercussion dans l'exercice des activités professionnelles de la victime... émettre un avis motivé en discutant son imputabilité à l'accident, aux lésions et aux séquelles retenues.

Ainsi, le médecin-conseil de la compagnie d'assurances pourra ne s'intéresser qu'aux seules conséquences dans l'activité professionnelle de la victime alors qu'il aurait été nécessaire qu'il se prononce sur la sphère professionnelle en général.

Ces deux exemples illustrent l'espace de réflexion encore ouvert pour une juste appréciation des préjudices et surtout la nécessité de réintroduire le contradictoire dans la discussion médico-légale.

C'est donc tout naturellement que les médecins de l'ANAMEVA et les avocats de l'ANADAVI, tous conseils de victimes et forts d'un partenariat de longue date, ont décidé de mettre en commun leurs expériences respectives pour créer l'ANADOC (Antenne nationale de documentation du dommage corporel).

Cette démarche s'inscrit dans la perspective d'une réflexion commune et contradictoire entre l'ensemble des acteurs de la réparation du dommage corporel, pour une toujours plus juste indemnisation.

L'ANADOC a pour ambition de participer à la réflexion sur l'évolution de la doctrine médico-légale et à la formation de ses acteurs, se positionnant ainsi comme l'interlocuteur désigné de l'AREDOC.

L'ANADOC propose aujourd'hui d'aborder chaque poste de préjudice à la lumière de la dernière jurisprudence et les fiches déjà en ligne sur le site de l'ANADOC<sup>8</sup> constituent un nouvel outil à l'attention de tous les médecins chargés d'apprécier le dommage corporel.

<sup>8</sup> Anadoc.net

La mission ANADOC, également en ligne, permet à l'expert de développer l'ensemble des points soulevés par la nomenclature Dintilhac ou retrouvés dans la jurisprudence, de façon à permettre l'éclairage le plus large possible lors du règlement du dossier.

L'ANADOC dispose d'un accès à une large base documentaire et à une veille juridique permettant de renseigner les professionnels de l'évaluation médico-légale et de l'indemnisation du dommage corporel.

Dans une lettre ouverte, en janvier 2020, l'AREDOC devait rappeler l'objectivité et la transparence de sa réflexion reposant sur la richesse de son centre de documentation sur le dommage corporel et l'ouverture de ce dernier à l'ensemble des acteurs du domaine.

Tout en souhaitant la bienvenue à l'ANADOC, l'AREDOC soulignait l'importance de la sérénité des débats, de la libre expression de la victime et de l'exercice indépendant des médecins experts.

L'ANADOC, qui prône ces mêmes valeurs, souhaite de surplus que la méthodologie de l'évaluation du dommage corporel soit le fruit d'une réflexion contradictoire, basée sur l'évolution réglementaire et jurisprudentielle.

Les outils proposés par l'ANADOC, comme ceux de l'AREDOC, présentent un caractère normatif sans qu'aucune hiérarchie ou priorité ne viennent s'interposer lors du choix de leur usage.

Ils apportent chacun un éclairage complémentaire d'une matière dont la complexité et les enjeux sont majeurs, non seulement financiers, mais aussi et avant tout humains.

La juste réparation replace l'individu dans son rôle social et familial, dont il demeure un acteur à part entière, et contribue ainsi à la richesse de toute une société.

### **EN CONCLUSION**

Les nouvelles technologies visant à automatiser la procédure médico-légale pourraient favoriser une évaluation uniforme, ne permettant plus de garantir une indemnisation individualisée.

La doctrine médico-légale évolue et justifie, pour s'adapter aux progrès scientifiques et à la meilleure compréhension des séquelles d'un traumatisme, de s'enrichir de l'expérience acquise par l'ensemble de ses acteurs.

Elle ne saurait résulter de la réflexion unilatérale de celui qui verse l'indemnisation sans se nourrir de celle des conseils de la victime.

Parce que la vérité médico-légale n'existe pas, et pour une juste indemnisation, l'évaluation du dommage corporel doit émaner d'un débat contradictoire.

L'ANADOC vient apporter la contradiction à l'AREDOC et nourrir la réflexion dans une démarche certes critique, mais avant tout constructive, pour une évaluation précise et personnalisée de l'intégralité des postes de préjudice.

La recherche d'une évaluation médico-légale toujours plus juste répond aux obligations éthiques, mais aussi déontologiques du médecin expert, quel que soit celui qui le missionne.

Si l'évaluateur est un technicien, il n'en est pas moins médecin, empreint d'humanité, d'humilité et de confraternité.

### Alexandre Jollien écrivait:

Très vite, j'eus l'intuition qu'en fuyant le handicap, on s'isole. Il est là, il faut l'accueillir comme un cinquième membre, composer avec lui. Pour ce faire, la connaissance de ses faiblesses me semble primordiale9.

Les faiblesses que connaît la victime sont reconnues dans le rapport d'expertise.

L'expert doit admettre ses propres faiblesses, qu'il s'agisse de ses doutes ou des incertitudes scientifiques, et accepter pour ne pas s'isoler et conserver son objectivité que le débat contradictoire ne peut que rapprocher ses conclusions d'une vérité inaccessible.

<sup>9</sup> Éloge de la faiblesse, 1999, Éditions Marabout.

### Options de renouvellement de la loi de 1985

### Stéphane DAUSQUE

Avocat barreau de Lorient, DU Droit médical, DIU traumatismes cranio-cérébraux

#### INTRODUCTION

La loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 (dite Loi Badinter) avait des objectifs ambitieux, améliorer la situation des victimes d'accident de la circulation et accélérer l'indemnisation de ces victimes.

L'un des moyens a été de favoriser la voie transactionnelle en imposant certaines obligations aux compagnies d'assurances.

Cependant, dans la pratique, les assureurs ont pris la main sur le régime indemnitaire, notamment en imposant leurs « outils » d'évaluation par le biais de l'AREDOC et en profitant d'une information insuffisante des victimes quant à leurs droits.

Il serait cependant possible de remédier aux failles de la loi de 1985 aux bénéfices des victimes d'accident de la circulation.

### I. OBJECTIFS ET ENJEUX INITIAUX DE LA LOI BADINTER

Avant la loi du 5 juillet 1985, l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation relevait des dispositions du Code civil, et plus particulièrement de la responsabilité du fait des choses prévues à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1384 ancien du Code civil, lequel disposait:

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde1.

Ce régime était source d'un contentieux particulièrement abondant, relatif notamment à la force majeure, le fait d'un tiers et le fait de la victime, seules

<sup>1</sup> Article 1384 ancien du Code civil du 1er janvier 1971 au 5 mars 2002.

échappatoires de la responsabilité du gardien de la chose ayant causé le dommage<sup>2, 3, 4</sup>.

Alors que les projets de réforme semblaient s'enliser, la Cour de cassation provoqua le législateur en rendant l'arrêt « Desmares » le 2 juillet 1982, aux termes duquel il ne pouvait être opposé la faute de la victime, à moins qu'elle n'ait présenté pour le gardien de la chose les caractères de la force majeure.<sup>5</sup>

Les cours d'appel se sont ensuite divisées quant à l'application de cet arrêt.

La réaction est intervenue avec la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 (dite loi Badinter).

L'énoncé particulièrement clair de cette loi « tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation » annonçait les objectifs du législateur:

D'une part, améliorer la situation des victimes d'accident de la circulation en cherchant à leur épargner certains cas de non-indemnisation qui étaient liés au régime de responsabilité civile tel qu'il était appliqué auparavant. Ainsi, les articles 2 à 6 de la loi du 5 juillet ont instauré des règles aux termes desquelles notamment le débiteur de la réparation ne peut échapper à sa dette en excipant de la force majeure ou du fait d'un tiers. Ces articles disposent:

#### • Article 2

Les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule mentionné à l'article  $1^{er}$ .

### • Article 3

Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subies, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %, sont,

<sup>2</sup> Bulletin des transports et de la logistique n° 3558, 6 juillet 2015 (la loi Badinter est trentenaire).

<sup>3</sup> FAGES (B.), « L'indemnisation des victimes d'accident de la circulation », *Droit des Obligations*, 27 août 2019.

<sup>4</sup> VINEY (Geneviève), « Accidents de la circulation – les trente ans de la loi Badinter: Bilans et perspectives. Propos introductifs », *Responsabilité civile et assurances*, n° 9, septembre 2015, dossier 12.

<sup>5</sup> Cass. 2e civ., 21 juillet 1982, no 81-12850

dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subies. Toutefois, dans les cas visés aux deux alinéas précédents, la victime n'est pas indemnisée par l'auteur de l'accident des dommages résultant des atteintes à sa personne lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi.

#### Article 4

La faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis.

### Article 5

La faute, commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages aux biens qu'elle a subis. Toutefois, les fournitures et appareils délivrés sur prescription médicale donnent lieu à indemnisation selon les règles applicables à la réparation des atteintes à la personne.

Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages causés à son véhicule. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

### • Article 6

Le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l'indemnisation de ces dommages.

D'autre part, accélérer les procédures d'indemnisation en cherchant à encourager la voie transactionnelle. Pour ce faire, les assureurs sont désormais tenus à des délais précis pour présenter à la victime une offre d'indemnisation.

### Ainsi, l'Article 12 dispose:

L'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter dans un délai maximum de huit mois à compter de l'accident une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne. En cas de décès de la victime, l'offre est faite à ses héritiers et, s'il y a lieu, à son conjoint.

Une offre doit aussi être faite aux autres victimes dans un délai de huit mois à compter de leur demande d'indemnisation.

L'offre comprend tous les éléments indemnisables du préjudice, y compris les éléments relatifs aux dommages aux biens lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un règlement préalable. Elle peut avoir un caractère provisionnel lorsque l'assureur n'a pas, dans les trois mois de l'accident, été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive d'indemnisation doit alors être faite dans un délai de cinq mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation.

Enfin, les assureurs, en application de l'article 13 de la loi, sont tenus d'informer la victime de la possibilité de s'adjoindre les conseils d'un avocat ainsi que d'un médecin dans l'hypothèse d'un examen médical:

À l'occasion de sa première correspondance avec la victime, l'assureur est tenu, à peine de nullité relative de la transaction qui pourrait intervenir, d'informer la victime qu'elle peut obtenir de sa part, sur simple demande, la copie du procès-verbal d'enquête de police ou de gendarmerie et de lui rappeler qu'elle peut à son libre choix se faire assister d'un avocat et, en cas d'examen médical, d'un médecin.

Sous la même sanction, cette correspondance porte à la connaissance de la victime les dispositions du quatrième alinéa de l'article 12 et celles de l'article 15.

### II. BILAN: UNE LOI DEVENUE LA « CHOSE » DES ASSUREURS

La loi Badinter a-t-elle tenu ses promesses? Concernant le premier objectif, il sera relevé à son bénéfice qu'elle a contribué à largement réduire le contentieux de la responsabilité devant les juridictions<sup>6</sup>.

Relativement au second objectif, l'accroissement de la voie transactionnelle (réel puisque, si les expertises judiciaires représentaient 25 % des expertises en matière d'accident de la circulation, elles représentent désormais sans doute un volume inférieur à 2 %) peut être considéré comme un bénéfice en trompe-l'œil pour les victimes<sup>7</sup>.

En effet, comme l'a relevé Philippe Donnou, « les sociétés d'assurance ont dévoyé les dispositions initiales en détournant à leur intérêt le sacro-saint principe de la réparation intégrale et de la juste appréciation du dommage. »

### De quelle façon?

D'une part, les organismes assurantiels ont su imposer une mission expertale dite AREDOC (Association pour l'étude du dommage corporel, association loi 1901, regroupant uniquement des organismes liés à l'assurance<sup>8</sup>) auprès

<sup>6</sup> Creton (Claude), « Accident de la circulation – les trente ans de la loi Badinter: le point de vue du juge », Responsabilité civile et assurances, n° 9, septembre 2015, dossier 22.

<sup>7</sup> La Convention IRCA ou la tentation du théâtre Nô, *Gazette du Palais*, 31 décembre 2015, n° 235, p 16. 8 Cf. site AREDOC.

de leurs médecins, lesquels la considèrent comme le seul référentiel, alors même, que la loi Badinter n'impose aucune mission type et que d'autres outils sont désormais à leur disposition, notamment la base de données établie par l'ANADOC (Antenne nationale de documentation sur le dommage corporel<sup>9</sup>).

Quel acteur de l'indemnisation, avocat, médecin-conseil ou inspecteur régleur, n'a jamais entendu un médecin mandaté par une assurance objecter à ses contradicteurs: « ce n'est pas ce que prévoit l'AREDOC »?

D'autre part, les dispositions de la loi Badinter « enferment » les victimes dans un cocon rassurant qui est celui de l'assureur. En effet, ce dernier est tenu de prendre contact avec la victime.

Il lui adresse un questionnaire, une notice, mandate un expert aux fins de constater les blessures subies, mandate un inspecteur aux fins de prendre contact avec la victime

La victime est prise en charge et par le biais de la Convention IRCA, cette prise en charge initiale est réalisée par sa propre assurance, tant que l'incapacité permanente n'aura pas été évaluée à un taux supérieur à 5 % (ce qui concerne 90 % des cas¹¹). Pour la victime, le risque est grand de penser que son assureur intervient au soutien de ses intérêts, plutôt que comme assureur mandaté dans le cadre de la convention IRCA.

Par ailleurs, dans toutes les hypothèses, la victime pourra penser que le médecin mandaté par l'assurance, en qualité de technicien et d'expert, intervient en toute impartialité, alors que la question de cette impartialité se pose.

En effet, comme l'a rappelé Benoît Mornet:

En matière médicale, la victime se voit généralement proposer une expertise par la société d'assurance en charge de l'indemnisation. Mais le médecin-expert d'assurance ne bénéficie pas de l'apparence d'impartialité puisqu'il est mandaté par celui-là même qui est en charge de l'indemnisation.

Renaud Bouvet ne dit pas autre chose lorsqu'il indique que « l'avis d'expert, différent de celui du savant, est marqué du sceau de la connaissance, mais plus encore de celui de la compétence, admise par tous, et de l'impartialité, sacralisée par le serment devant la juridiction », précisant que « la question de la dépendance financière et intellectuelle vis-à-vis des compagnies d'assurances est en effet une réalité.

À ce titre, entendre un expert judiciaire dire à l'issue d'un accedit « Si j'avais été nommé en qualité d'expert d'assurances, j'aurais attribué une heure de

<sup>9</sup> Cf. site ANADOC.

<sup>10</sup> La Convention IRCA ou la tentation du théâtre Nô..., op. cit.

tierce personne par jour à Madame... en tant qu'expert judiciaire, j'en attribue trois. » résume à elle seule, l'ambivalence de la mise en œuvre des dispositions de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

Il pourra être objecté que les dispositions de la loi Badinter prévoient, en leur article 13, que l'assureur doit informer la victime dès sa première correspondance, qu'elle peut à son libre choix se faire assister d'un avocat et, en cas d'examen médical, d'un médecin.

Or, cette information est parfaitement insuffisante, d'autant qu'il est une pratique courante de l'assurance d'essayer de convaincre en « off » la victime de l'inutilité d'une telle assistance<sup>11</sup>.

Rien n'est dit notamment sur le fait que les honoraires du médecin-conseil seront pris en charge au titre des « frais divers », ou que les honoraires de l'avocat pourront, en tout ou partie, également faire l'objet d'une prise en charge lors de la négociation.

L'assureur n'a par ailleurs aucune information à donner notamment sur le rôle de l'inspecteur, lequel, en rentrant dans les foyers, peut avoir une attitude totalement rassurante quant à son rôle auprès des victimes alors qu'il reste soumis à des impératifs de gestion auprès de son employeur.

Pourtant, sans être assisté par un médecin-conseil et un avocat, comment considérer que l'évaluation des postes proposée par le médecin de la compagnie d'assurance est conforme à la réalité des séquelles présentées?

Comment estimer, par exemple que le poste souffrances endurées n'est pas de 3/7, mais de 4/7 et comment savoir que cet écart d'un seul point sur ce seul poste peut entraîner une différence d'indemnisation de plusieurs milliers d'euros.

À ce titre, la victime n'a aucun moyen d'apprécier le caractère sérieux de l'offre qui lui est présentée par l'assureur, alors même que les montants proposés peuvent paraître importants et en conséquence suffisants pour indemniser les préjudices subis.

Ainsi, il n'est pas rare de voir, en l'absence de conseil, des assureurs qui proposent par exemple d'indemniser la tierce personne à hauteur de  $9 \in$ /heure, ou encore le jour de déficit fonctionnel temporaire total à hauteur de 12 ou  $13 \in$ , alors que la jurisprudence indemnise habituellement ces postes à hauteur respective *a minima* de 15 et  $25 \in$ .

<sup>11</sup> SCHMITZBERGER-HOFFER (Viviane), « Accidents de la circulation, regard d'un praticien du droit du dommage corporel sur l'application de la loi du 5 juillet 1985 », Responsabilité civile et assurances, n° 9, septembre 2015, dossier 20.

Il n'est pas rare non plus de voir des postes, retenus dans le rapport d'expertise, oubliés dans l'offre d'indemnisation (comme le besoin en tierce personne permanente, le préjudice sexuel ou d'agrément...)

Il avait par ailleurs été relevé dans les dix premières années de l'application de la loi, un déficit quantitatif des transactions au regard du *quantum* de l'indemnisation<sup>12</sup>.

Comme cela a déjà été évoqué: « Le problème tient à l'absence de transparence: la victime ne peut, en l'état actuel des dispositions de la loi, soupçonner ni comprendre le caractère consanguin de l'évaluateur du dommage et du payeur de l'indemnité. La loi de 1985 permet donc à l'assureur d'être à la fois juge et partie<sup>13</sup>. »

La loi Badinter a apporté des avancées majeures dans le cadre de l'indemnisation des victimes, notamment du fait de ses dispositions dérogatoires au droit commun.

Cependant, la voie transactionnelle, que le législateur a voulu encourager, ne permet pas aux victimes de bénéficier des mêmes garanties que la voie judiciaire.

En effet, la victime, à défaut d'une information insuffisante sur le régime assurantiel et sur l'intérêt de se voir assister d'un médecin-conseil et d'un avocat, est soumise à un régime expertal et d'offre indemnitaire qui n'offre pas les mêmes garanties que la voie judiciaire.

Quelles sont les possibilités d'amélioration de cette loi, notamment au regard du décret n° 2020-356 du 27 mars 2020?

### III. LES VOIES POSSIBLES D'AMÉLIORATION DE LA LOI

Il a été montré que les victimes ne disposent pas d'une information suffisante pour comprendre les tenants et aboutissants du processus indemnitaire offert par la loi Badinter.

L'article 13 de cette loi, sur l'information par l'assureur de la possibilité de recourir à un médecin-conseil et à un avocat a le mérite d'exister, mais est insuffisant.

Il conviendrait d'une part que soit renforcée l'information sur les conditions d'intervention d'un médecin-conseil et d'un avocat, et notamment quant à la

<sup>12</sup> Brun (Philippe), « Les trente ans de la Loi Badinter: entre maturité et perfectibilité », Revue Lamy Droit civil  $n^{\circ}$  129,  $1^{er}$  septembre 2015.

<sup>13</sup>SCHMITZBERGER-HOFFER (Viviane), « Accidents de la circulation, regard d'un praticien du droit du dommage corporel sur l'application de la loi du 5 juillet 1985 », *op. cit.* 

prise en charge possible des honoraires de chacun en tout ou partie dans le cadre du processus indemnitaire.

En 2008, Frédéric Bibal soulignait l'urgence de « faciliter en l'assistance médicale et juridique de toutes les victimes ». Il proposait à ce titre un « système d'information généralisé accessible et indépendant »:

dans le cadre, par exemple, d'un numéro de téléphone reproduit sur tous les documents adressés par le débiteur d'indemnités à la victime (et pas seulement sur la notice beaucoup trop dense que l'on reçoit quelques jours après un accident), on pourrait orienter ces victimes vers une plateforme les renseignant, non pas sur l'indemnisation à attendre dans leur cas, mais sur la possibilité d'accéder à une assistance indépendante et sur les avantages qu'elles en tireraient.

Cette information renforcée des victimes a son importance.

En effet, si Frédéric B**ibal** relevait en 2008, que selon le fichier AGIRA, 90 % des accidents de la circulation faisaient l'objet d'une transaction<sup>14</sup>, selon le rapport annuel de l'AGIRA du mois d'avril 2019 relatif aux dossiers réglés en 2017<sup>15</sup>, « 98,1 % des victimes avec AIPP acceptent l'indemnité proposée par l'assureur ou le FGAO ».

Et le constat qu'il faisait quant à l'écart « à peine croyable » entre les montants d'indemnisation transigés et ceux résultant d'un jugement (« différentiel de 45 % en faveur des jugements pour les accidents graves et de 60 % pour les accidents légers, d'après une étude du CERCRID », « différentiel de la moitié aux deux tiers d'après l'observation d'un magistrat spécialisé ») reste d'actualité à la lecture du rapport AGIRA du mois d'avril 2019 qui relève par exemple une indemnisation médiane des souffrances endurées de 5/7 à hauteur de 20 000 € alors que cette somme représente une valeur plancher dans le cadre d'une indemnisation par voie judiciaire, ou, autre exemple, une indemnisation du déficit fonctionnel permanent inférieur de 200 à 300 € le point à ce qui pourrait être obtenu par voie judiciaire.

Et s'il considérait qu'il n'était pas « réaliste à court terme de penser à imposer une assistance obligatoire aux victimes », il évoquait cependant la nécessité d'une telle assistance, laquelle était déjà appelée de leurs vœux par d'autres acteurs de l'indemnisation des victimes 16.

<sup>14 «</sup> L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable », op. cit.

<sup>15</sup> Rapport annuel AGIRA avril 2019, Fichier des indemnités allouées aux victimes d'accident de la circulation, dossiers réglés en 2017.

<sup>16</sup> MELENNEC (Louis), « De la mainmise des compagnies d'assurances sur l'indemnisation des préjudices corporels et de la nécessité impérative de réformer la loi Badinter », Gaz. Pal., n° 181, 29 juin 2000, p. 47.

Or, cette urgence est devenue prégnante en raison notamment du décret n° 2020-356 du 27 mars 2020<sup>17</sup>.

En effet ce décret prévoit la création de la base de données « Datajust » qui a notamment pour finalité de développer un algorithme visant en particulier à:

- l'élaboration d'un référentiel d'indemnisation des préjudices corporels (article 1 2°),
- l'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre, afin de favoriser un règlement amiable des litiges (article 1 3°).

Il est précisé à la fin de l'article 1er que:

À ces fins, l'algorithme recense les montants demandés et offerts par les parties, les évaluations proposées dans le cadre de procédures de règlement amiable des litiges et les montants alloués aux victimes pour chaque type de préjudice dont la teneur est détaillée au 3° de l'article 2, ainsi que les données et informations mentionnées à cet article. (souligné par nous)

Or, comme le relève Éric Péan dans cet ouvrage, « la grande majorité des évaluations ont lieu sans que la victime soit assistée. Ainsi, les conclusions médico-légales établies sans débat, par le seul médecin mandaté par la compagnie d'assurances, seraient intégrées dans le calcul, ce qui générerait immanquablement un biais ».

Cette observation rejoint la problématique de la faiblesse des indemnisations obtenues par voie transactionnelle au regard de celles obtenues par voie judiciaire.

Jean-Michel Rodriguez souligne également

qu'un des risques majeurs auxquels doivent faire face nos algorithmes est le biais de données. L'algorithme peut être le plus efficace du monde, s'il s'appuie sur des données biaisées, les résultats seront faux et parfois même invérifiables. En effet, les données biaisées vont généralement mener à de mauvais modèles, à de mauvaises interprétations et ainsi à de mauvaises décisions. Il est à noter que, quels que soient les domaines considérés, ce problème est aujourd'hui peu pris en compte, notamment par le fait que dans certains cas il est très difficile à détecter.

Ainsi, le simple fait de vouloir mettre en place une forme de justice prédictive doit inciter à la plus grande prudence.

<sup>17</sup> Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020.

Cette prudence doit se doubler d'une particulière vigilance des médecins et avocats intervenant auprès des victimes, alors que ce décret a été publié au *Journal officiel* en pleine crise sanitaire et alors même que la présidente du Conseil national des barreaux s'est publiquement émue de cette publication.

Une autre voie pourrait être explorée, en complément de l'assistance obligatoire de l'avocat et du médecin-conseil.

Il serait en effet possible de s'inspirer des dispositions de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 à l'origine de la création des Commissions de conciliation et d'indemnisation (CCI) – en les améliorant, car le dispositif n'est pas parfait, tant s'en faut – permettant d'indemniser dans un cadre non judiciaire les fautes et accidents médicaux ainsi que les infections nosocomiales, en ce que notamment les experts nommés dans le cadre de ce dispositif (CNAMed) sont indépendants et choisis parmi les experts judiciaires.

Les experts CNAMed s'engagent par ailleurs, comme l'a rappelé Philippe Donnou « à ne pas effectuer de mission ou d'expertise incompatibles avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires à l'exercice de leur mission d'expertise ».

Cela permettrait, dans un cadre non judiciaire, de bénéficier d'une expertise dirigée par un expert indépendant, expertise au cours de laquelle les médecinsconseils et avocats de chacune des parties pourraient intervenir.

#### CONCLUSION

La loi de 1985 a apporté des avancées majeures au soutien de l'indemnisation des victimes.

Cependant, en voulant favoriser la voie transactionnelle, le dispositif de la loi a permis aux assureurs de prendre la main sur l'indemnisation de victimes.

Il conviendrait de remédier à cet état de fait en imposant notamment une information renforcée des victimes quant à l'assistance d'un médecinconseil et d'un avocat, voire en imposant leur intervention dans le processus indemnitaire.

Il serait également possible de mettre en place une procédure d'expertise qui serait réalisée par des experts indépendants.

Il s'agit là de pistes de réflexion soumises au lecteur.



### Épilogue

### Philippe DONNOU

Médecin conseil de victimes, Brest, Vice-président de l'Association nationale de médecins-experts de victimes d'accidents (ANAMEVA)

Les paramètres techniques des accidents sont récupérés, pour analyse, par les assureurs afin d'évaluer les risques, optimiser l'indemnisation et donc leurs équilibres et leurs gains.

Il semble incongru de considérer qu'il faille viser le bien de la compagnie d'assurances, c'est-à-dire en fait son équilibre financier, si l'on comprend que le débat est orienté vers la prise en considération du mieux-être de la victime. (Roger Gil, dans le texte)

Question éthique: faut-il désirer le bien financier des assureurs au risque d'être malfaisant pour la victime?

Sur un autre plan, les qualités intuitives et symboliques, scientifiques, académiques ne seront plus suffisantes pour analyser tous les facteurs de risque influençant secondairement les procédures d'indemnisation. La complexification des données passera par le filtre de l'IA, celle-ci devenant alors le moyen déterminant d'un choix final qui pourra parfois s'avérer infondé pour telle ou telle partie.

La tentation serait grande, pour certains organismes indemnisateurs, de laisser le choix de la décision finale aux moyens actuels proposés par l'IA des assureurs ce qui nécessitera en contrepartie un équilibre délibératoire pour une éthique embarquée dans une machine morale ou une IA digne de confiance, mais potentiellement à haut risque, les deux options nécessitant des « audits algorithmiques ».

Il n'y a donc aucune raison, au stade amiable, donc partial, que le payeur soit l'unique décideur et concepteur du logiciel d'analyse médico-légale. La loi de 85 ne prévoyait pas cette évolution désormais fulgurante et inéluctable.

La nomenclature Dintilhac ne l'abordait aucunement.

Ce que Yann Ferguson nomme le paternalisme du système expert, où l'IA prend déjà le pas sur la libre décision du médecin dans certaines spécialités (radiologie, oncologie), fait que le médecin risque de devenir un prestataire au service de l'IA, dans l'absolu pour le mieux de son patient, mais dans les faits sous les contraintes de la santé publique (qui maîtrisera en partie les algorithmes du système de santé), avec des obligations de soigner, au mieux, au plus vite, au moindre coût.

Face à l'IA, il faudra donc *une éthique de la discussion, une explicabilité* pour éviter la déshumanisation de l'IA qui devra être compensée par un réengagement de *l'humain* dans la technique proposée (Yann Ferguson, dans le texte).

La mise en place d'outils numériques, le primat croissant des écrans sur l'écrit, du clavier sur la main et l'appel aux compétences extrêmement précises, mais toujours plus fines de tous les acteurs ne compromettent-elles pas l'acceptabilité sociale de la procédure expertale? (Cyril Hazif-Thomas, dans le texte)

Ce paternalisme du système expert en médecine de soins est transposable à la médecine d'assurance, avec le paternalisme technologique du fait de l'IA au risque majeur de formater les raisonnements des acteurs, de barémiser par le bas les indemnisations dans un but de rapidité et de gestion optimisée des dépenses des assurances et non de la santé publique. L'individu médecin expert indépendant dans sa pensée scientifique et sa capacité de décision singulière disparaîtrait pour devenir un simple technicien, voire un prestataire de l'IA; il pourrait devenir un homme diminué, manipulé sans le savoir par la machine qui s'adaptera à ses analyses et à ses choix, tout autant qu'un homme augmenté maîtrisant et liant la nouvelle technologie à son œuvre humaine. (J.-M. Rodriguez, dans le texte)

### Expliquons-nous:

Le médecin expert, l'assureur et l'avocat s'engagent, chacun avec son bagage éthique, déontologique et technique, dans une triple action, la *vita activa*, opposée à la *vita complentativa*, bien définie par Annah Arendt (*Condition de l'homme moderne*, 1958).

- le **travail répétitif**, reproduit à l'identique de façon cyclique de jour en jour,
- l'œuvre commune concernant la communauté humaine,
- l'action personnelle et singulière, c'est-à-dire le mouvement par lequel l'homme inaugure quelque chose de nouveau dans l'espace public.

L'action, dans ce triple engagement, permet à chacun de valider publiquement, c'est-à-dire dans la cité, ses attaches éthiques personnelles et son compor-

tement moral au regard de la société. Selon ArendT, nous ne sommes acteurs qu'en face d'autrui, donc face à la société.

Ainsi, au regard de ces trois items, nous sommes jugés et évalués par nos pairs du fait de notre travail et de notre œuvre dans la sphère privée et de notre action finalisée dans la sphère publique. Notre action personnelle permet précisément de définir notre engagement public et, donc, notre orientation éthique. Le travail s'inscrit dans l'œuvre qui, elle, est sous-tendue par l'action.

Cette action de l'acteur de l'expertise désigne l'ensemble des actes volontaires susceptibles d'être qualifiés moralement (au regard de la société), c'est-à-dire le rapport de soi aux autres.

En d'autres termes, nul ne peut se dédouaner de la valeur éthique de son action publique, audible, lisible et visible dans l'espace public, en argumentant un travail nécessaire et une œuvre effectuée à la demande d'un organisme: quoi que l'on fasse, décide ou agisse, l'éthique nous tient dans chaque acte entrepris. Trop d'acteurs de l'expertise ne le comprennent pas ou feignent de ne pas le comprendre.

### Selon Paul Ricœur:

C'est dans cette perspective qu'il faut lire le chapitre consacré à l'action. Alors que les deux premières activités sont réalisées dans la sphère privée, l'action est l'activité qui met en relation les êtres humains, qui crée un espace public. Elle consiste pour les hommes à prendre la parole, à poser des actes qui les distingueront entre eux, qui révéleront leur individualité. Cette sphère est sans cesse menacée, car les hommes meurent et naissent, sont toujours nouveaux sur la place publique. Par leurs paroles et leurs actes, les hommes s'immortalisent. Les lois et les organisations politiques sont des tentatives de mettre un peu de stabilité dans la « fragilité des affaires humaines », mais cela n'est jamais suffisant, toujours à recommencer.

Nous pouvons ainsi avancer que l'enjeu éthique en expertise est résolument sociétal, car de ce colloque singulier avec la victime, il résulte une parole publique qui est la conséquence d'une action singulière des acteurs qui s'effectue, au sens d'Arendt, dans un espace public.

Cette action publique portée par la parole et l'écrit est bien la conséquence d'un comportement éthique et scientifique alimenté ou non par les technologies nouvelles, dont l'IA telle que développée dans l'ouvrage.

<sup>1</sup> https://fr.wikipedia.org/wiki/Condition\_de l'homme\_moderne

Le risque des technologies nouvelles est bien de colorer la capacité d'action de l'utilisateur d'une éthique, peu flatteuse, voire d'une absence d'éthique du fait d'une décision orientée dans un contexte de travail répétitif et d'une œuvre humaine sous contrôle d'une boîte noire inconnue de lui. Mais l'action finale publique persistera et l'homme acteur en sera le responsable.

Mais, nous l'avons vu plus haut, le médecin-expert ne pourra pas se masquer derrière la machine de l'IA en disant: « [...] ce n'est pas moi qui ai choisi, c'est l'algorithme proposé qui est responsable, donc je ne suis pas engagé éthiquement... »

Sauf que si: le médecin reste résolument engagé éthiquement dans sa décision, utilisation ou non des moyens de l'IA.

En effet, cet homme médecin-expert, morcelé et amputé, subira de fait le poids décisionnel de l'IA et de ses outils. Les algorithmes puissants pourront le formater et seront à l'origine d'un paternalisme du système expert (potentiellement anti-éthique?), qui pourra décider pour lui et incidemment pour l'assuré victime, les deux devenant dépendants du système-expert. Le risque encouru de l'IA est bien celui de l'inclination de la réflexion du médecin, théoriquement autonome et indépendante, vers une réflexion guidée par l'IA; l'éthique du médecin se trouvant dès lors étirée et contrainte entre la soumission au système-expert (donc à l'assurance) et les concepts majeurs de dignité d'intégrité et de respect de la victime.

En effet le risque pour le médecin est celui d'une soumission, involontaire ou passive, à l'assureur incontournable, car l'obligeant à utiliser son moyen moderne.

Cet homme médecin expert **hybride** (se pensant un être libre, mais dépendant de l'ultra technologie), aurait-il alors la faculté et les moyens de préserver et d'assumer les vertus cardinales précitées (autonomie, bienfaisance, non-malfaisance, bienveillance, principe de justice)?... Nous en doutons.

Qu'en sera-t-il alors de la qualité éthique du troisième item défini par Annah Arendt: l'action singulière qui permet de se définir complètement dans l'espace public?

Le médecin-expert ne sera-t-il plus qu'un affidé de l'IA imposée des assurances, que restera-t-il de sa pensée discrétionnaire?

Le médecin-expert sera alors un rouage de la machine; mais celle-ci devra être contrôlée sans opacité, tel que cela a été longuement explicité par Yann Ferguson. Une double voie avec l'apport des nouvelles technologies s'offre à l'humain, un être augmenté ou un être diminué:

Il nous faut néanmoins continuer à réfléchir, à considérer tous les aspects de cette technologie qui ne va cesser de progresser et, surtout, mettre en place les garde-fous nécessaires pour que, lorsqu'elle sera capable d'émuler l'intelligence humaine, et cela arrivera, nous soyons prêts à l'accepter, la contrôler et en tirer parti pour le bien de l'humanité... (J.-M. Rodriguez, dans le texte)

Sur un autre plan, celui de l'intérêt des assureurs à développer l'IA, nous ne pouvons qu'imaginer et projeter la notion triviale de rentabilité sur les coûts d'expertise, par compression du personnel, par égalitarisme des indemnisations des victimes, par élimination des extrêmes dans les imputabilités médicales complexes.

C'est dire alors que la déontologie médicale concernant l'exercice de l'expertise, qui engage la probité du médecin, sur entre autres la question majeure du conflit d'intérêts, se trouve désormais inadaptée dans la version actuelle du code de déontologie.

Il est essentiel qu'une réflexion de modernisation soit engagée sur les trois questions majeures, du conflit d'intérêts, de l'accès aux documents, de l'utilisation des nouveaux outils d'évaluation, tous trois pouvant porter atteinte à la dignité de l'assuré, ce que soulève Sylvie Maillard:

Il serait important que sur la base du rapport publié en 2011 et compte tenu des alertes formulées par le Défenseur des droits, un travail de refonte du chapitre IV §5 du code de déontologie médicale soit entrepris, par respect pour les personnes qui soumettent leur intégrité physique et psychologique à cette pratique technicisée et nomenclaturée, porteuse du risque de porter atteinte à leur dignité...

De manière concomitante, la neutralité de la loi Badinter est mise à mal: son application en 1985 avait déjà subi une forte opposition des assureurs. La convention IRCA interassurance en 2002 en était les prémices. Les médias et les politiques n'ont pas réalisé que 90 % des litiges sont faibles en indemnisation et représentent la majeure partie des sommes allouées aux victimes. La balance de la neutralité s'est ainsi inclinée vers les assureurs, qui ont deux leviers majeurs dans 90 % des accidents, l'examen amiable non contradictoire et l'indemnisation de leur propre assuré. Mais ce n'est pas tout:

Cette nécessaire vigilance est particulièrement d'actualité à l'aube d'un projet de référentiel indicatif, adopté par décret du 27 mars 2020, au sujet duquel la profession d'avocat n'a pas été consultée ou, en tout état de cause, n'apparaît

pas en tant qu'utilisateur dont l'avis aurait été sollicité. (L'Hostis et Janvier, Dausque, dans le texte)

Le constat AGIRA 2019 (98,1 % des victimes avec AIPP acceptent l'indemnité proposée par l'assureur ou le FGAO) relevé par les avocats auteurs pose la question des transactions des victimes non assistées, dont le nombre n'est pas délivré.

Certains considèrent ce pourcentage comme la preuve que les transactions sont satisfaisantes et que le système d'indemnisation fonctionne bien: « en effet, nous assistons aujourd'hui à une prise en charge concrète et financière des réels besoins de la victime grâce à des transactions de qualité... », selon Isabelle Bessières-Roques (*Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, n° 26, 2020).

Cette interprétation du chiffre de 98,1 % supporte la critique car on ne peut affirmer que toute transaction aboutie est un élément positif pour la victime dès lors qu'elle n'est pas assistée.

La faiblesse de la victime est confirmée par Stéphanie Porchy-Simon (dans le texte).

En effet, la méconnaissance des victimes est un fait reconnu:

Désarmée juridiquement ensuite puisque, non assistée dans la plupart des cas, elle [la victime] ignore généralement tout de ses droits, spécialement sur le terrain de l'identification et du quantum des postes de préjudices indemnisables... Par essence, cette procédure déjudiciarisée (Loi Badinter) place en effet la victime, principalement lorsqu'elle n'est pas assistée, sous la dépendance des assureurs...

Pourquoi la mission AREDOC serait-elle la seule et l'unique sur le marché de l'évaluation médico-légale?

Pourquoi certains experts usent de l'argument d'autorité pour imposer leur décision?

Pourquoi s'appuyer sur le référentiel AREDOC pour clore une discussion contradictoire?

La multiplicité des outils, dont la base de données ANADOC développée par Éric Péan et Stéphanie Porchy-Simon, signerait la diversité scientifique à la recherche d'une juste équité dans un dessein de justice, non pas complaisante, mais objective: celle que souhaite le blessé ou la victime, c'est-à-dire sans enrichissement secondaire.

En somme, quelle attitude éthico-scientifique (pour tous les acteurs de l'expertise) doit-on adopter pour prendre une décision respectueuse tant de l'individu blessé ou victime que de l'assurance du responsable?

La question est résolument sociétale: c'est en effet de pouvoir redonner la parole aux différents acteurs de l'indemnisation, en les respectant, en acceptant la contradiction fondatrice et dans le meilleur des cas un consensus équilibré, en acceptant de cheminer dans une incertitude prudente plus que dans une certitude opacifiante qui est la solution de la facilité. (Roger Gil)

Cette question sociétale de la juste indemnisation, cadrée par une éthique de l'impartialité (Donnou), doit répondre aux deux principes d'équité et de justice dans un triple concept de vérification des droits de la victime, du respect des assurances, dans un état de droit, validé par les arrêts de la Cour de cassation dans certaines situations.

De manière simple, il ne faut pas prendre pour acquis et seule vérité la seule donnée scientifique proposée, la seule mission proposée, etc., ce qui permet de réfuter le boisseau du dogme et d'éviter les préjugés.

De manière concomitante, il faut oser s'opposer à l'argument d'autorité présenté par certains comme une vérité non discutable, donc imposée aux parties.

Il faut, tant pour l'expert, l'avocat et l'assureur un multiple esprit d'ouverture et de confrontation dans un désir confondu de délibération.

Nous avançons dès lors quelques propositions éthiques.

Être éthique en expertise serait reconnaître pour non caduque ce qui a été écrit autant par le médecin que par le blessé, écouter une victime dans l'expression de sa souffrance sans la juger, respecter dans son intégralité sa vie privée, sa dignité et sa culture, toutes notions trop souvent dénigrées quand elles sont énoncées en cours d'expertise.

**Être éthique en expertise** serait vérifier la transversalité scientifique, la transdisciplinarité, mesurer l'importance et la nécessité d'une communion d'expertise, dans un esprit de présentation respectée des idées de chacun, pour éviter l'arbitraire (un choix sans explication).

**Étre éthique en expertise** serait se souvenir qu'un rapport médico-légal a pour objectif premier d'éclairer le régleur ou le magistrat, c'est-à-dire de lui donner tous les éléments qui lui permettront d'apprécier les séquelles les plus complètes pour une indemnisation la plus juste.

**Être éthique en expertise** serait accepter que la médecine n'explique pas toutes les lésions séquellaires, maîtriser la prudence spéculative qu'impose l'exercice de l'art médical, quel qu'en soit son mode.

**Être éthique en expertise** serait reconnaître le potentiel discriminatoire de l'IA, et l'expliquer par devoir, chacun n'ayant pas la capacité d'en comprendre les enjeux

L'enjeu serait alors de combiner les approches symboliques et numériques, afin de bénéficier à la fois du raisonnement de l'un et des performances de l'autre. On comprend que le chemin de l'augmentation des décisions rejoint l'éthique, a fortiori dans les domaines à haut risque. Yann Ferguson

- C'est dire une nécessité quasi ontologique pour l'expert, le médecin et l'avocat, d'une éthique puissante basée sur la notion de prudence spéculative ayant pour mission de savoir douter avec raison.
- Cette prudence spéculative qui permet de discerner, sans *a prior*i, les données scientifiques l'une par rapport à l'autre et ainsi de pouvoir valider le meilleur des choix ou le moins mauvais des choix parmi plusieurs.

### Prudence spéculative

### **Delphine TOQUET**

Enseignante en Sciences humaines, Référente éthique et intégrité scientifique, École ingénieurs à Brest et faculté de médecine de Brest

C'est dire une nécessité quasi ontologique pour l'expert, le médecin et l'avocat, d'une éthique puissante basée sur la notion de prudence spéculative ayant pour mission de savoir douter avec raison...

n voudrait ici définir ce que l'on appelle « prudence spéculative » ou « pensée critique » aux antipodes aussi bien du dogmatisme que du relativisme.

La vision dominante de l'homme est celle d'un être rationnel qui mène systématiquement pour chaque nouvelle représentation soumise à son jugement, un examen, une pesée permettant de distinguer le bon grain de l'ivraie. Mais outre que les recherches en psychologie sociale ont montré que c'était loin d'être le cas (nous ne sommes pas rationnels), outre que nos sens et notre raisonnement s'égarent en permanence, que nous sommes trompés et poussés à commettre des erreurs; cet examen ne résiste pas à l'abondance des informations accessibles, parfois étonnantes, parfois graves en ce qu'elles produisent et distillent un doute aux conséquences mortifères.

Citons pêle-mêle: les sacrifices humains supposés pratiqués par le Cern, la présence de reptiles humanoïdes au sommet du pouvoir, l'autisme provoqué par le vaccin ROR, le jus de carottes qui stoppe le cancer, ou l'incertitude sur le réchauffement climatique, etc. Climat étrange dans lequel la véracité des faits n'a plus de valeur argumentative particulière (la conseillère de Donald Trump parle d'ailleurs de « faits alternatifs¹) et où la contrefaçon intellectuelle n'est plus sanctionnée par aucun opprobre ». Tout passe. Le marché cognitif est saturé, et vouloir tout vérifier décourage les plus aguerris! Les informations, ainsi juxtaposées, créent une cohorte d'anecdotes, où l'analyse devient intermittente. La vague « impression » prend la place du jugement éclairé, entraînant l'individu soit dans un choix factice, soit dans une sorte d'indétermination chronique, à l'instar de l'âne de Buridan qui affamé et assoiffé,

l Lors d'une conférence de presse en janvier 2017, la conseillère de Donald Trump, Kellyanne Conway, introduit l'expression de « faits alternatifs » pour qualifier les arguments de Sean Spicer au sujet de la foule présente au moment de l'investiture du président américain.

contraint de choisir entre le seau d'eau et celui d'avoine, se laissa mourir, incapable de se décider.

Face à cela, il serait tentant d'invoquer le recours à l'usage d'une raison dont les processus seraient infaillibles, à l'image d'une science que l'on concevrait comme remplie de certitudes inébranlables parce que définitivement démontrées. Cette conception dogmatique de la science, relayée par les médias, qui s'est manifestée parfois sous l'étiquette de ce que l'on appelle le *scientisme*, nourrit l'illusion pernicieuse de ce qu'est la méthode scientifique, de ce que peut la science dans la sphère sociale, et finit par déposséder le citoyen de son analyse critique: le jugement se fait sous la houlette de l'autorité scientifique, seule en mesure de dire LA vérité désormais figée dans sa pose d'idole.

En réaction, cette représentation provoque une tendance au nivellement de toutes les opinions, mettant sur le même plan le travail d'une communauté de savants et les opinions ou croyances de chacun. L'information scientifique est « scoopisée », déconnectée de sa narration ; le savoir scientifique finit par se confondre avec l'opinion, se dilue dans un relativisme cognitif où tout se vaut, la vérité pourrait alors être soumise à un vote. C'est ainsi que l'opinion française a été récemment invitée à se prononcer dans un sondage sur l'efficacité de la chloroquine<sup>2</sup>.

Le tableau est sombre, mais sans doute doit-on espérer de l'usage de ce que Francis Bacon, le philosophe anglais, appelait la « prudence spéculative³ »: une vertu intellectuelle permettant de bannir les idoles, ces pièges de l'entendement, et de mûrir nos délibérations en ralentissant l'adhésion souvent spontanée et intuitive. Librement inspirée de la *phronesis* aristotélicienne, la prudence spéculative s'apparente à ce que l'on désigne aujourd'hui par « scepticisme raisonnable » « autodéfense intellectuelle » ou plus simplement « pensée critique », expressions qui partagent entre elles l'idée d'une rigueur intellectuelle et désignent autant un ensemble de compétences qu'une attitude, une posture intellectuelle que l'on doit adopter face à une nouvelle information.

La pensée critique s'inscrit dans le sillage du scepticisme de l'antiquité grecque où les pyrrhoniens, rassemblés autour de Pyrrhon d'Elis, considéraient que la pensée humaine ne pouvait vraisemblablement parvenir à aucune certitude. Ils tentèrent de résister au nivellement des croyances en proposant d'une part un examen méthodique des preuves, des hypothèses, et d'autre part, la pratique de l'épochè, ou suspension du jugement, supposée apporter la paix de l'âme:

<sup>2</sup> En plein cœur du confinement, le 6 avril 2020, le journal *le Parisien* publiait: « 59 % des Français estiment que le protocole à base de chloroquine est efficace contre le coronavirus. 21 % ne se prononcent pas ». La validité scientifique est soumise au plébiscite.

<sup>3</sup> BACON (Francis), *Novum Organum*, introduction, traduction et notes par MALHERBE (Michel) et POUSSEUR (Jean-Marie), Paris, Presses Universitaires de France (Épiméthée), 1986. BACON (Francis), *Du progrès et de la promotion des savoirs*, trad., avant-propos et notes LE DŒUFF (M.), Paris, Gallimard, 1991.

Le scepticisme est une faculté et une méthode qui sert à examiner, qui compare et oppose, de toutes les manières possibles, les choses apparentes, ou sensibles, et celles qui s'aperçoivent par l'entendement; par le moyen de laquelle faculté nous parvenons (à cause du poids égal qui se trouve dans des choses ou dans des raisons opposées) premièrement à l'épochè, c'est-à-dire à la suspension de l'assentiment, et ensuite à l'ataraxie, c'est-à-dire à l'exemption de trouble, à la tranquillité de l'âme. (Esquisses pyrrhoniennes, livre I [8], Sextus Empiricus)

La pensée critique verra dans ce positionnement philosophique non pas un aboutissement dans la tranquillité de l'indifférence, mais plutôt un point de départ que l'on retrouve à la base de la démarche scientifique formalisée par les philosophes du XVII<sup>e</sup> siècle comme Francis Bacon ou René Descartes: face à une affirmation, on suspend son jugement, mais cette suspension demeure temporaire, on ne s'installe pas dans le doute, c'est une épreuve à traverser, pour reprendre Anne Fagot-Largeault<sup>4</sup>. Pensée critique et démarche scientifique intègrent donc temporairement le doute pyrrhonien comme point de départ à l'enquête, et en cela il est perçu comme une force.

Pourtant, cette valeur épistémique vertueuse devient pernicieuse dans d'autres contextes. Robert Proctor dans Golden Holocaust ou Naomi Oreskes, dans les Marchands de doute, ont montré comment une poignée d'individus ont fait du doute un produit pour saper le savoir au lieu de l'étendre, pour différer des décisions, pour paralyser l'opinion en retardant sans cesse le jugement<sup>5</sup>. Le mécanisme théorique est le même, qu'il s'agisse des industriels du tabac ou des climatosceptiques, et autres négationnistes. Drapés des oripeaux de la science: ils interrogent, examinent, demandent des preuves, doutent, mais c'est un doute feint, ils doutent de tout (en cela c'est pathologique) pour créer une procrastination politique. Un tel dévoiement semble être possible parce que nous avons de la science une vision biaisée. Nous nous méprenons quand nous considérons que la science produit des certitudes, elle fournit seulement, humblement, des modèles vraisemblables qui sont appelés à être discutés, voire modifiés ou abandonnés par le consensus scientifique, ce sont des savoirs périssables. L'incertitude et le doute ne sont donc pas signes d'incohérences, de faiblesses, mais comme l'écrit Claudine Tiercelin: des conditions fécondes pour mener une recherche, une enquête permettant de « surmonter des doutes légitimes en établissant des croyances stables et par là même, vraies<sup>6</sup> ».

<sup>4</sup> FAGOT-LARGEAULT (Anne), « Doute et recherche scientifique », discours présenté lors de la séance solennelle de rentrée des cinq Académies 2010 sous la présidence de Monsieur Roger Taillibert, président de l'Institut de France, président de l'Académie des beaux-arts, sur le thème: « Le doute ».

<sup>5</sup> Voir également FOUCART (Stéphane), La Fabrique du mensonge. « Comment les industriels manipulent la science et nous mettent en danger », Folio, 2014.
6 Ibid.

La pensée critique ne doit pas être confondue avec ce doute radical paralysant, elle se présente comme une entreprise exigeante, stimulante et émancipatrice, applicable à tous les domaines où se manifeste le souci de vérité.

**Exigeante** d'abord en ce qu'elle invite à préciser le sens des mots que l'on emploie, par exemple le mot « science », qui désigne aussi bien la communauté de scientifiques avec ses rites que le corpus de connaissances ou la technoscience, ou la démarche rationnelle. Pour le biologiste Guillaume Lecointre, la confusion est une manipulation grave:

parce qu'en utilisant le seul mot science sans préciser dans quel sens on l'entend, on laisse courir le malentendu selon lequel la démarche rationnelle de la découverte du monde mène tout droit aux néfastes conséquences sociales du libéralisme économique  $[...]^7$ .

Exigeante encore parce qu'en son sein, les arguments d'autorité n'ont que peu de poids, comme le rappelait Carl Sagan<sup>8</sup>. Il convient de se méfier de l'autorité scientifique qui nous prédispose à accueillir favorablement des résultats et en cela l'histoire des sciences est une alliée précieuse de la pensée critique puisqu'elle nous montre combien de fois par le passé il est arrivé aux autorités de se tromper.

**Exigeante** enfin, en ce qu'il revient alors à chacun de s'informer, d'examiner les preuves, de soupeser les hypothèses, de se confronter à l'autre, de se former à la pensée critique pour s'approcher de manière asymptotique de la vérité.

**Douloureuse** aussi, en ce qu'elle ajoute au *Sapere aude* des Lumières (ose connaître par toi-même) un « pense d'abord contre toi-même » et demande à soumettre à la critique nos croyances les plus chères.

**Stimulante** par son réalisme de principe qui nous invite à construire collectivement la connaissance, elle nous rappelle ainsi que les faits sont indépendants de nous, comme l'écrivait David Hume en 1742 :

Même si le genre humain tout entier concluait de manière définitive que le Soleil se meut et que la Terre demeure en repos, en dépit de ces raisonnements le soleil ne bougerait pas d'un pouce de sa place et ces conclusions resteraient fausses et erronées à jamais.

<sup>7</sup> Debussy (J.) et Lecointre (G.), Intrusions spiritualistes et impostures intellectuelles en science, Syllepse (2001) introduction, pages 33-34.

<sup>8</sup> SAGAN (Carl), *The Denmon-Haunted World. Science as a Candle in the Dark*, Balantine Books, New York, 1996, p. 210-211.

Ou dit autrement, pour plagier Richard Monvoisin<sup>9</sup> « peu importe que l'on aime ou pas la théorie de la gravitation, les corps tombent: le monde n'est pas fait pour nous plaire »!

Émancipatrice enfin, puisqu'en soumettant, comme le préconisait Bertrand Russell<sup>10</sup>, notre adhésion à la qualité des preuves et des raisons qui soutiennent une affirmation (quel que soit le domaine), nous luttons contre la servitude aux idées reçues, nous nous affranchissons d'un prêt-à-penser confortable, mais aliénant, nous redonnons à la pensée toute sa liberté.

En définitive, la « prudence spéculative » définie à partir de Francis Bacon comme la « pensée critique » est à la fois une ruse permettant de débusquer les erreurs, idoles et autres dévoiements de la pensée, et une sagesse pour pouvoir se positionner, décider, choisir en toute connaissance de cause. Ainsi:

Sachons donc user de cette prudence spéculative [...]. En règle générale, tout homme qui examine la nature des choses doit tenir pour suspect ce qui ravit et retient de préférence son entendement. Et plus ce goût est vif, plus il faut redoubler de précaution afin de conserver l'entendement égal et pur (BACON, *Novum Organum*, livre I, aphorisme 58).

### **BIBLIOGRAPHIE**

BOISVERT (Jacques), *La formation de la pensée critique théorie et pratique*, Canada, Éd. du Renouveau pédagogique; Diff. De Boeck Université, 1999.

BOUVERESSE (Jacques), *Prodiges et vertiges de l'analogie: de l'abus des belles-lettres dans la pensée*, Paris, Raisons d'agir: Diffusion Le Seuil, 1999.

BROCH (Henri), *L'art du doute ou comment s'affranchir du prêt-à-penser*, Valbonne, Éd. Book-e-book, 2008.

Bronner (Gérald), La démocratie des crédules, 1. éd, Paris, PUF, 2013.

CHALMERS (Alan Francis), Qu'est-ce que la science? Récents développements en philosophie des sciences: Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend, traduit par M. Biezunski, Paris, Librairie générale française, 1990.

DUBESSY (Jean), LECOINTRE (Guillaume) et SILBERSTEIN (Marc), Les matérialismes et leurs détracteurs, Paris, Syllepse, coll. « Matériologiques », 2004.

<sup>9</sup> Communication personnelle, Richard Monvoisin, premier docteur en didactique des sciences sur le sujet de la zététique, définie comme « art du doute ». Cf. « Pour une didactique de l'esprit critique. Zététique & utilisation des interstices pseudoscientifiques dans les médias », université Grenoble 1 Joseph Fourier, Grenoble, 2007.

<sup>10</sup> Russell (Bertrand), Essai sceptique De la fumisterie intellectuelle, Broché, 2013.

HAACK (Susan), « Le bras long du sens commun: En guise de théorie de la méthode scientifique », Philosophiques, 2003, vol. 30, n° 2, p. 295-320.

HUME (David), *Enquête sur l'entendement humain*, traduit par A. Leroy, Paris, Flammarion, coll. « GF », 2006.

MONVOISIN (Richard), Pour une didactique de l'esprit critique. Zététique & utilisation des interstices pseudoscientifiques dans les médias, université Grenoble 1 Joseph Fourier, Grenoble, 2007.

ORESKES (Naomi), CONWAY (Erick), Les marchands de doute, Bloomsbury Press, 2010.

SOKAL (Alan D.) et BRICMONT (Jean), Impostures intellectuelles, Paris, O. Jacob, 1997.

La pensée de Delphine Toquet incline l'honnête homme soucieux de vérité scientifique à cette *prudence spéculative*. Faire l'éloge de l'esprit critique est devenu un sport moderne... énoncé dans de nombreux colloques: il ne s'agit pas d'exprimer un avis; il faut accepter la remise en question de ses acquis, de ses préjugés, voire de ses intuitions.

Autant l'éthique est le *rapport de soi à soi*, autant la prudence spéculative autrement dénommée médiatiquement esprit critique, c'est *penser contre soi*, c'est-à-dire passer la connaissance au-delà de la critique pour lier la critique des idées et les acquis de la critique. Il apparaît souvent une confusion sur la notion d'esprit critique considérée comme la seule volonté de solutionner les problèmes. Il est en effet important de savoir si les problèmes identifiés sont les bons et le doute permet de ne pas avoir une pensée critique de semblant. La pensée critique doit assumer sa part de complexité, c'est-à-dire ménager et lier le doute et la complexité pour rouvrir le débat. Il faut sortir de la pensée binaire. En ce sens, une opposition catégorique ANADOC *vs* AREDOC ne saurait avoir de sens.

Ce scepticisme raisonnable permet de douter en confiance d'autant plus actuellement où la pensée classique encyclopédique est bousculée par les techniques nouvelles tumultueuses, dont l'IA: placer la technologie au-dessus de la critique fait prendre un risque majeur de soumission à la machine qui pourrait alors contrôler l'utilisateur

C'est dire qu'en expertise façonnée par l'IA, la singularité de l'individu pourrait s'estomper, la relation médicale serait a-éthique tout en restant en adéquation avec les mœurs de notre future époque justifiant et validant toutes les données issues de l'IA... pour le bien ou le moins bien de la victime et de la société.

La pandémie virale actuelle du Covid-19 met en lumière les divergences des États sur les stratégies sanitaires, économiques et politiques; point n'est le débat de cet ouvrage. Mais il est un fait désormais prouvé que la valeur humaine, alimentée par les médias dans les pays démocratiques, prend une importance considérable eu égard aux pays pauvres.

Barémisation... moralisation... harmonisation... La coloration de la victime change donc aux frontières, comme ce mort âgé du Covid-19 dans un pays riche qui impacte plus les médias que celle d'un enfant assoiffé d'Afrique. Ce Covid nous fait ressentir la grande fragilité de *sapiens-sapiens* et l'immense relativité des analyses des pays possédant les moyens financiers, les moyens de soins, et ceux de l'information.

Concernant les barèmes, les productions et évaluations sont fécondes, ce qui signe la disparité des évaluations selon Gérard Mémeteau (dans le texte):

Il en est plusieurs, ce qui signifie que la même personne est de valeur variable, selon les poids que l'on utilisera... Le caméléon juridique.

Au niveau européen, une victime accidentée voit aussi son évaluation indemnitaire fluctuer selon les frontières en fonction des conditions assurantielles et juridiques locales. Des efforts fondamentaux sont à développer pour resituer la victime au centre de la procédure d'indemnisation et non au centre des préoccupations financières des assureurs.

Harmoniser ce n'est pas barémiser, mais harmoniser c'est moraliser.

S'il faut harmoniser quelque chose au-delà des frontières, c'est la définition de la victime. En revanche, il y a urgence à ne pas barémiser, ce qui serait synonyme d'égalitarisme facilitateur faisant fi des lois et coutumes locales et de la notion supérieure d'individu.

Mais l'IA n'a pas de frontières, en soi elle est neutre, et les algorithmes financiers plus rapides que les lois font que cette prise de conscience mondiale de notre fragilité au coronavirus peut être comparée à notre fragilité potentielle face à un outil informatique fulgurant, mais insuffisamment compris et maîtrisé par le profane, sachant que le concepteur de l'outil utilisera les données captées de l'utilisateur avec très vraisemblablement de l'opacité pour mieux tendre vers un résultat escompté d'un organisme par des probabilités inaccessibles au profane.

En d'autres termes, le concepteur de l'outil ne peut pas être neutre, car l'utilisation de son outil présente un risque évident de partialité.

La compréhension fine d'un système IA est donc quasi impossible pour le profane, et son fonctionnement informatique répond à des exigences économiques incroyablement complexes, voire inaccessibles. Ce qui nécessitera,

recul, intelligence et pensée pour comprendre, analyser et proposer une *résistance active* face cette vitesse inéluctable de l'IA.

Il nous faut donc faire très attention au discours décomplexé anglo-saxon qui nous propose d'utiliser des moyens modernes prodigieux en rendement et en efficacité, car au-delà de cette utilisation pragmatique des données des victimes et des assurés, celles-ci seront utilisées à leur insu avec des algorithmes prodigieux au service d'une mission non gouvernée par les peuples, mais par des organismes privés au pouvoir financier gigantesque.

L'actualité oppressante du Covid nous impose de faire part de l'entretien du Défenseur des droits Jacques Toubon dans le *JDD* n° 3829 du 31 mai 2020.

À la question de la journaliste Marianne Énault sur les biais les plus importants des algorithmes il répond :

...les algorithmes sont créés à partir des données acquises passées. À une autre époque, ils auraient pu permettre de dire que la terre était plate! Il y a aussi des biais liés à l'utilisation de données non représentatives: certaines catégories sont sous-représentées. Ensuite, il y a les effets discriminatoires des algorithmes apprenants, c'est-à-dire ceux qui sont capables d'évoluer. C'est par exemple COMPAS aux USA qui aide les juges à rendre leur décision. En tant qu'ancien garde des Sceaux, je trouve que c'est l'horreur... nécessité d'allier au point de vue des créateurs des algorithmes des utilisateurs et des vigies capables d'introduire des règles dans leur confection... une grande majorité des algorithmes sont faits par des hommes blancs; tous les stéréotypes de la société contre lesquels nous luttons risquent de se traduire dans les algorithmes... transparence et égalité dans la création... responsabilité sociale des créateurs... les algorithmes sont une création humaine et l'homme doit conserver sa responsabilité dans la manière dont ils sont créés et appliqués...

Appliquons l'approche de M. Toubon à un exemple précis: nous insistons sur la question fondamentale de la traduction des doléances en expertise médicale, indiscutablement colorées par le bassin géographique et la culture d'origine.

De fait, la traduction de la douleur est nettement différente entre le pourtour méditerranéen et l'occident du Nord-Ouest, ce que certains traduisent comme le « discours méditerranéen » dans lequel le discours de la douleur est diffusé à l'ensemble du corps et non à l'organe, d'où les difficultés d'approche des troubles.

Qu'en sera-t-il si un algorithme établi pour analyser les doléances est confectionné par un « Blanc » (*ibid.* Toubon) peu sensibilisé à la subjectivité de la représentation de la maladie d'une personne originaire du bassin méditerranéen? Cela présente pour nous, acteurs de l'expertise et désireux de la plus

juste interprétation et intégration des doléances, un risque majeur dans l'objectivité finale du dossier d'indemnisation.

C'est dire, par ce simple exemple, l'absolue nécessité d'un contrôle du système de l'IA par cette notion d'éthique embarquée présentée par Yann Ferguson et J.-M. Rodriguez:

Les outils d'intelligence artificielle ont ainsi le potentiel d'améliorer la prise de décision humaine, mais également de se substituer entièrement à elle. Il est donc important, essentiel, de réévaluer régulièrement l'impact décisionnel des préférences et hypothèses des algorithmes...

Rappelons-le encore: « [...] les algorithmes sont une création humaine, et l'homme doit conserver sa responsabilité dans la manière dont ils sont créés et appliqués. » Jacques Toubon (*ibid*.)

De fait, l'ethnomédecine, qui prend en compte la dimension culturelle de la maladie, ne devrait pas être écartée de la médecine d'expertise tout autant que des assureurs.

« S'intéresser à l'ethnomédecine, c'est s'intéresser à l'altérité et accepter qu'il y ait des différences entre nous... », selon le professeur Olivier Bouchaud infectiologue au CHRU Avicenne de Bobigny, « ... parce que la maladie a une dimension culturelle, tout simplement parce que le corps n'existe que dans un réseau de relations... »

Ce qui nous amène à parler du préjugé: en médecine 97 % des erreurs diagnostiques sont dues à des erreurs de raisonnement dans lequel les *a priori* jouent un rôle majeur. Les médecins experts quels qu'ils soient ne peuvent exclure le risque d'erreur dans leur approche médico-légale, qu'elle soit due à un défaut d'altérité, à des *a priori* médico-juridiques, à des défauts de raisonnement, à une passivité intellectuelle guidée par des principes considérés comme supérieurs (convention diverse, pseudo dogme, algorithme obscur...). Nous en sommes loin: il y a comme une toute-puissance de l'écriture et de la parole de l'expert en titre. Au pire, l'idée préconçue, en d'autres termes la conclusion préconçue, annihile le contradictoire dans l'entretien en théorie multilatéral.

Il est donc nécessaire de ne pas se laisser déborder par les préjugés.

Il y a certes des difficultés de compréhension dans la réception de tout discours par définition subjectif, mais c'est un devoir supérieur de l'expert que de développer toute son attention et le respect d'autrui, pour éviter la sous-estimation des doléances, quelle que soit l'origine culturelle et/ou cultuelle du blessé.

Aussi, lecteur, surtout n'oublie pas que le risque de tout système informatique est double: d'une part la passivité de ta réflexion, d'autre part la facilité de ta

manipulation par la perte de ta capacité d'expertise au risque de ta soumission possible au système, que deviendrait-il alors de ton libre arbitre?

Nous pensons que l'éthique de l'impartialité et l'éthique embarquée sont liées.

Nous pensons que la barémisation (la moyennisation) va à l'encontre de la notion d'individu unique, et que spécifiquement la barémisation algorithmique ne doit pas être une valeur d'ajustement.

L'expert doit-il vraiment assurer le bien de l'assurance? En tout cas..., il doit éviter la non-malfaisance envers la victime.

Juridiquement, c'est aussi rappeler la valeur supérieure du Droit et la nécessité d'une *impartialité* obligée, bien sûr pour l'expert judiciaire, mais aussi pour tous les autres acteurs qui doivent y tendre (même s'ils sont parties), ce qui est explicité par Benoît Mornet.

Cet échiquier engageant de multiples acteurs implique la nécessité d'un équilibre des forces entre les parties passant notamment par une transparence dans les moyens modernes utilisés.

Encore faut-il qu'une éthique de la frontière technologique du processus d'indemnisation des victimes soit lisible pour tous dès lors qu'on replonge dans le champ de la loi Badinter (Cyril HAZIF-THOMAS).

Puisse cet ouvrage transversal être une « épiphanie » (*epiphanea*) soulignant les fragilités de l'expertise et son inclination actuelle vers la rentabilité de l'assurance aux dépens de la victime.

Puisse-t-il, aussi, suggérer à tout acteur de l'expertise une introspection obligée lors de son acte d'évaluation qui l'engagera sur deux plans, tant au regard de son éthique personnelle que de la société, et si l'avocat revendique une ignorance de neutralité, celle-ci s'arrête cependant à la réalité médicale et scientifique telle qu'elle résulte du caractère technique de la mesure l'expertise (Renaud Bouvet).

La relation patient-médecin est d'essence un entretien singulier. Le médecin devant être par principe éthique un être bienveillant. Selon Paul Ricœur « [...] il faut percevoir l'être comme un être qui dépasse ses caractéristiques accidentelles immédiates... » Le paternalisme médical expertal doit être abandonné pour teinter la réflexion médico-légale d'empathie et de *prudence spéculative*: une pensée exigeante, douloureuse, stimulante, émancipatrice (Delphine Toquet).

Au terme des échanges, deux risques émergent nettement, celui de l'intelligence artificielle et celui de l'évaluation du *quantum* par le système Datajust qui semble utopique et dangereux (Stéphanie PORCHY-SIMON).

Retenons la formulation de Gérard Mémeteau.

[...] Il est vrai qu'une autorité coutumière peut se constituer et altérer le pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier les éléments du préjudice, et le choix par l'expert de ses références. Néanmoins, l'individu passe avant le barème, à interpréter à la lumière de son état concret. Ce n'est pas la victime qui se plie devant le barème...

Il y a urgence éthique à moderniser la loi Badinter, et au-delà toute approche médico-légale, pour équilibrer les moyens des parties, pour éviter le cocon rassurant de l'assurance (Stéphane Dausque), pour engager une réflexion sur les moyens modernes disponibles, dont une IA résolument éthique, contrôlée et sécurisée, où tous les intervenants concepteurs et utilisateurs seront soumis à une déontologie appropriée.

#### CONCLUSION

La loi Badinter est une avancée majeure pour l'indemnisation des victimes de la route; elle doit désormais être adaptée à nos temps plus modernes.

Le recul temporel permet de noter la puissance des assureurs dans la rédaction des missions, les protocoles d'indemnisation (IRCA), etc., les armes ne sont pas égales entre la victime et ses conseils, et l'organisme indemnisateur.

Les moyens modernes d'évaluation seront proposés par les assureurs (les algorithmes), la barémisation des préjudices estompera la singularité de la victime et des séquelles imputables.

Un contrôle sociétal sera nécessaire pour éviter toute orientation délétère au principe de « rien que le dommage, mais tout le dommage ».

Si l'on parle d'éthique embarquée dans l'IA, et du refus du paternalisme technologique soumettant les acteurs de l'indemnisation, cette éthique apparaît aussi en amont de l'utilisation des outils d'évaluation. C'est alors insister sur la nécessité d'un regard critique sur les choses obscures, sur la pensée magique de l'IA, sur la nécessité d'une confrontation non polémique des référentiels d'idées afin d'éviter toute position dominante, en replaçant une éthique bienveillante au sein de la relation victime-expert-avocat-régleur.

# Ayez le réflexe...

## www.bnds.fr



L'accès à la connaissance en droit de la santé et éthique médicale à portée de clic!

La BNDS est la première bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale







La BNDS est soutenue par l'Union européenne et la Région Aquitaine

#### Contact

BNDS – Service commercial LEH Édition

Tél.: 05 56 98 85 79 Fax: 05 56 96 88 79

info@bnds.fr

### **PARTAGEZ VOTRE AVIS!**

Vous aimez les ouvrages proposés par LEH Édition? Vous souhaitez faire des commentaires bénéfiques? Alors rendez-vous sur **www.leh.fr** dans la fiche produit de cet ouvrage ou d'autres et partagez votre avis!



Le Groupe LEH est aussi sur les réseaux sociaux et vous attend...

Facebook (Groupe LEH)

Twitter (@GroupeLEH)





Le Groupe LEH, c'est : un groupe d'experts au service des professionnels de santé

LEH Édition • LEH Formation • LEH Conseil • LEH Événement BNDS • Hopitalex • SMH

www.leh.fr • www.bnds.fr • www.hopitalex.com • smh.leh.fr info@leh.fr • 05 56 98 85 79

La qualité des préfaces juridique et éthique confirme l'importance de l'enjeu sociétal dans l'évaluation de l'indemnisation de la victime d'un accident. Puisse-t-elle ne pas être trop isolée dans le dédale de l'indemnisation médico-légale.

L'échiquier de l'indemnisation est sous la maîtrise des assureurs. La loi Badinter est-elle vidée de son sens? Les différents acteurs, juristes, médecins, assureurs, se doivent d'assurer une éthique maximaliste pour plus d'équité et de justice. Les technologies nouvelles, telles que les algorithmes de l'intelligence artificielle, pourront servir ou desservir une juste indemnisation sous réserve d'un contrôle éthique du système. C'est dire la nécessité d'une prudence spéculative pour accéder à la maîtrise multilatérale des nouveaux outils.

L'ensemble de l'ouvrage propose à celui qui se veut un honnête homme du XXI<sup>e</sup> siècle de se mettre à l'écoute des victimes de façon intelligente en prisant les charmes de ce data détox que permettent non seulement le recours à l'éthique de la discussion mais aussi ce que nous aimerions nommer une lecture démocratique des data.

Cet ouvrage collectif est une lumière technique, éthique, et humaniste.

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle, que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, & à ne point faire celles que la loi lui permet...

MONTESQUIEU, Esprit des Lois, tome I

### **LES PARTENAIRES**











### **LEH Édition**

253-255 cours du Maréchal-Gallieni 33000 BORDEAUX Tél. 05 56 98 85 79 - Fax. 05 56 96 88 79

