UNIVERSITE MONTESQUIEU - BORDEAUX IV

ECOLE DOCTORALE de DROIT (E.D 41)

DOCTORAT en DROIT

Michel BOUVIER

L'EXPERTISE MEDICALE DANS LE DROIT DE LA SECURITE SOCIALE

Thèse dirigée par **MM. Jean-Pierre DUPRAT** et **Jean-Pierre LABORDE**
Professeur émérite et professeur

*Soutenue le **9 avril 2013***

JURY :

Mme Maryse BADEL,
Maître de conférences HDR, Université Montesquieu - Bordeaux IV.

M. Jean-Pierre DUPRAT,
Professeur émérite, Université Montesquieu - Bordeaux IV,
Co-directeur de thèse.

M. Jean-Pierre LABORDE,
Professeur, Université Montesquieu - Bordeaux IV, Président honoraire de l'Université,
Co-directeur de thèse.

M. Michel LAFORCADE,
Directeur général de l'Agence régionale de santé Aquitaine.

M. Robert LAFORE,
Professeur, Institut d'études politiques de Bordeaux,
Rapporteur.

M. Thierry TAURAN,
Maître de conférences HDR, Université de Lorraine à Metz,
Rapporteur.

L'université Montesquieu Bordeaux IV n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Les opinions qu'elles renferment doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A mon épouse, Claude

Remerciements :

A Messieurs les Professeurs Jean-Pierre DUPRAT et Jean-Pierre LABORDE,
Co-directeurs de la thèse, pour la confiance qu'ils m'ont témoignée,
et aux autres membres du jury pour l'intérêt qu'ils ont porté à ce travail,

A Madame Florence DORIAN,
alors chargée d'études et documentaliste à la DRASS Aquitaine,
pour sa totale disponibilité,

A Monsieur Michel LAFORCADE,
Directeur général de l'ARS Aquitaine,
alors directeur adjoint de la DRASS Aquitaine,
qui m'a, notamment, communiqué copie du rapport de 1983 sur le contentieux de la sécurité sociale "*bilan et perspectives*",

A Monsieur Jean-Pierre LANCRY,
Directeur général de l'ARS Basse-Normandie,
alors directeur de la santé à la caisse centrale de mutualité sociale agricole,
pour sa lettre en date du 14 octobre 2007 sur le régime applicable aux différends d'ordre médical en matière d'AT/MP dans le domaine agricole,

A Monsieur Christian SAINT-LAURENT,
alors inspecteur du travail à la DRAF Aquitaine,
pour ses informations sur la tutelle au regard des spécificités de ce régime,

A Monsieur Christophe LACAZE,
alors cadre de la caisse de MSA du Tarn et Garonne,
pour son attention sur les difficultés procédurales nées de la dualité de régime d'expertise, pour les difficultés d'ordre médical dans le domaine agricole.

A Monsieur le Docteur VIBET,
alors Médecin-chef du contrôle médical du RSI Aquitaine,
pour m'avoir fait bénéficier de son expérience en matière d'expertise médicale,

A Monsieur Albert CHAZAL,
Ex-cadre des Charbonnages de France,
qui m'a aimablement confié un exemplaire de sa thèse sur le sujet et m'a éclairé précieusement sur le régime spécial des Mines,

A Madame Annie LACAMPAGNE,
Secrétaire du C.S.R.D.,
qui a assuré avec beaucoup de compétence le traitement informatique de la thèse.

ABREVIATIONS ET ACRONYMES

ALD ..... Affection longue durée

ALM..... Assurance longue maladie

AT/MP ..... Accident du travail/maladie professionnelle

ARS..... Agence Régionale de Santé

AS..... Assurances sociales

BC ..... Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation

BJ FNOSS ..... Bulletin juridique de la Fédération nationale des organismes de sécurité sociale

CDAPH..... Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées

CDH..... Commission départementale des handicapés

Cass. civ. ..... Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. soc..... Chambre sociale de la Cour de cassation

CDM ..... Code de déontologie médicale

CEDH ..... Cour européenne des droits de l'homme

CM ..... Contrôle médical

CNAMTS..... Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés

CNITAAT ..... Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail

COM. ..... Contestation d'ordre médical

COTOREP ..... Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel

CPAM..... Caisse primaire d'assurance maladie

CPC..... Code de procédure civile

CPI..... Commission de première instance du contentieux de la sécurité sociale

CPSS ..... Caisse primaire de sécurité sociale

CRA ..... Commission de recours amiable

CRSS..... Caisse régionale de sécurité sociale

CSS..... Code de la sécurité sociale

D. ..... Décret

DDASS..... Direction (Directeur) départementale des affaires sanitaires et sociales

DGSS ..... Direction générale de la sécurité sociale

DOM ..... Difficulté d'ordre médical

DRASS..... Direction (Directeur) régionale des affaires sanitaires et sociales

DRSS..... Direction (Directeur) régionale de la sécurité sociale

DDS..... Directeur départemental de la santé

DRS..... Directeur régional de la santé

EM ..... Expertise médicale

Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais

IPT ..... Incapacité permanente de travail

ITT ..... Incapacité temporaire de travail

JCP..... Jurisclasseur périodique

LFSS ..... Loi de financement de la sécurité sociale

MC ..... Médecin conseil

MSA..... Mutualité sociale agricole

MT ..... Médecin traitant

NEM..... Nouvel examen médical

PEC..... Prise en charge

PEM..... Procédure d'expertise médicale

RDSS..... Revue droit sanitaire et social

RICP ..... Règlement intérieur des caisses primaires

RJS..... Revue de jurisprudence sociale

SCM..... Service du contrôle médical

TA ..... Tribunal administratif

TASS..... Tribunal des affaires de sécurité sociale

TCI..... Tribunal du contentieux de l'incapacité

TGI..... Tribunal de grande instance

UIMM..... Union des industries métallurgiques et minières

S O M M A I R E

PREMIERE PARTIE

DOMAINE ET MISE EN ŒUVRE DE L'EXPERTISE MEDICALE

CHAPITRE I

Le domaine d'intervention de l'expertise médicale

Section 1 – La notion de difficulté d'ordre médical ou la place de l'EM à l'intérieur du contentieux général
Section 2 – Le cantonnement de l'expertise médicale au contentieux général : expertise médicale et contentieux technique

CHAPITRE II

La mise en œuvre de la procédure

Section 1 – Le déclenchement de la procédure
Section 2 – Le choix de l'expert
Section 3 – Le protocole d'expertise et la mission de l'expert

CHAPITRE III

L'expertise

Section 1 – Les opérations d'expertise
Section 2 – Les suites de l'expertise
Section 3 – Les frais d'expertise

DEUXIEME PARTIE

PORTEE DE L'AVIS DE L'EXPERT ET AVENIR DE L'EXPERTISE MEDICALE

CHAPITRE I

La portée de l'avis de l'expert

Section 1 – Un avis doté d'une force probante sans préjudice de recours
Section 2 – Les conditions substantielles de validité de l'expertise
Section 3 – Les mesures à prendre au cas d'irrégularité ou d'insuffisance de l'expertise
Section 4 – L'avis de l'expert face à une demande de nouvelle expertise' et/ou à la présomption d'imputabilité en matière d'AT/MP

CHAPITRE II

L'avenir de l'expertise médicale

Section 1 – L'attraction de l'expertise judiciaire ou l'exemple du régime dérogatoire propre aux AT/MP dans le domaine agricole
Section 2 – La difficile suppression de l'expertise médicale

I N T R O D U C T I O N

En créant une organisation de la sécurité sociale, née du programme du Conseil National de la Résistance (15 mars1944), qui prévoyait la mise en place d' "un plan complet de sécurité sociale visant à assurer à tous les citoyens les moyens d'existence, dans tous les cas où ils sont incapables de se les procurer par le travail, avec une gestion appartenant aux représentants des intéressés et de l'Etat", l'ordonnance du 04 octobre 1945 répondait à l'immense besoin de protection sociale à la Libération, reconnaissant, dans l'élan de fraternité et de solidarité qui s'en suivit, un droit à la sécurité sociale que la Constitution du 27octobre 1946 devait d'ailleurs présumer dans son préambule…

On ne peut passer sous silence l'influence que put avoir le rapport de Lord Beveridge, qui avait été appelé par le gouvernement anglais en 1941 à présider un comité chargé de dresser un bilan du système anglais, dont la portée de principe, limitée aux salariés et à certains risques, le conduisit à proposer la protection de l'ensemble de la population contre un maximum de risques, mais avec des prestations uniformes, c'est-à-dire indépendantes des gains des intéressés.

Au fond, la protection sociale ne devait plus dépendre de l'apport du bénéficiaire à la société, mais de ses besoins dans un système de garantie d'un niveau social, au nom d'une unité de risque comportant toutes les institutions d'assurances sociales, dans un service public unique, sous l'autorité d'un ministre de la Sécurité Sociale.

L'ordonnance précitée s'inscrivait, somme toute, dans le droit fil des idées de Lord Beveridge sur l'organisation et la généralisation d'une sécurité sociale, quand elle visait l'extension progressive de la sécurité sociale à l'ensemble de la population, au fur et à mesure que les circonstances le permettraient, avec un régime général à base de caisses à compétence générale, une large place faite à la mutualité[1].

Mais cette volonté d'uniformisation et de généralisation, cette dernière contenue dans une loi du 22 mai 1946, ne devait pas suffire à obtenir les résultats escomptés quand, déjà, l'ordonnance portait en ses flancs la survie de certains régimes spéciaux de salariés, comme l'avait déjà fait le décret-loi du 28 octobre 1935, et destinés à rejoindre le régime général, mais qui allaient perdurer avec la survie d'un régime durable propre à l'agriculture, le décret-loi du 30 octobre 1935 ayant instauré un régime distinct de celui des assurances sociales qui avait été créé par la loi du 05 avril 1928 complétée par celle du 30 avril 1930 et qui, lui, existe toujours comme tel.

---

[1] *Voir J.J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, "Droit de la sécurité sociale", Précis Dalloz 17ème éd., 2011.*

On sait en effet que ces régimes spéciaux s'étaient développés dans certaines professions bien avant la création de la Sécurité Sociale, dès le XIX^{ème} siècle, de telle sorte qu'on est en présence aujourd'hui de régimes intégralement spéciaux, qui couvrent la totalité des risques (SNCF, Mines, militaires de carrière, etc.), le terme de régime étant pris ici dans son sens organique, les prestations versées par une organisation autonome, et qui sont à distinguer des régimes partiellement spéciaux ou encore dits "particuliers" (fonctionnaires civils de l'Etat, agents des collectivités locales ou d'EDF-GDF…), et qui ne couvrent que certains risques (vieillesse, accidents du travail/maladie professionnelle (AT/MP)), les bénéficiaires étant rattachés au régime général pour les autres risques (notamment les prestations en nature).

Cette "dualité" a d'ailleurs conduit à adopter des dispositions particulières pour les modalités du choix de l'expert, en principe d'un commun accord par le médecin traitant du malade et le médecin-conseil de l'organisme de prise en charge, et quand le médecin traitant n'est pas en situation d'indépendance vis-à-vis de cet organisme en raison de l'organisation spéciale de ce dernier, l'expert est alors désigné par une autorité administrative (actuellement le directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS))[1].

La loi précitée du 22 mai 1946, portant généralisation de la sécurité sociale et prévoyant l'assujettissement de tout Français résidant sur le territoire français aux assurances sociales telles qu'elles avaient été créées par l'ordonnance 45.2454 du 19 octobre pour les salariés du Commerce et de l'Industrie (sorte de régime général qui laissait donc à part les assurances sociales agricoles), devait voir sa portée considérablement réduite.

En effet, le principe posé par cette loi devait subir une première atteinte avec la pérennité des régimes spéciaux qu'édictait le décret du 08 juin 1946, les perspectives d'unification cédant le pas devant le particularisme et la puissance de professions redoutant une uniformisation par le bas, du fait de la généralisation du régime général.

L'autre atteinte portait sur l'échec de l'extension à l'ensemble de la population et plus particulièrement aux catégories de non-salariés, l'épineux problème de l'impossibilité de partage des cotisations avec un employeur pour les non-salariés, et le surcroît de charges qui aurait pu en résulter pour les salariés ayant conduit à l'échec d'une loi du 13 septembre 1946, qui avait prévu la généralisation de l'assurance vieillesse, et à la création de régimes autonomes par la loi du 17 janvier 1948 pour les professions industrielles et commerciales, les professions artisanales, les professions libérales et plus tard, par la loi du 10 juillet 1952, pour les professions agricoles.

En outre, comme l'avait fait l'ordonnance du 19 octobre 1945, la loi 46-2426 du 30 octobre relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles des travailleurs dépendants du commerce et de l'industrie, créait une sorte de régime général en la matière, fondée sur le risque, avec un organisme social débiteur des prestations, laissant également à part ceux de l'agriculture, dont le régime continuait de reposer sur la responsabilité personnelle et forfaitaire sans faute de l'employeur, telle qu'issue de la loi du 09 avril 1898 complétée, pour les responsabilités des accidents dont étaient victimes les ouvriers dans leur travail, l'assureur étant légalement substitué à l'employeur par une loi de 1905, au cas d'action tendant à l'indemnisation et aussi bien pour les maladies professionnelles, à la suite de la loi du 25 octobre 1919.

****

Cette dispersion ne devait pas pour autant impliquer que ne fût pas recherchée, dans le plan français de sécurité sociale, une organisation du contentieux de nature à unifier les procédures, et qui serait donc applicable aux régimes "nouveaux venus".

---

[1] *Voir infra 1ère partie, chap. II, Section II, § 2 et art. R. 711-1 modifié CSS pour la liste de ces régimes.*

La nouvelle organisation de sécurité sociale supposant d'assurer le service des prestations aussi bien en matière d'assurances sociales que d'accidents du travail et de maladies professionnelles ou d'allocations familiales[1], ce fut donc la loi 46-2339 du 24 octobre qui instaura une réorganisation des contentieux de la Sécurité Sociale et de la Mutualité Sociale Agricole, dans le cadre de l'ordre judiciaire.

Effacées donc les commissions cantonales, puis d'arrondissement, juridictions civiles spécialisées présidées par le juge de paix, selon le principe de l'échevinage ou encore d'exception, rattachées à l'ordre judiciaire dans la mesure où, en appel, le contentieux relevait du tribunal civil et, en cassation, de la Cour de cassation, et compétentes en matière d'assurances sociales, sous le régime des lois de 1928-1930 et du décret-loi du 28 octobre 1935.

Effacé aussi le contentieux des allocations familiales relevant, selon le cas, soit des juridictions civiles de droit commun, soit du Conseil des Prud'hommes.

Effacée, enfin, la compétence des juridictions civiles de droit commun qu'avait instaurée la loi du 09 avril 1898 en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, du moins pour les salariés du commerce et de l'industrie, le pas ayant été franchi pour les salariés de l'agriculture avec la loi 72.965 du 25 octobre, le contentieux alors dévolu à ce qui était donc devenu le contentieux général de la sécurité sociale.

Au fond, la dévolution de la compétence, pour ce contentieux, à l'ordre judiciaire, avec des commissions de première instance présidées par le Président du tribunal civil et, en appel, des commissions régionales présidées par un conseiller à la cour d'appel, et composées selon le principe de l'échevinage, avec possibilité de pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, n'avait pas de quoi susciter un grand étonnement si l'on considère le dispositif antérieur, largement inspiré de l'organisation judiciaire, et la réforme de 1958 (ord. 58-1275 du 22 décembre) n'ayant jamais fait que conforter ce choix, la commission régionale d'appel étant supprimée au profit d'une chambre sociale de la cour d'appel, composée de seuls magistrats, tandis qu'avec la loi du 3 janvier 1985 les commissions de première instance devenaient les tribunaux des affaires de sécurité sociale.

Quel que soit l'intérêt d'une étude récente (2007) réalisée sur ce choix[2], il ressort de l'exposé des motifs de la loi[3] que le rattachement à l'ordre judiciaire plutôt qu'administratif ne fut jamais une question centrale, la gestion de l'ensemble du service public de la Sécurité Sociale par des organismes privés, dont le statut était celui des sociétés mutualistes, ayant conduit à placer la Sécurité Sociale sous un statut de droit privé ce qui entraînait, logiquement, l'aménagement d'une juridiction de l'ordre judiciaire pour connaître du contentieux de la Sécurité sociale.

Si, donc, ce choix peut être analysé comme résultant d'un compromis entre la volonté de l'Etat de contrôler la nouvelle organisation, par sa tutelle et celle des acteurs sociaux de conserver un pouvoir de gestion de la protection sociale, c'est avant tout l'idée d'éviter une étatisation, la Sécurité Sociale étant alors intégrée à la "fonction publique", qui a prévalu, les conséquences de ce compromis historique se prolongeant de nos jours.

---

[1] *La loi du 22 août 1946 avait généralisé les prestations familiales, l'autonomie des CAF (caisses d'allocations familiales) étant consacrée par la loi du 21 février 1949, ce qui consommait l'échec de la caisse unique.*

[2] *Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID), rapport de recherche "naissance et évolution d'une juridiction, le contentieux général de la Sécurité Sociale entre ordre judiciaire et ordre administratif", Université J. MONNET à Saint-Étienne, mars 2007.*

[3] *Assemblée Nationale Constituante, projet de loi portant réorganisation du contentieux de la Sécurité Sociale et de la Mutualité Sociale Agricole (27 août 1946 – 2ème séance), I., n°563.*

En d'autres termes et, au fond, ce n'est pas tant l'idée que le contentieux de la Sécurité Sociale est "par nature" judiciaire qui a prévalu, que la considération que les juridictions judiciaires assureraient une meilleure protection des assurés[1].

C'eût été aussi sans compter sur la spécificité du financement de la Sécurité Sociale, et "les frais étant supportés sur le produit des cotisations, il était naturel que les employeurs et les travailleurs voulussent ainsi exercer le contrôle du régime et, par voie de conséquence, participer au contentieux"[2], ce qui excluait que le budget de l'Etat dût supporter les dépenses liées à la Sécurité Sociale, et expliquait, les juridictions administratives, mêmes d'exception, ne pouvant être financées sur un budget autre que celui de l'Etat, qu'ait été retenue la solution des juridictions d'exception judiciaires.

Et si le choix d'un secrétariat confié à un agent de la direction régionale de la sécurité sociale ou de l'inspection des lois sociales en agriculture[3], au lieu d'un greffier, n'a pas nécessairement obéi, en ces circonstances, à la volonté d'assurer l'entière gratuité de la procédure ou faciliter l'accès à la juridiction auprès de laquelle c'était le directeur régional de la Sécurité Sociale ou l'inspecteur des lois sociales en agriculture qui tenait le rôle de ministère public, avec une procédure gracieuse préalable à la saisine de la juridiction, ce n'est pas pour autant que cet "entre-deux" a donné naissance à un troisième ordre de juridiction, situé à l'intersection de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, contrairement à ce que prévirent, un peu hâtivement, plusieurs auteurs[4] ou encore l'IGAS[5].

Mais si l'ordonnance du 22 décembre 1958 précitée accentuait donc l'incrustation du contentieux général dans l'ordre judiciaire (instauration d'une chambre sociale de la cour d'appel aux lieu et place des commissions régionales d'appel), elle n'en limitait pas moins, comme l'avait fait la loi du 24 octobre 1946, la compétence du contentieux général, en ce sens qu'"outre les recours formés contre les décisions des autorités administratives ou tendant à mettre en jeu la responsabilité des collectivités publiques à raison de telles décisions", lui échappait un contentieux technique, nouveau vocable utilisé par l'ordonnance pour caractériser les contestations relatives aux états d'incapacité (art. L. 142-3 et L. 143-1 CSS).

Et le décret du 22 Décembre 1958, pris en application, disposait que la juridiction, au cas de différend faisant apparaître en cours d'instance une difficulté d'ordre médical relative à l'état du malade ou de la victime, ne pouvait statuer qu'après mise en œuvre de la procédure d'expertise médicale prévue par le décret (actuellement art. L. 141-1 et R. 142-24 CSS)[6].

---

1 *R. DONNADIEU, "Droit public et droit social en matière de sécurité sociale, actes du colloque droit public et droit social" (Montpellier 1990), Droit social 1991 p. 231.*

2 *P. LAROQUE, "Au service de l'homme et du droit, souvenirs et réflexions", 1993, la Documentation Française, p.208.*

3 *Secrétariat assuré par un agent de la Direction Régionale de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion Sociale, depuis le D. 2009-1540 du 10 décembre (art. 10-II-3^{e} modifiant l'art. R.142-15 CSS), à la suite de la suppression des DRASS et de l'inspection des lois sociales en agriculture, lesquelles ne participent plus à l'exercice de la tutelle sur les organismes de sécurité sociale, le contrôle de l'administration incombant à un service à compétence nationale, un pour les organismes autres que ceux de MSA, mais regroupés à compter du 1er janvier 2013(art. R. 155-1 et 3mod. CSS) et un pour les organismes de MSA selon même décret (art. 2 codifié art. R. 155-1 à 3 CSS).*

4 *J. GARRIGUES, "Le contentieux du plan français de sécurité sociale", thèse Paris 1948 ; Colloque Université de Perpignan, "la perspective d'un ordre juridictionnel social", 1992, actes publiés dans Cahier de l'Université n°16, 1er semestre 1994, Presses Universitaires de Perpignan.*

5 *IGAS, "les institutions sociales face aux usagers", rapport annuel 2001, la Documentation Française.*

6 *Voir Dictionnaire permanent-Social, "Le contentieux de la Sécurité Sociale", 12 avril 2009, tableau récapitulatif des principaux contentieux, p.1156.*

****

En 1958, il y avait tout de même longtemps qu'avait été ébauchée la distinction, quand la loi du 05 avril 1928 sur les assurances sociales avait créé, complétée par celle du 30 avril 1930, une commission technique spéciale composée de trois médecins (un désigné par le malade, un désigné par la caisse et un désigné par l'autorité judiciaire, le juge de paix au cas de contestation sur l'état du malade, ou le président du tribunal civil (le médecin alors expert), au cas de contestation relative à l'état d'invalidité)**.**

Et l'ord. du 19 octobre 1945 sur les assurances sociales non agricoles ne fit que renforcer la distinction, accentuant la différenciation des procédures, quand elle jetait donc les bases, pour les contestations sur l'état du malade, d'une procédure d'expertise médicale extrajudiciaire, sous l'égide de la caisse qui prenait la décision, et rythmée par de brefs délais pour hâter la solution du litige, le médecin expert étant désigné d'un commun accord entre le médecin traitant et le médecin-conseil et, à défaut, par une autorité administrative, le directeur régional de la santé, tandis que les commissions régionales (la carte administrative et non pas judiciaire) connaissaient des contestations sur les états d'invalidité, d'inaptitude au travail, puis d'incapacité permanente de travail, à la suite de la loi du 30 octobre 1946 relative aux accidents du travail/maladies professionnelles (AT/MP) qui intégra les contestations sur l'état de la victime dans la procédure d'expertise médicale créée par l'ordonnance précitée, ces deux procédures s'imposant, le cas échéant, à la juridiction[1].

S'il n'a jamais fait de doute que la procédure d'expertise médicale était bien cantonnée à l'ordre judiciaire, l'assuré ayant toujours pu contester la décision y faisant suite et prise par la caisse dans le cadre du contentieux judiciaire, en revanche, la composition des commissions régionales, qui avaient succédé à la commission technique spéciale dès 1935 pour les contestations relatives à l'état d'invalidité, put faire penser à un choix orienté vers l'ordre administratif, du fait qu'elles étaient présidées par le directeur régional de la sécurité sociale, dont les services en assuraient d'ailleurs le secrétariat (comme celui des commissions de première instance, créées en 1946…), mais qui, au fond, ne fut dicté que par le rôle joué par les services régionaux du travail dans le développement des assurances sociales.

Et la possibilité d'un appel devant une commission nationale et, surtout, celle d'un pourvoi devant la Cour de cassation (art. 1er loi du 24 octobre 1946), devaient lever le doute, la réforme de 1958 parachevant le rattachement à l'ordre judiciaire sous le vocable, donc, de contentieux technique, en supprimant la commission nationale des accidents du travail, compétente en matière de tarification et alors considérée comme rattachée à l'ordre administratif par le Conseil d'Etat.

L'ordonnance précitée du 22 décembre 1958 créait en effet une commission nationale unique (ce qui entraînait la suppression de la commission nationale agricole d'invalidité et d'inaptitude au travail), devenue en 1994 Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), en même temps que les commissions régionales devenaient les tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) (art. L. 143-1 et suiv. CSS).

Dans l'éparpillement des régimes "nouveaux venus" auxquels devenait cependant applicable la nouvelle organisation contentieuse[2], les assurances sociales agricoles avaient

---

[1] *Sur le renforcement de cette distinction voir "expertise médicale et contentieux technique", 1ère partie – Chap. I – Section II.*

[2] *Loi du 17 janvier 1948 sur le risque vieillesse des personnes non salariées ; loi du 25 janvier 1961 sur l'assurance maladie, invalidité, maternité des non-salariés agricoles ; loi du 12 juillet 1966 sur l'assurance maladie-maternité des travailleurs non-salariés (régime des TNS devenu RSI depuis ord. du 8 décembre 2005 et qui gère l'ensemble des risques) ; loi du 22 décembre 1966 sur l'assurance des non-salariés agricoles contre les accidents de la vie privée et du travail et les maladies professionnelles ; loi du 25 octobre 1972 propre au régime AT/MP*

conservé, comme en 1945, à la suite de leur scission de 1935, la compétence de la commission technique spéciale, aussi bien pour les contestations relatives à l'état du malade que pour celles relatives à l'état d'invalidité, avant d'adopter le principe de l'expertise médicale (décret du 21 septembre 1950), l'unification complète des procédures intervenant avec le décret 59-160 du 7 janvier et la jonction avec le contentieux technique s'opérant lors de la réforme de 1958.

Et les régimes spéciaux, qui avaient échappé à la généralisation, ayant été rattachés à la nouvelle organisation contentieuse (décret 47-38 du 10 janvier), ne demeurait donc plus à part que le régime des contestations (et la législation) propre aux salariés de l'agriculture en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles sous l'empire de la loi de 1898, quand la loi du 25 octobre 1972 imposa le rattachement au contentieux général de la Sécurité Sociale et à la législation de base sur ces accidents du travail et maladies professionnelles, non sans laisser de côté la distinction entre les contestations sur l'état de la victime et celles sur l'état d'incapacité permanente de travail, qui demeuraient rattachées à la procédure civile, dans le cadre du contentieux général de la Sécurité Sociale, avec quelques aménagements[1].

Il n'en fallait pas tant pour qu'expertise médicale et contentieux technique, ainsi évincés, l'imprégnation passée du contentieux purement judiciaire ayant sans doute été déterminante, et déjà sous le feu des critiques, subissent l'attraction de cette exception, un rapport de 1983 sur le contentieux de la Sécurité Sociale[2] à la connotation de plaidoyer "pro domo" prônant le retour de l'expertise médicale et du contentieux technique dans le giron de la procédure civile au sein du contentieux général. Et le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2010 propose la suppression de la distinction entre contentieux général et contentieux technique, l'attraction précitée de l'exception propre aux accidents du travail et maladies professionnelles dans le domaine agricole étant telle, qu'on peut y lire ce qui ne pouvait être écrit, à savoir "QUE C'EST DONC DEJA LE CAS EN MATIERE AGRICOLE, OU LA DUALITE DE JURIDICTIONS N'A PAS COURS", l'exception alors érigée en règle[3].

Mais si le respect de certaines règles juridiques fondamentales, faute desquelles aucune institution ne saurait recueillir l'approbation des juristes, est primordial, force est de constater qu'ont été apportés des remèdes aux reproches faits à l'expertise médicale et aux pouvoirs "exorbitants" de l'expert, et au contentieux technique, considéré comme trop administratif, avec la loi 90-86 du 23 janvier[4], conférant aux juges la possibilité d'ordonner, sur demande d'une partie, une nouvelle expertise, et avec la loi 2002-73 du 17 janvier[5] modifiant l'organisation du contentieux technique, avec notamment l'imposition d'un magistrat (honoraire) à la présidence des tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) (et non plus du directeur régional des affaires sanitaires et sociales (DRASS) ou de son homologue dans le domaine de l'agriculture).

La distinction, pour l'heure bien établie, et le spectre du troisième ordre de juridiction paraissant s'éloigner, notre étude sur l'expertise médicale s'inscrit donc, face à celui de la procédure civile, à l'intérieur même du contentieux général, les raisons d'être de la procédure d'expertise médicale (et du contentieux technique) ayant été d'en éviter les écueils pour offrir les moyens adaptés permettant l'attribution rapide des prestations qui reposent sur une appréciation médicale.

---

des salariés de l'agriculture ; loi du 30 novembre 2001 propre au régime AT/MP des non salariés de l'agriculture.

1 *Même choix pour les non-salariés en 2001 – Voir renvoi précédent.*

2 *H. GAILLAC, avec le concours de M. YAHIEL "le contentieux de la Sécurité Sociale, bilan et perspectives", rapport de 1983 au Ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité et au Ministre de la Justice".*

3 *Cour de cassation rapport 2010, la Doc. fr. 2011 p. 19.*

4 *Art. 3 modifiant l'art. L. 141-2 CSS.*

5 *Art. 35-III modifiant l'art. L. 143-2 modifié CSS.*

Il s'agit donc, et il ne peut donc s'agir, que d'aborder le domaine de la mise en œuvre de l'expertise médicale à travers son cantonnement, face à sa procédure concurrente qu'est le contentieux technique, au contentieux général, dans une sorte de "cohabitation" au sein de l'espace dévolu à ce dernier, de telle sorte que n'a pu qu'immanquablement se poser la question de son espace propre et de la portée de l'avis de l'expert face aux prérogatives habituelles du juge ainsi, il faut bien le dire, que celle de son avenir.

***

En effet, répétons-le, l'expertise médicale a bien été conçue, à l'origine, selon le principe de l'expert unique, en dehors de toute intervention du juge, pour le règlement de la contestation d'ordre médical sous l'égide de la caisse, les phases successives de la procédure rythmées en de brefs délais pour hâter la solution du litige. Ce souci conduisit même à exiger de l'expert qu'il dépose ses conclusions motivées avant même son rapport, et à imposer à la caisse une décision expresse, non pas tant qu'implicite à travers l'application qu'elle faisait de l'avis de l'expert et que, seule, dans un premier temps, l'assuré put contester, à l'exclusion de l'avis lui-même présenté comme "ne pouvant faire l'objet d'aucun recours".

L'expert était désigné d'un commun accord par le médecin-conseil et le médecin traitant[1], lesquels devinrent les représentants en titre des parties à l'expertise, avec un protocole dressé par la caisse et comportant leurs avis respectifs, ainsi que la mission confiée à l'expert et, le cas échéant, les motifs invoqués par le malade ou la victime, dont l'examen par l'expert était une condition essentielle de la validité de l'expertise.

Mais le juge ne pouvait pas moins qu'y recourir obligatoirement, au cas de difficulté d'ordre médical survenant en cours d'instance, le bloc de procédure s'imposant alors à lui, sauf que lui fut dévolue plus tard la fixation de la mission de l'expert (mais pas la désignation de ce dernier), auquel cas il devait cependant prendre la décision en vertu de son obligation de juger, ce qui était déjà remarquable.

L'expertise médicale n'en put pas moins échapper à des conditions de forme et de fond pour conserver sa force probante, ce qui dissipait une ambiguïté fondamentale sur l'absence de recours possible à l'encontre de l'avis de l'expert qui devait être clair, précis et dépourvu d'ambiguïté, selon la jurisprudence, la décision de la caisse supposant alors que puisse être aussi bien contestée la régularité de l'expertise que l'application qui en était faite, d'autant que cet avis a fini par ne plus s'imposer à la juridiction, laquelle peut, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise, le régime de l'expertise médicale étant alors toujours applicable, sauf que c'est le tribunal qui désigne l'expert et en fixe la mission et qu'il n'y a donc pas lieu à établissement du protocole[2]. Mais est bien exclue l'application de l'art. 269 du code de procédure civile (CPC) propre à l'expertise judiciaire, avec une provision fixée par le juge à valoir sur la rémunération de l'expert, celle-ci tarifée en matière d'expertise médicale sur la base de la valeur de la lettre-clé applicable à la spécialité de l'expert et affectée d'un coefficient (Cx3,5 ; CSx-2 ; CNPSYx2…), les frais d'expertise étant, en principe, à la charge des caisses.

En dépit de l'obligation d'y recourir en présence d'une contestation ou d'une difficulté d'ordre médical, on peut aisément imaginer que l'expertise médicale s'est heurtée à de nombreuses difficultés quant à son déclenchement, tant au niveau de la caisse, où elle fut souvent évincée, exposée au pouvoir administratif de cette dernière à travers le recours à la voie du contentieux général (commission de recours amiable), qu'au niveau de la juridiction, alors exposée au pouvoir d'appréciation traditionnel du juge, la Cour de cassation imposant le recours à la procédure

---

[1] *Au cas de désaccord, par le DRS et, en dernier lieu, par le directeur général de l'ARS à la suite D. 2010-344 du 31 mars modifiant l'art. R. 141-1 CSS.*

[2] *Voir infra 2ème partie, chap. I – Section I ; art. L. et R. 141-1 et suiv. CSS, art. R. 142-24 et 24-1 CSS.*

d'expertise médicale devant des réticences caractérisées, et la décision d'y recourir valant, selon sa jurisprudence, sur le fond, qui ouvre la voie de l'appel ou du pourvoi immédiats.

Au niveau de la caisse, et ainsi que l'a souligné la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés[1] , "la distinction entre litige d'ordre administratif et litige d'ordre médical n'est pas toujours aisée. Il s'ensuit que, dans un nombre non négligeable de cas, la voie de recours indiquée sur la notification de refus émanant des services de la caisse est la commission de recours gracieux (devenue commission de recours amiable), alors que le litige est d'ordre médical et relève donc de la procédure d'expertise médicale.

Dans un tel cas, la commission de recours gracieux de la caisse est saisie par l'assuré alors qu'elle n'est pas compétente…

Il est inévitable qu'un certain nombre de litiges médicaux parviennent devant la commission de recours gracieux ; la nature de certains refus – administratifs ou médicaux – étant difficile à déterminer au niveau des services de la caisse.

Par ailleurs il n'est pas souhaitable, sur le plan social, que la commission de recours gracieux, une fois saisie, se déclare incompétente. En effet, l'assuré n'est pas responsable de la situation et c'est donc en toute bonne foi qu'il a saisi ladite commission… et dans ces conditions, saisie d'un litige d'ordre médical, la commission de recours gracieux doit transmettre le dossier au médecin-conseil afin que celui-ci procède, le cas échéant, à la mise en œuvre de l'expertise médicale. Cette procédure paraît d'autant plus judicieuse que ce médecin doit assister aux réunions de la commission de recours gracieux. L'assuré sera informé de cette décision…".

Au niveau de la juridiction, la difficulté d'ordre médical fut exposée aux pouvoirs habituels du juge en matière de procédure civile et d'expertise de droit commun, en ce sens "qu'il peut consulter toute personne de son choix, pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question qui requiert les lumières d'un technicien"[2], et cette liberté de choix a pu influer sur ses décisions quand il négligeait de recourir à la procédure en présence d'une difficulté d'ordre médical survenant en cours d'instance, ayant pu alors se considérer comme libre de ne pas y recourir pour le règlement du litige, ce qui lui faisait encourir la censure de la Cour de cassation.

****

L'expertise réalisée, la force probante de l'avis de l'expert n'a pu, au cas de contestation de la décision prise à la suite, qu'être exposée, là aussi, au pouvoir d'appréciation du juge, lequel n'est pas tenu par l'avis en matière d'expertise judiciaire.

En dépit de cette force probante, maintenue pour l'heure en matière d'expertise médicale, même si l'avis ne s'impose plus à la juridiction, dans la mesure où il continue de s'imposer aux parties, on peut en effet aisément imaginer que les magistrats ne virent pas d'un bon œil cette sorte de "pouvoir juridictionnel" de l'expert, même s'il ne fallait pas l'entendre au sens littéral du terme (juris dictio).

L'expert ne peut en effet jamais avoir eu pour mission que de se prononcer sur le terrain de la technique médicale, de sorte que s'est bien posée, de façon aiguë, la question de la portée de son avis, et qu'il s'est bien agi de déterminer, outre les conditions de forme et de fond que devait réunir l'avis pour conserver sa force probante, les mesures à prendre au cas d'irrégularité ou d'insuffisance de l'expertise.

En matière d'expertise de droit commun, il est de jurisprudence constante que la liberté du juge à l'égard de l'avis de l'expert ne saurait le dispenser de fonder son jugement sur des motifs sérieux et valables, ce dont il résulte que l'expert, auquel le juge a précisément soumis le problème technique pour pouvoir se prononcer sur la solution du litige, doit avoir émis une

---

1 *Circ. CNAMTS n° 302/77 du 6 septembre 1977.*

opinion dans les conditions imposées par le formalisme et qui répondent à des conditions de fond[1].

A cet égard la jurisprudence, en l'absence de dispositions formelles de la loi, s'agissant du respect des formalités prescrites par les dispositions du code de procédure civile (CPC) distingue, selon les formalités substantielles dont le défaut entraîne alors la nullité de l'expertise, et celles non substantielles sans incidence, sauf violation des droits de la défense. S'agissant des qualités intrinsèques de l'avis, elle exige qu'il satisfasse à des conditions de fond dictées par le bons sens et l'équité.

Dès lors, si on peut comprendre que la Cour de cassation ait été d'autant plus exigeante en matière d'expertise médicale que l'avis était doté d'une force probante, on comprend beaucoup plus difficilement qu'elle n'ait eu pendant très longtemps pour souci majeur que de faire perdre à l'avis cette force probante, en redonnant aux juges du fond leur liberté d'appréciation, en dépit du caractère d'ordre public de la procédure d'expertise médicale, maintes fois affirmé, sans laisser aux formalités substantielles ou aux qualités intrinsèques que devait revêtir l'avis l'impact qui devait être le leur eu égard à la validité de l'expertise, et en laissant s'écouler plus d'un quart de siècle, au cas de nullité, pour éradiquer l'expertise judiciaire au profit de l'expertise médicale, ce qu'avaient sans doute pensé dès l'origine les créateurs de celle-ci, pour faire de sa procédure la charte de tout litige, mais c'eût été mieux en le disant…

"L'obligation de recourir à la procédure d'expertise médicale au cas de difficulté d'ordre médical à l'exclusion de toute autre mesure d'instruction médicale, et la force probante de l'avis de l'expert, ont donc constitué les pierres d'achoppement, habitués que sont les juristes français à considérer l'expert comme un auxiliaire de justice auquel les juridictions peuvent faire appel et à admettre que les juges apprécient souverainement l'avis de l'homme de l'art et restent toujours libres de leurs décisions"[2].

De plus, l'immixtion des pouvoirs traditionnels du juge dans la procédure elle-même depuis qu'il peut fixer la mission de l'expert au cas de difficulté d'ordre médical survenant en cours d'instance, et qu'il peut ordonner, sur demande d'une partie, une nouvelle expertise, ne va pas sans empiètement sur les prérogatives des parties, quand cette difficulté dérive sur le terrain de la difficulté proprement judiciaire qui n'a pas nécessairement les mêmes effets et qu'il en résulte une appropriation par le juge du choix de l'expert ou de la fixation de sa mission, notamment en cas de nullité de l' expertise initiée par les parties, quand ce ne furent pas force tentatives pour ordonner une expertise judiciaire aux lieu et place de la nouvelle expertise demandée.

Ces difficultés ne révèlent donc pas pour autant l'insuffisance de la législation, mais la manière, non exempte de critiques, dont cette législation est appliquée, émergence d'un véritable jeu de pouvoirs, sinon entre le médecin-conseil et le médecin traitant, du moins entre le juge et l'expert ou entre le juge et les parties, et elles ont sans doute constitué le prix à payer par l'expertise médicale pour son admission dans le giron de la procédure civile.

****

C'est pourquoi, abordant ici la délicate question de son avenir, nous nous proposons de démontrer que l'expertise médicale offre aujourd'hui les garanties indispensables pour les litiges qu'elle permet de régler, le seul reproche sérieux qu'on puisse lui faire, sa légalité n'étant plus contestée, du moins au plan interne, étant que le principe du contradictoire n'est pas suffisamment garanti en raison du rôle par trop directeur imparti à la caisse dans l'établissement du protocole.

---

1 *Voir art. 175 à 178 et 232 et suiv. CPC et not. 263.*

2 *A. CHAZAL, "L'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale", thèse 1966, Clermont-Ferrand, n°9 p. 5.*

En conséquence, nous suggèrerons des améliorations et, notamment, que des recommandations soient faites pour la proposition d'un éventail d'experts par le médecin-conseil au médecin traitant, afin d'éviter la désignation d'un expert "maison" et garantir leur véritable commun accord, et aussi que le médecin traitant puisse, de droit (il le fait parfois spontanément), formuler ses observations sur la ou les questions posées à l'expert, faute de pouvoir faire de son accord sur ces dernières une condition de validité du protocole, sauf à compromettre la célérité de la procédure pour régler le désaccord (et par qui ?), et que son intervention pour assister le malade à l'expertise donne lieu à prise en charge d'honoraires au titre des frais de contentieux (comme c'est le cas pour la victime !).

Il pourrait en résulter que l'exception du régime propre aux accidents du travail et maladies professionnelles dans le domaine agricole, à la suite des lois du 25octobre 1972 pour les salariés et du 30 novembre 2001 pour les non-salariés, qui ont rattaché le régime au contentieux général de la SS (et non plus de droit commun), tombe sous le régime de l'expertise médicale (EM).

Les textes d'application ont en effet, comme nous l'avons mentionné, écarté la grande distinction de principe originelle entre expertise médicale et contentieux technique sous un régime d'expertise médicale issu de celui du Code de procédure civile et où, en définitive, et en la matière, le juge du contentieux général peut connaître de l'ensemble des contestations d'ordre médical, dans le cadre de ses prérogatives habituelles en matière de procédure civile, qu'il s'agisse des contestations relatives à l'état de la victime ou de celles relatives à l'état d'incapacité permanente de travail, le contentieux technique étant exclu pour les secondes.

Toutefois, pour les contestations relatives à l'état de la victime, la divergence d'appréciation médicale donne obligatoirement lieu à un nouvel examen médical, avant toute saisine de la juridiction.

La mise en œuvre de cet examen est largement inspirée des règles de la procédure d'expertise médicale, notamment pour la désignation d'un médecin d'un commun accord entre le médecin-conseil et le médecin traitant, de telle sorte que valent, ici aussi, les suggestions que nous venons de formuler à propos de l'expertise médicale, même si les conclusions, contrairement à celles de cette dernière, ne s'imposent pas aux parties, qui peuvent alors saisir la juridiction.

Et c'est d'ailleurs en raison de l'absence de force obligatoire de ces conclusions que les auteurs des textes d'application ont utilisé le vocable de "nouvel examen médical" pour le distinguer de l'expertise médicale, et aussi bien au niveau de la juridiction[1]

Pour avoir pu apparaître comme de nature à remettre en cause l'hégémonie de l'expertise médicale depuis l'ord. du 19 octobre 1945 et la loi du 31 octobre 1946, cette exception au principe ne paraît plus justifiée car, outre qu'elle présente des inconvénients que l'expertise médicale permet d'éviter, et notamment les lenteurs de la procédure grâce à ses brefs délais, elle est souvent source de sérieuses difficultés procédurales, pendantes, l'expertise médicale retrouvant fréquemment son empire dans ce domaine où elle n'est pas applicable, faute d'une lecture convenable des textes[2], et il serait à notre avis judicieux de la supprimer.

Il n'est donc pas interdit de penser que cette étude puisse intéresser les juridictions sociales car, il faut bien le dire, elles ne sont pas toujours suffisamment au fait des règles spécifiques de l'expertise médicale, ni du sens précis de certaines notions, la formation civiliste, et pas toujours suffisante des magistrats en droit social, déteignant à l'évidence sur nombre de décisions qu'ils rendent en engendrant des difficultés de procédure.

---

[1] *Art. R. 751-33 à 135 et D. 751-82 code rural, art. R.142-32 à 52 et not. R. 142-39 CSS.*

[2] *Voir jurisprudence infra 1ère partie – chap. 1 – Section 2 – § 2 – A, REMARQUE et annexe II de la thèse.*

Il pourrait également intéresser les médecins traitants, dont la présence (trop rare) à l'expertise risque de compromettre les garanties dues au malade ou à la victime, s'ils ne connaissent qu'imparfaitement les règles de l'expertise, de même que les médecins experts, qui ne se conforment pas toujours convenablement à la procédure et oublient parfois les principes fondamentaux qui sont à la base de la réparation en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, et dont on ignore à-peu-près tout de la spécialisation exigée en matière de Sécurité Sociale pour les experts judiciaires, et aussi les médecins conseils, au regard de la rigueur qu'implique la rédaction de la mission confiée à l'expert, et pour qu'ils cessent de cantonner ce document médico-légal qu'est le rapport d'expertise dans une sorte de "chasse gardée".

Le secret médical doit en effet laisser place à un principe de légitimité, assorti de sa composante majeure qu'est la proportionnalité de la révélation à sa finalité, aux côtés du principe d'immunité qu'il implique, pour permettre la communication du rapport d'expertise à cet organe de décision et partie à l'instance qu'est la caisse[1], dont les agents sont, d'ailleurs, eux-mêmes tenus au secret professionnel.

L'idée générale de la thèse repose sur l'exigence, qui s'est imposée à nous, de démontrer que l'expertise médicale ne paraît plus (comme le contentieux technique) "détestable", comme dérogeant à une norme fondamentale supérieure, le droit civil ne se départissant jamais de son rôle centralisateur.

Les intérêts du malade ou de la victime ont en effet pu commander que ces derniers soient rapidement fixés sur leurs droits, quand était en jeu l'appréciation de leur état, conditionnant l'accord ou le refus de certaines prestations.

L'histoire nous a incités à "revisiter" ou encore à rendre leur vérité à certaines notions, "distordues", et non des moindres, et à observer que les nombreuses difficultés rencontrées, pour que l'expertise médicale trouve sa place normale, ont moins tenu à l'insuffisance de la législation qu'à la manière, non exempte de critiques, dont cette législation est appliquée.

Procédant donc de la grande distinction, amorcée dès l'origine, entre les contestations relatives à l'état du malade ou de la victime et celles relatives à l'état d'incapacité (le contentieux technique), d'application quasi-générale, nous pensons, ainsi que nous venons de l'exposer (voir p. 15 et 16) que l'expertise médicale présente les garanties nécessaires pour un règlement des litiges de façon équitable (sauf à renforcer le contradictoire dans le cas général d'établissement du protocole visé à l'art. R.141-3 CSS).

Il est donc dans sa vocation d'absorber les contestations relatives à l'état de la victime dans ce domaine des accidents du travail et maladies professionnelles en matière agricole, qui relèvent, exceptionnellement, du régime d'expertise issu du code de procédure civile (art. R. 142-39 CSS), quand on sait que la croyance erronée est bien établie d'une portée limitée de cet article, aux contestations relatives à l'état d'incapacité permanente de travail (y compris à la date de guérison et de consolidation) et que, par suite, le régime de l'expertise médicale est applicable par la juridiction, pour les contestations relatives à l'état de la victime, quand le nouvel examen médical précité, préalable à sa saisine, n'a pas permis la solution du litige (voir également p. 16).

On peut aisément imaginer les enchevêtrements dus à cette dualité en matière agricole, au niveau des prérogatives respectives des parties et du juge, et aussi quand la force probante dont est doté l'avis de l'expert en matière d'expertise médicale, qui s'impose aux parties même s'il ne s'impose plus au juge (art. L. 141-2 modifié CSS), vient le disputer aux prérogatives traditionnelles du juge et à sa liberté d'appréciation en matière d'expertise judiciaire, réduisant d'autant la discussion à la barre, et qu'il en résulte donc de nombreuses difficultés de procédure (voir également p.16).

---

[1] *Voir P. SARGOS, "les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical", JCP, Doctrine, EG n°50, 8 décembre 2004 p.2243 à 2249 ; Cass. civ. 2ème 5 octobre 1967 BC II-275.*

Mieux vaudrait donc supprimer cette dualité, et ce ne sont pas pour autant les principes qui régissent l'expertise médicale, qui dérogent à ceux de l'expertise judiciaire, qui devraient être recentrés, au motif que la fonction de l'expert serait trop normative, quand le Professeur SAVATIER ne voyait déjà en l'expert, avant que l'avis de ce dernier ne s'impose plus à la juridiction, qu'un arbitre au plan médical, informateur décisif sur le plan juridique[1], formule brève mais remarquable, un équilibre paraissant ainsi avoir été trouvé entre le poids de cet avis et la décision juridique, d'autant que, plus que par le passé, les conclusions des experts, en règle générale, et au nom du droit à l'expertise fondé sur une technicité croissante, emportent souvent la conviction du juge. Il sera donc intéressant de comparer les deux expertises afin de mieux cerner pourquoi l'expertise médicale a pu déroger aux principes fondamentaux de l'expertise judiciaire.

Au-delà de cette possible extension de l'expertise médicale à son exception, liée à son avenir, il paraît souhaitable que soit préservée cette grande distinction entre expertise médicale et contentieux technique (ce dernier ayant bien opéré sa révolution en 2002), en évitant, au rebours de l'histoire, certains affrontements avec les vieux principes juridiques classiques sur lesquels s'appuie l'ensemble de notre droit, non pas tant qu'en prônant la suppression de la dualité de juridiction, à travers celle du contentieux technique, au "profit" du contentieux général, et en arguant par erreur de l'absence de cette dualité en matière agricole[2] (quid de l'existence d'un contentieux technique en cette matière ?).

Qui sait si, de la sorte, et à tout le moins, la pérennité des particularités de l'expertise médicale visée à l'art. L. 141-1 CSS ne serait pas renforcée, quand on sait qu'elle garantit d'y accéder et d'y être assisté par un technicien ?

On peut alors penser à l'expertise équitable prônée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), du fait que les garanties de l'art. 6 § 1er Conv. EDH sur le procès équitable seraient appliquées à l'expertise où le rôle de l'expert ne serait plus subordonné à celui du juge. Ce serait là la consécration des limites à l'opposition à l'expertise médicale du régime d'expertise judiciaire issu du Code de procédure civile, à travers l'exemple du régime applicable en matière d'accidents du travail et maladies professionnelles dans le domaine agricole.

De ces considérations, découlent les deux parties de notre thèse, le domaine de l'expertise médicale dans le contentieux de la Sécurité Sociale et sa mise en œuvre en constituant la première partie, tandis que la portée de l'avis de l'expert, assortie de la question de l'avenir de l'expertise médicale, en constitue la deuxième partie.

---

1 *Note R. SAVATIER sous décision CPI de Limoges, 7 novembre 1988, Dalloz 1959, J., 424.*

2 *Rapport 2010 Cour de cassation, la Doc. fr. 2011, p. 19 préc.*

PREMIERE PARTIE

D O M A I N E E T M I S E E N O E U V R E D E L'E X P E R T I S E M E D I C A L E

La nature des contestations sur l'état ou sur des états donnés du malade ou de la victime a donc conduit à considérer qu'elles devaient relever d'un ou plusieurs contentieux, autres que celui, général, chargé de régler les difficultés nées de l'application des législations et règlementations de sécurité sociale.

C'était sans doute la croyance que seuls des techniciens devaient régler les questions essentiellement médicales ou médico-sociales, mais aussi et surtout le souci de permettre un règlement rapide des litiges, en dehors de la sphère judiciaire de droit commun, si l'on peut dire, compte tenu de la nature des prestations en cause.

Succédant à la commission technique qu'avait créée la loi du 05 avril 1928 sur les assurances sociales et alors composée du médecin-conseil (MC), du médecin traitant (MT) et d'un médecin désigné par le juge de paix pour les contestations sur l'état du malade, et dont l'avis lui-même était sans recours, l'expertise médicale, fondée sur le principe de l'expert unique, est donc née avec l'ordonnance du 19 octobre 1945 fixant le régime des assurances sociales applicables aux assurés des professions non agricoles.

Présenté comme un "électron libre" au caractère elliptique, du fait de l'emprunt par l'art. 99 ord. propre aux contestations sur l'état du malade, à l'article 33 de la même ordonnance, du principe de l'expertise prévue dans le cadre de l'assurance longue maladie (ALM), au cas de désaccord entre le médecin-conseil (MC) et le médecin traitant (MT) sur le traitement du malade, l'avis technique de l'expert ne pouvant faire l'objet d'aucun recours, l'expert chargé de ces contestations, et dont on a prétendu un peu précipitamment que son avis échappait également à tout recours, affublé par suite du vocable d'"Expert 33"[1], ne rendait, au fond et à la vérité, qu'un avis ayant trait à une expertise médicale, entendue comme incident du contentieux réorganisé de la SS et de la MSA par la loi du 24 Octobre 1946.

En effet, pour le règlement de ces contestations auxquelles la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP avait ajouté celles portant sur l'état de la victime, en renvoyant aux dispositions de l'article 33 précité, outre que la juridiction prenait la décision quand la difficulté d'ordre médical (DOM) était survenue en cours d'instance, il fut en tout état de cause possible de contester l'application faite par la caisse de l'avis de l'expert, avant que l'avis lui-même ne puisse l'être, ses auteurs n'ayant manifestement pas voulu que l'expertise put échapper à des conditions de forme et de fond pour conserver ce qu'il sied d'appeler sa force probante, l'expert apparaissant, alors, et alors seulement, comme un informateur décisif. (Jurisprudence constante).

Les auteurs du D. du 20 mai 1955 (art. 28) s'étaient d'ailleurs bien gardé, dans leur nouvelle formulation de l'article 99, suite à la suppression de l'assurance longue maladie (ALM), et donc de la référence à l'article 33, pour le principe de l'expertise qu'ils reprenaient pour son compte propre, de puiser dans l'expertise visant le désaccord entre le médecin-conseil (MC) et le médecin traitant (MT) sur le traitement du malade, et qu'ils reconduisaient pourtant en matière d'affection longue durée (ALD) et non plus dans le cadre de l'ALM, le caractère de sans recours qui n'avait donc pas disparu pour autant (Art. 10 modifiant article 30 de l'ord.).

Se rendirent-ils compte que l'avis de cet expert, sans recours donc, s'inscrivait dans le cadre du chapitre propre à l'ALM puis à l'AM, (et inséré dans le Titre II intitulé « prestations »), ne visant qu'à régler le désaccord entre le MC et le MT sur le traitement du malade, tandis que l'art. 99 propre aux contestations sur l'état du malade, figurait dans un chapitre visant le contentieux technique (et inséré dans le Titre V intitulé "contentieux et pénalités").

Eurent-ils alors la compréhension de ce que l'emprunt prêté à leurs prédécesseurs dans l'article 99 initial, à travers le renvoi "aux conditions de l'article 33", du caractère de sans recours de l'avis de l'expert visé à cet article au titre de l'ALM, n'avait guère de sens, l'extrapolation pure et simple de la portée de ce dernier à celui rendu dans le cadre des contestations sur l'état du

---

1 *"L'Expert 33 en matière de sécurité sociale" par R. LINDON, Avocat général à la Cour de cassation – JCP 1958 – doctrine 1912.*

malade extrêmement hasardeuse et que, par suite, l'"Expert 33" était ainsi déchu de son rôle pour n'avoir jamais eu les pouvoirs que doctrine et jurisprudence lui avaient prêtés en la matière ? On peut sérieusement le penser[1], sans que pour autant l'avis de l'expert ait pu y laisser une force probante que la jurisprudence admettait bien, sous réserve de conditions de forme et de fond, et les auteurs du D. du 07 janvier 1959 continuaient d'ailleurs de bannir la formule en subordonnant eux-mêmes la force probante de l'avis de l'expert qui s'imposait aux parties et à la juridiction, au respect des conditions qu'ils y fixaient[2].

Mais l'expertise médicale (EM) ainsi intégrée au contentieux général, lui échappaient, comme elles échappaient à ce dernier, les contestations liées à des états donnés d'invalidité et d'inaptitude au travail, dévolues à des commissions régionales (qui avaient vu le jour antérieurement, et distinctement pour l'état d'invalidité qui avait décroché de la compétence de la commission technique précitée, puis pour l'état d'inaptitude au travail), avec appel possible devant une commission nationale (art. 52 et 65 ord. du 19 octobre 1945). La compétence de ces commissions était étendue par la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP (art. 55) aux contestations liées au degré d'incapacité permanente de travail (IPT) (et à l'état depuis la réforme de 1958), du fait du transfert par cette loi du contentieux judiciaire de droit commun au contentieux de la SS nouvellement créé, d'où il résultait la dévolution des contestations sur l'état de la victime à l'EM comme pour le malade.

C'était dans le droit fil de la grande distinction ainsi parachevée entre les contestations sur l'état du malade ou de la victime et celles sur des états donnés d'incapacité[3], qu'on retrouve aujourd'hui au travers des art. L.141-1 et L.143-1 CSS, et qui ne souffre qu'une exception en matière d'AT/MP dans le domaine agricole ou, en dépit de l'option pour la compétence du contentieux général (loi 72-965 du 25 octobre pour les salariés et loi 2001-1128 du 30 novembre pour les exploitants), l'unification réalisée n'a pas conduit pour autant à admettre cette grande distinction, les contestations relevant de la stricte compétence de ce contentieux, avec régime de l'expertise du NCPC (devenu CPC).

Mais il faut noter que le régime de ces contestations a été aménagé en faisant une grande part à la distinction, sous la forme, avant toute saisine de la juridiction, d'une procédure de conciliation préalable auprès du président de cette juridiction pour les contestations sur la date de guérison ou de consolidation et sur l'état ou le taux d'incapacité permanente de travail (IPT)[4], et d'un nouvel examen médical (NEM) largement inspiré des règles de la procédure d'expertise médicale (PEM) pour les autres contestations sur l'état de la victime mais dont les conclusions ne s'imposaient pas aux parties[5].

Sinon, le champ d'application de la procédure d'expertise médicale (PEM) a été élargi, l'art. L.141-1-CSS, modifié par l'art. 4 de la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) du 30.12.2004, englobant désormais les contestations relatives à la prise en charge (PEC) thérapeutique du malade ou de la victime, (ce qui revient à dire que les divergences entre le MC

---

1 *Quand on sait que doctrine et jurisprudence prêtèrent également aux auteurs de l'art. 99 initial, l'inclusion dans la PEM de l'examen spécial visé à l'article 33, propre à l'ALM et exclusif de toute contestation pour son déclenchement, et par voie de conséquence, prêtèrent aux auteurs du nouvel art. 99, la suppression de cet examen de la PEM, ce qui n'avait aucun sens, car il existait toujours au titre des ALD (voir l' "Expert 33 " précité, JCP 1958 – doctrine 1412).*

2 *Voir infra 2ème partie – chapitre 1 - § 1 – un avis d'une force probante sans préjudice de recours.*

3 *Comme pour les A.S. agricoles demeurant régies par les dispositions du décret- loi de 1935 qui avait instauré leur scission, et à venir pour les régimes spéciaux. (Décret 10.01.1947) mais pas pour les AT/MP des salariés agricoles qui continuaient de relever du droit commun dans le cadre des lois de 1998 (AT) et 1919 (MP).*

4 *D. 73599 du 29 juin (inséré dans art. 28.1 à 28.9 D. 22.12.58) et D. 2003-846 du 29 août, codifiés art. R.142-32 à 52 CSS).*

5 *D. 73598 du 29 juin (art. 35, 36 et 37 codifiés art. R.751-133 à 135 Code rural) et D. 2002 300 du 14 février (art. 19 codifié art. D. 752 82 Code rural).*

et le MT sur leur traitement, ne relèvent plus des dispositions particulières qui les régissaient, mais de la seule PEM (chapitre 1, section 1), et par la loi 2007-1756 du 19 décembre (art. 96), pour les contestations relatives à l'état de santé de l'enfant, pour l'ouverture de droit à l'allocation journalière de présence familiale prévue aux art. L.544-1 et 9 CSS.

Sur l'autre versant de la grande distinction, les commissions compétentes pour les états d'incapacité susvisés et institutionnalisées sous le vocable de contentieux technique lors de la réforme de 1958, ont hérité des contestations liées à la prise en charge du handicap et de ses conséquences ainsi, avec la grande loi du 30 juin 1975 que de celles liées aux conséquences de ces états d'incapacité, s'étant alors agi des décisions prises par la CDES (ex art. L.242-8 CASF) et la Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) (ex art. L.323-11-1 Code du Travail), fusionnées par la loi 2005-102 du 11 février en une commission unique des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH), et non plus des décisions adoptées par les organismes de prise en charge, après consultation de la commission départementale d'orientation des infirmes, si ce n'est au seul plan des droits administratifs (art. L.141-9, L.241-6, L.241-9 CASF issus de cette loi).

Mais les contestations liées à la reconnaissance de travailleur handicapé et à l'orientation de ce dernier, relevaient d'une commission départementale des handicapés (CDH), juridiction administrative spécialisée supprimée par la loi précitée de 2005, et dont la compétence a été transférée à la juridiction administrative de droit commun (art. L.241-9 dernier alinéa CASF)[1].

Ces extensions, sorte de prolongement naturel, même si elles débordaient parfois du cadre de l'assurance, n'ont pu affecter cette distinction fondamentale. "Cohabitation" avec le contentieux général, "coexistence" avec le contentieux technique, tel peut être illustré le contexte de l'EM dont il a bien fallu asseoir le domaine d'intervention, non seulement à l'égard de sa procédure concurrente qui la cantonne au contentieux général, mais à l'intérieur de ce dernier comme y enclavée, vis-à-vis de litiges purement administratifs (Chapitre I).

Reste donc que s'est posée la question essentielle des conditions dans lesquelles l'EM pourrait être mise en œuvre, et que sa raison d'être étant la rapidité de sa procédure, enserrée dans de brefs délais pour hâter la solution du litige, ce sont les organismes de SS eux-mêmes qui se sont vus confier cette mise en œuvre, quel que soit l'auteur de la demande, malade, victime, caisse ou juridiction, même si le bloc de procédure s'est effrité depuis que le juge fixe lui-même la mission quand une difficulté d'ordre médical (DOM) est apparue en cours d'instance (art. R.142-24 alinéa 2 CSS issu du D. du 20 mai 1965) et qu'il peut, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise (art.L.141-2 modifié CSS issu loi 23 janvier 1990).

C'est qu'il s'est agi en effet de trouver un équilibre entre les prérogatives des caisses et la nécessaire protection des droits du malade ou de la victime, dans une procédure certes simple et rapide, mais ne devant pas compromettre les garanties d'une bonne justice. Mais il n'est pas certain que cet équilibre ait été actuellement atteint, en dépit de l'apparition d'un protocole formalisant le caractère contradictoire de la procédure autour des avis du MC et MT qui choisissent l'expert de leur commun accord (le directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS) et non plus le DDASS depuis le D. 2010-344 du 31 mars modifiant l'art. L.141-1 CSS, les suppléant, au cas de désaccord, ou dans les régimes spéciaux si le MT est attaché à l'entreprise ou à l'organisation spéciale de SS), et comportant, le cas échéant, les motifs du malade ou de la victime, et la mission de l'expert fixée unilatéralement par la caisse (en pratique par le MC), ce qui nous conduira à développer l'idée que le MT puisse formuler ses observations sur la rédaction de cette mission (Chapitre II).

---

[1] *Voir infra chap. I – Section II – § 4*

- sur la compétence de la CDH : "le désordre des 2 ordres" ou la dispute entre le contentieux général (ou l'EM trouva droit de cité), et le pur contentieux administratif, au détriment de la CDH, avant l'arbitrage réitéré du Tribunal des Conflits.

- sur la compétence de la juridiction administrative : "la dispute entre le recours de légalité et le recours de plein contentieux".

Enfin, corollaire à la mise en œuvre de la procédure par la caisse et du rôle essentiel dévolu au MC et au MT, l'EM suppose des conditions particulières à sa réalisation, notamment la convocation obligatoire des deux praticiens, l'examen du malade ou de la victime, la communication par l'expert au service du contrôle médical (SCM) et aussi au MT du malade ou à la victime, des conclusions d'expertise, puis au service du contrôle médical (SCM) du rapport d'expertise, la prise de décision par la caisse, l'ensemble dans des délais déterminés, la caisse devant transmettre immédiatement après sa réception copie du rapport au MT du malade ou à la victime, (dans le cas où la décision est prise par la juridiction, l'expert adresse son rapport au secrétariat de cette dernière, qui le communique immédiatement au SCM et au MT du malade ou à la victime).

Bien que la communication au MT du malade ou de la victime du rapport d'expertise donne encore lieu à des difficultés, du fait de l'attitude du SCM, c'est avant tout sa communication (non prévue par les textes) aux services administratifs. de la caisse, cette dernière chargée de prendre la décision et tout de même partie au litige, et en conséquence aux juridictions, qui a soulevé, au nom d'un prétendu "secret médical", les plus sérieuses difficultés que la seule mention de la communication par le SCM au secrétariat de la juridiction, quand une nouvelle expertise a été demandée, du rapport d'une expertise contestée, dans le cas du malade non destinataire de ce rapport, ne peut avoir aplanies.

C'est pourquoi nous formulerons le souhait d'une autre "manière de voir" de la part du SCM, pour que la caisse elle-même cesse d'être le "parent pauvre" de la procédure, quand elle n'est pas en possession du rapport d'expertise[1], et d'un rétablissement de la portée normale d'un délai imparti à la caisse pour prendre et notifier sa décision. Ce chapitre, consacré à l'expertise elle-même, s'achève par la question relative aux frais d'expertise, lesquels, en vertu d'un principe spécifique, sont pris en charge par les organismes de SS, sauf contestation manifestement abusive ou recours dilatoire, et sauf pour les frais de la nouvelle expertise, mis en principe à la charge de la partie qui succombe (Chapitre III).

[1] *Voir JCP – EG "les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical", N°50 – 8 décembre 2004 p. 2243 à 2249 par P. SARGOS, Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation.*

CHAPITRE I

L E D O M A I N E D ' I N T E R V E N T I O N D E L ' E X P E R T I S E M E D I C A L E

L'EM s'inscrivant donc au cœur de la grande distinction entre les contestations liées à l'appréciation de l'état du malade ou de la victime qu'elle régit (art. L.141-1 et 2 CSS), et celles liées à l'appréciation d'états donnés, tels ceux d'invalidité, d'incapacité permanente de travail, et d'inaptitude au travail, qu'elle exclut au profit d'un contentieux technique avec des juridictions spécialisées (art. L.143-1, 2, et 3 CSS), c'est donc au regard de ce dernier que peut apparaître en premier lieu la nécessité de définir son domaine d'intervention.

Mais si l'EM doit également être distinguée du contentieux général, permettant elle-même de régler le litige, dotée de sa force probante, elle ne constitue, contrairement au contentieux technique, qu'un simple "incident" de ce contentieux, son domaine d'intervention n'ayant jamais pu, au fond, la faire échapper, et heureusement, au pouvoir d'appréciation du juge.

Pour essentielle qu'apparaisse la distinction entre EM et contentieux technique, c'est bien vis-à-vis de ce contentieux général, non pas tant que du contentieux technique, que s'est posée, de façon majeure peut-on dire, la question de la définition exacte de la difficulté d'ordre médical (DOM) que, en dépit de la portée de principe de la procédure quant à l'appréciation de l'état du malade ou de la victime, il a bien fallu préciser, indépendamment de cette procédure réglementaire concurrente qu'est le contentieux technique.

La jurisprudence a toujours fait preuve à ce sujet du souci d'encadrer dans de strictes limites le recours à l'EM, la procédure civile devant s'appliquer, sauf disposition particulière, au contentieux général avec recours éventuel à l'expertise judiciaire, sans que pour autant il n'ait pas fallu lui garantir la place qui lui revient normalement, un peu comme pour tempérer les excès de cette possibilité, et dans des proportions suffisamment importantes pour que nous mettions particulièrement l'accent sur ces difficultés s'étant donc ajoutées à la difficulté d'ordre médical (DOM) elle-même.

Outre que le terme de DOM peut paraître assez flou, recouvrant un secteur étendu de contestations naissant à "l'intérieur" du contentieux général, c'est donc vis-à-vis de ce dernier que nous aborderons en premier lieu la question du domaine d'intervention de l'EM.

On peut en effet aisément imaginer que l'EM s'est heurtée à de nombreuses difficultés, notamment à propos de son déclenchement, aussi bien quand la DOM survenait au niveau de la caisse, exposée au pouvoir administratif de cette dernière, étant souvent orientée vers le contentieux général, (la commission de recours amiable puis le tribunal des affaires sociales (TASS)), que quand elle surgissait en cours d'instance contentieuse, exposée alors au pouvoir traditionnel d'appréciation du juge, ce dernier l'ignorant plus que souvent.

Notre observation se fera donc sous l'angle de ce double risque, mettant en jeu la place qui est normalement celle de l'EM dans le contentieux général, la notion de DOM aidant, sans oublier l'œuvre véritablement prétorienne, quand il s'est agi d'opérer des distinctions subtiles entre litige médical et litige administratif.

Ce fut notamment le cas en matière d'accident du travail/maladie professionnelle (AT/MP), quand l'EM cédait le pas à la présomption d'imputabilité ou à de véritables constructions "médico-légales" qu'illustraient la confusion ou l'amalgame entre la notion de reprise du travail et celle de consolidation, ou l'exclusion réciproque entre cette dernière et la prise en charge (PEC) de soins postérieurs, ou encore l'admission de la rechute ou de la révision du taux d'incapacité permanente de travail (IPT), en dehors de toute considération de modification de l'état de la victime. Mais il fut tout de même plus facile à la jurisprudence d'opérer la distinction quand, à juste titre nous semble t'il, elle écartait l'EM de l'action des ayants droit de la victime ou de l'employeur. Homologue de la consolidation en matière d'assurances sociales (AS), la stabilisation avec ses effets propres, dut également céder le pas quand la DOM, que sa contestation impliquait, fut sacrifiée sur l'autel de la considération que l'état du malade justifiait toujours des soins, sans qu'à notre connaissance la jurisprudence ait été infirmée… (Section I).

En second lieu, nous aborderons donc la question de la séparation de l'EM du contentieux technique, sa procédure concurrente qui la cantonne donc au contentieux général, au travers de cette grande distinction de principe dont on peut dire qu'elle régit l'ensemble des contestations[1], sauf donc en matière d'accident du travail/maladie professionnelle (AT/MP) dans le domaine agricole. Mais les difficultés de compétence qu'elle a pu générer ont été sans commune mesure avec celles observées pour l'EM dans le contentieux général, même s'il a bien fallu trouver une ligne de démarcation de leur frontière commune en matière d'indemnisation de l'incapacité de travail (temporaire et permanente), et à la contestation de laquelle il a bien fallu attribuer l'une ou l'autre des compétences (Section II).

SECTION I - LA NOTION DE DIFFICULTE D'ORDRE MEDICAL OU LA PLACE DE L'EM A L'INTERIEUR DU CONTENTIEUX GENERAL

Ce n'est donc pas tant la démarcation de l'EM vis-à-vis du contentieux général qu'il s'agit là de mettre en exergue, mais la place qui est seulement la sienne à l'intérieur de ce contentieux dont elle est indissociable. On sait en effet qu'elle n'en constitue qu'un "incident", n'étant pas fondamentalement juridictionnelle, mais par-delà sa force probante enserrée dans des conditions de forme et de fond, appréciées dans le cadre de ce contentieux général, à l'instar des décisions prises pour son application, se situe bien la question de ses limites par rapport aux autres litiges ne justifiant pas sa mise en œuvre.

On peut dire de façon générale qu'il ne peut y avoir recours à l'EM que dans la mesure où existe, relativement à l'état du malade ou de la victime, une difficulté qui revêt un caractère exclusif pour la recherche de la solution, en ce sens que sa résolution permet à elle seule de régler le litige, et faute de laquelle ce litige ne peut qu'être administratif, c'est-à-dire relatif au droit aux prestations et relever du contentieux général lui-même.

---

[1] *Mais le contentieux technique n'est pas compétent pour les prestations statutaires des fonctionnaires et assimilés, le statut étant ici déterminant pour entraîner la seule compétence du contentieux administratif.*

Etant donné la translation de la procédure d'expertise médicale (PEM) au plan purement contentieux, on ne peut donc que confondre contestation d'ordre médical (COM) et difficulté d'ordre médical (DOM) quant à l'essence médicale du litige, sans exclure pour autant a priori certaines adaptations nécessaires, comme par exemple l'admission de l'employeur à la procédure contentieuse du moment que les parties prévues pour la PEM y sont présentes, les difficultés rencontrées ayant contribué à amener la jurisprudence, en dépit de la portée de principe de l'EM (§ 1er), et de textes particuliers y renvoyant (§ 2), à préciser fréquemment la nature de celles susceptibles d'en faire l'objet.

Il serait toutefois fâcheux de penser qu'il y aurait eu des excès dans le recours à l'EM ou comme cela a été écrit[1], que ce sont les acteurs eux-mêmes, assurés et caisses, qui auraient contribué à une jurisprudence abondante en la matière, au motif qu'ils auraient multiplié les demandes d'expertise, alors même que l'EM fut souvent sacrifiée sur l'autel du pouvoir administratif des caisses et du pouvoir traditionnel des juges, comme nous l'avons indiqué en début de chapitre. Il en est donc résulté, certes, une jurisprudence abondante, mais née des difficultés de mise en œuvre de la PEM, la Cour de cassation imposant la reconnaissance de la DOM et le recours à l'EM (§ 3), et ce n'est que dans une bien moindre mesure que la Cour a exercé sa censure quand, en d'autres circonstances, les parties ou les juridictions y avaient cependant recouru.

Mais à cette jurisprudence, plutôt née d'une négligence de la réglementation, doit être ajoutée une œuvre véritablement prétorienne, la distinction entre litige médical et litige administratif s'étant avérée parfois plus délicate, notamment en matière d'AT/MP (§ 4).

§ 1 – <u>le principe général</u>

• Il est posé par l'art. L.141-1 CSS selon lequel les contestations d'ordre médical (COM) relatives à l'état du malade ou de la victime et notamment à la date de consolidation au cas d'AT/MP, et celles relatives à leur prise en charge thérapeutique, donnent lieu à une PEM, et repris au plan purement contentieux par l'art. R.142-24 CSS, ces 2 textes constituant la constriction des dispositions originelles contenues dans l'ord. du 19 octobre 1945 sur les assurances sociales (art. 99 et 33), dans la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP (art. 27 et 45), et dans la loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux (art. 22), et telles que formulée dans les D. du 22 décembre 1958 et D. du 07 janvier 1959 dont ces deux textes sont issus.

Cette compétence d'attribution par rapport à la compétence de droit commun du contentieux général en matière de réglementation de SS, a donc une portée très étendue, l'expert pouvant trancher tous les différends apparaissant sur le plan médical, hormis ceux visés à l'art. L 143-1 CSS et relatifs au contentieux technique, mais y compris depuis la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) 2004-1370 en date du 20 décembre dont l'art. 39 a complété l'art. 141-1 CSS, les différends concernant la prise en charge (PEC) thérapeutique du malade ou de la victime.

Ce ne peuvent donc être pour l'heure, et pour le malade, que ceux résultant d'un désaccord, à la suite de l'examen spécial, entre le MC et le MT sur le traitement au cas d'affection longue durée (ALD), de soins continus ou d'arrêt de travail de plus de 6 mois visés à l'art. L.324-1 CSS, lesquels donnaient lieu à une expertise dite "thérapeutique" dont le principe fut d'ailleurs emprunté pour l'EM mais dont les modalités étaient fixées par le règlement intérieur

---

1 *J. MATHIEU "l'expertise médicale prévue à l'art. L141-1 CSS" mémoire – Rennes juin 1988.*

des caisses primaires (RICP - art. 45 et suivants), s'étant agi, ici et avant tout, de régler une divergence propre au MC et au MT, et donc indépendamment de tout recours de l'assuré, l'avis de l'expert étant d'ailleurs sans recours et le conseil d'administration de la caisse ou le comité délégué prenant la décision en la matière.

L'ord. du 18 juillet 2005 (art. 2 devenu L.432-4 alinéa 1 CSS), a donc étendu le dispositif au traitement de la victime au cas de soins continus ou d'arrêt de travail de plus de 6 mois, l'ensemble de ces différends, comme ceux propres au cas de réadaptation fonctionnelle de la victime (art.R.432-6 CSS), relevant désormais de la PEM, et il ne semble pas que l'obligation pour la caisse de recourir dans ces cas-là à l'expertise, fut-ce à l'avenir celle de l'art. L.141-1 CSS de nature essentiellement contentieuse, ait pour autant été supprimée.

Même si les prérogatives du conseil d'administration de la caisse (ou du comité délégué), avaient déjà été transférées aux caisses elles-mêmes, et même si le D. du 20 avril 1988 (art. 3 complétant l'art.R.141-2 CSS), avait déjà prévu le règlement du désaccord sur le traitement du malade par la seule PEM dès l'instant qu'il y avait contestation sur l'état lui-même (économie d'expertises dans le cadre du plan SEGUIN en 1988), c'est une page d'histoire qui s'est tournée là et on ne peut passer sous silence les énormes méprises auxquelles ont pu donner lieu ces dispositifs, bien malgré eux…

Empruntant donc l'expertise dite "thérapeutique" de l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945 concernant l'assurance longue maladie (ALM) et consécutive à la divergence entre le MC et le MT sur le traitement du malade à la suite de l'examen spécial propre à cette assurance et préalable à toute divergence, l'EM (art. 99) vit cet examen introduit dans sa procédure par la doctrine et la jurisprudence (mais les auteurs de la loi 30.10.1946 sur les AT/MP purent en exclure, d'évidence, l'alinéa 1er propre à cet examen spécial…), sa sortie, salvatrice, intervenant à la suite de la suppression de l'assurance longue maladie (ALM) (et donc de l'art. 33).

Le nouvel art. 99[1] reprenait en effet à son compte le principe de l'expertise, sans l'examen spécial bien sûr, mais qui n'avait pas pour autant disparu, comme il fut écrit, "revenu sur ses terres" en quelque sorte, c'est-à-dire pour la fixation du traitement du malade au titre des Affections longue durée (ALD) et non plus de l'ALM, selon l'art.30 ord. du 19 octobre 1945[2].

Pour les mêmes raisons de disparition de l'art.33, l'expertise prévue pour le traitement de réadaptation fonctionnelle de la victime à la suite du désaccord entre le MC et le MT ou sur demande de la victime, et calquée sur celle visée à l'art. 33 pour le traitement du malade dans le cadre de l'ALM, selon l'art. 39 loi 30 octobre 1946, subissait une extension considérable, faute d'une lecture convenable de cet article. Le D. du 13 août 1955 (art. 4), qui n'avait ici pour seul but que de le dépouiller de toute référence à l'art. 33, le reformulait en des termes surprenants qui faisaient statuer l'expert dans tous les cas d'attribution, les auteurs de la codification impassibles en 1956 (art. 441 CSS), tandis que ceux du D. du 07 janvier 1959 s'interpellaient, reprenant une formulation convenable (art.11) de l'art. L441 CSS (devenu L et R432-6 CSS) en renvoyant à un décret qui, finalement, était le leur.

Le contentieux général conserve donc sa compétence intégrale, quand bien même les litiges sont d'ordre médical, du moment qu'ils ne portent pas sur l'état du malade ou de la victime ou sur leur prise en charge thérapeutique. Et devant donc être prises dans leur sens littéral, la COM et la DOM ne peuvent viser que le malade ou la victime dont les droits sont appréciés dans le cadre strict de l'assurance maladie (art. L.321-1 modifié CSS) ou de l'assurance AT/MP (art. L.431-1 CSS).

Il peut donc y avoir autant de COM ou de DOM qu'il y a de prestations attribuables au titre de l'ensemble des soins et frais de toute nature, ou d'appréciations médicales génératrices ou

---

1 *Issu de l'art. 28 D. 20 mai 1955.*

2 *Issu art. 10 décret 20 mai 1955 et devenu 293 puis L.324-1 CSS. Voir développement infra dans chapitre III, section 1, § 2 l'examen du malade ou de la victime.*

extinctrices de droits, comme la stabilisation, la guérison, ou la consolidation, ou en ALD, et dont la justification médicale au regard de l'état du malade ou de la victime ou l'imputabilité à une maladie ou un accident, font l'objet du litige[1].

C'est en tout cas ce que semblent bien refléter les § I et II de l'actuel art. L.315-1 CSS (issu de l'art. 10 ord. 96-345 du 24 avril), selon lesquels "le contrôle médical porte sur tous éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service des prestations" et "le SCM constate les abus en matière de soins, de prescriptions d'arrêt de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations…".

• On peut toutefois s'interroger à la lecture de l'art. L.315-2 al. 1 CSS (issu de l'art. 11 de la même ord.) qui dispose que : "les avis rendus par le SCM portent sur les éléments définis au § 1 de l'art. L.315-1 et s'imposent à l'organisme de PEC", sur la portée exacte de ces dispositions dans la mesure où elles peuvent faire penser à une extension substantielle des pouvoirs d'investigation du SCM et de la force juridique de ses avis.

Mais la lecture attentive des textes ayant défini le champ du CM depuis l'origine, montre bien la portée générale qu'ils revêtirent quant à "l'appréciation faite par le MT de l'état de santé de l'assuré et de sa capacité de travail et à la constatation des abus en matière de soins…"[2], toujours sans préjudice des dispositions propres à l'ALM (art. 33 ord 19.10.1945) puis aux ALD (art. 30), lesquelles devaient obligatoirement être reconnues par le CM (art. 286-1 CSS), et pour lesquelles était donc toujours prévu l'examen spécial du malade par le MC et le MT pour la détermination du traitement, avec recours à une expertise dite "thérapeutique" au cas de désaccord (art. 293 CSS), de telle sorte que le CM était bien possible distinctement sur l'ensemble des prescriptions en vertu d'une compétence générale.

Ces dispositions devaient d'ailleurs être reprises par la suite, "le CM donnant des avis d'ordre médical sur l'appréciation faite par le MT de l'état de santé et de la capacité de travail des bénéficiaires de législations de SS, et sur la constatation des abus en matière de soins, d'interruption de travail et d'application de la tarification des honoraires"[3], "ces avis quand ils ont un caractère médical et portent sur des cas individuels s'imposant aux organismes d'assurance maladie"[4] toujours sans préjudice des dispositions propres aux ALD, (art. L.322-3 et 4 et L.324-1 CSS)

• A la vérité, les praticiens, qui ne voyaient là rien d'autre que la confirmation de leur rôle dans le contrôle des prestations, s'étaient heurtés à une jurisprudence étonnante de la Cour de cassation, selon laquelle l'avis du MC n'était opposable à l'assuré que pour les seules prestations dont la PEC était explicitement soumise par les textes à un avis du CM[5], le pic de cette jurisprudence intervenant en 1970[6] où l'avis de l'expert, net, précis, formel et dépourvu de toute ambiguïté, s'imposait aux parties et aux juridictions intéressées sur le plan médical, mais n'impliquait en rien, en ce sens qu'il ne justifiait pas les traitements aussi importants que ceux qui avaient été ordonnés, que la caisse dut en faire supporter à l'assuré social les conséquences, en

---

1 *Ce qui exclut que les juridictions se prononcent elles-mêmes et en dehors des soins et frais susceptibles d'être pris en charge. (Cass. Soc. 28 novembre 1991 BC V-54 ; Cass. Soc. 25 juillet 1999 BC V-358).*

2 *Successivement art. 16 D. 29 décembre 1945, art. 1 D. 60-453 du 12 mai, qui a ajouté "la constatation des abus en matière de tarification des honoraires", art. 1 D. 68-401 du 30 avril.*

3 *D. 75-362 du 06 mai modifiant l'art. 1er D. 68-401 du 30 avril précité et devenu art. R.315-1 ancien CSS.*

4 *D. 80-901 du 17 novembre modifiant le même art. et devenu L.315-1 ancien CSS.*

5 *P.J. COUSTEIX, délégué aux affaires médicales et scientifiques, A. ROUSSEAU, médecin-conseil national adjoint, D. LAPORTE, médecin-conseil chef de service, échelon national du service médical CNAMTS, "les nouvelles missions du CM" Médecine et Droit – 1996.21.*

6 *Cass. soc. 16 janvier 1961 BC IV-229, 2 décembre 1970 BC V-686, 08 février 1984 BC – V-51.*

refusant à celui-ci le remboursement des dépenses qu'il avait effectuées antérieurement à toute contestation.

Et la cour fondait en définitive sa décision sur le fait "qu'aucune disposition législative ou règlementaire n'imposait la prise en charge préalable de la caisse et que c'était au MT, seul juge selon sa conscience professionnelle, qu'il incombait de respecter la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement".

Dès lors, on ne comprend pas la prise en compte de conclusions d'expertise qui, s'imposant au plan médical, ne pouvaient être que l'émanation d'une contestation incompatible avec la considération que l'assuré avait effectué les dépenses antérieurement à toute contestation, pour exclure toute remise en cause des prescriptions du MT.

Mais outre ce curieux panachage, on peut surtout regretter qu'à l'aide de "la seule responsabilité du MT" et sans répondre à l'objection qu'il existait un CM portant notamment sur l'appréciation faite par le MT de l'état de santé du malade, la Cour ait ainsi réduit à la portion congrue le champ de ce contrôle médical (CM), la justification médicale des prestations objet du contrôle, n'ayant pu que constituer un critère irréductible. Par suite l'exigence de l'avis du MC comme condition d'attribution de certaines prestations, ne pouvait être confondue avec l'exercice d'un contrôle médical (CM) comme le fit la cour, et avoir eu, par suite, pour effet, de faire échapper à ce dernier l'immense frange de toutes les autres prestations, sans permettre "ici ou là" des investigations dont les avis en résultant ne pouvaient que s'imposer à la caisse débitrice légale et ouvrir de ce fait, le recours à l'EM. Cette réduction avait d'ailleurs été grandement favorisée par le fait que les soins étaient présumés "nécessaires pour l'assuré et les membres de sa famille" (ancien art. 283 devenu L.321-1 modifié CSS et issu art. 22 ord. du 19 octobre 1945), dès lors qu'ils étaient effectués ou prescrits par le MT, la caisse n'étant pas fondée à refuser la PEC d'une prestation entrant au nombre de celles qu'assure la couverture de l'assurance maladie.

Il aura donc fallu, face à cette dérive, et pour remédier aux inconvénients du principe d'automaticité des remboursements totalement inapproprié à ce qu'ont pu vouloir les auteurs des textes initiaux sur les assurances sociales (AS) et les AT, que le législateur continue d'intervenir, le nouvel art. L.315-1 et l'art. L.315-2 nouveau CSS finissant par imposer la compétence générale du SCM, par une formulation excluant toute interprétation et dont les avis continuaient de s'imposer aux organismes de PEC, et c'est donc indépendamment des dispositions particulières qui subordonnent le bénéfice de certaines prestations à l'accord préalable de l'organisme de PEC, que le SCM peut estimer qu'une prestation mentionnée à l'art. L.321-1 n'est pas médicalement justifiée et que la caisse peut par suite, après en avoir informé l'assuré, en suspendre le service, les COM portant sur cette décision donnant alors lieu à EM.

• Il nous paraît essentiel de souligner d'emblée, bien que la question ait trait à celle de l'initiative ou déclenchement de la procédure, que si la contestation s'entend bien dans tous les cas de la divergence entre le MC et le MT, elle ne constitue pas à elle seule le litige médical, lequel suppose toujours que la victime, bénéficiant d'un droit général en la matière, puisse solliciter l'expertise alors même que les deux médecins seraient en complet accord, ou avant toute décision de la caisse et même si la matérialité de l'accident est contestée, la caisse devant y faire procéder lorsque la question dont elle est saisie porte sur un problème d'ordre médical (art. R.141-2 alinéa 1 CSS).

Mais il ne semble pas que la caisse soit dotée de la même prérogative que la victime car, si les dispositions de cet article, quant à l'initiative de la caisse, ne permettent pas de déterminer avec précision les conditions dans lesquelles elle peut recourir à l'expertise, en l'absence de toute mention de recours obligatoire à la procédure, les autres dispositions règlementaires ne laissent planer aucun doute sur la subordination du recours à la PEM pour la victime, au désaccord entre le MC et le MT[1].

---

[1] *Voir infra chap. II – section I, le déclenchement de la procédure.*

S'agissant des articles L.315-1 et 2 CSS, *l*e lecteur ne doit pas se laisser abuser, leur rédaction pouvant inciter à penser que le CM, désormais SCM, depuis l'ordonnance du 24.04.1996, n'aurait pas été à la hauteur de sa tâche en ce qui concerne les conditions d'attribution des prestations. Il s'est bien agi, en effet, essentiellement, de redonner à travers ces articles, au champ d'application de la COM et de la DOM et donc à l'EM, une dimension qu'elle n'aurait jamais du perdre, en neutralisant cette jurisprudence constante d'inopposabilité des avis du SCM à l'assuré, hormis les cas prévus par la loi[1].

§ 2 – Les textes particuliers

A/ Dans le domaine des AT/MP, des textes sont venus préciser dès l'origine le recours à la PEM en se référant au principe général qu'avait posé l'art. 99 ord 19.10.1945 en matière d'AS, par référence à l'article 33, et les auteurs de la loi fondamentale du 30.10.1946 ont ainsi visé le recours à la PEM à la suite de la déclaration de l'accident ou de la maladie, au cas de divergence entre le MC et le MT sur l'état de la victime, laquelle pouvait toujours demander l'expertise (art. 27), et au cas de désaccord sur la date de guérison ou de consolidation d'après l'avis du MT(art. 45).

- Si, après leur codification, les art. 99 ord. du 19 octobre 1945 (402 CSS) et 27 puis 27 bis loi 30 octobre 46 (486 CSS) furent abrogés par le D. du 07 janvier 1959, inclus en quelque sorte dans le principe général commun aux AS et aux AT/MP, (art. 1er devenu L.141-1 CSS), demeuraient par contre l'art. 45 de la loi, (codifié art. 482 puis L.442-6 CSS), ainsi que tous les textes du D. du 31 décembre 1946 portant RAP pour l'application de la loi, notamment l'art. 43 modifié, mentionnant le recours à la PEM au cas de désaccord entre le MC et le MT sur l'état de la victime, et notamment sur une question d'ordre médical touchant au caractère professionnel de la lésion ou de la maladie (art. R.442-1 CSS).

  L'art. 115 visait le même recours, au cas de divergence entre les 2 praticiens sur la reprise d'un travail léger de nature à favoriser la guérison ou la consolidation (art. R.433-15 CSS), de même que l'art. 118 qui précisait bien le sens des dispositions de l'art. 45 de la loi, selon lequel la caisse fixait la date de guérison ou de consolidation d'après l'avis du MT et au cas de désaccord, d'après l'avis de l'expert, en stipulant que la caisse fixait cette date après avis du MC et au cas de désaccord dans les conditions fixées pour l'EM (R. 433-17 CSS).

- Si les dispositions précitées ont toujours visé indistinctement les AT/MP, l'art. 75 de la loi fondamentale du 30.10.1946 avait stipulé toutefois que des décrets pouvaient prévoir des dispositions spéciales d'application à certaines maladies professionnelles (art. L.461-7 CSS).

C'est ainsi que plusieurs décrets ont déterminé des modalités particulières en matière de pneumoconioses visées à l'un des tableaux pour l'établissement du diagnostic par des médecins agréés en cette matière ou, selon le cas, au choix, par un collège de 3 médecins, enfin à l'appréciation du MC, par un médecin spécialiste ou compétent en pneumologie, ou de médecine du travail et possédant les connaissances particulières en matière de pneumoconioses[2].
En outre, l'art. 7-1 loi 93 121 du 28 janvier ajoutait un nouveau mode de reconnaissance par des comités régionaux composés de spécialistes de l'origine professionnelle d'une maladie laquelle, n'ayant pas été contractée dans les conditions mentionnées à l'un des tableaux, ou n'étant définie

---

[1] *Pour une critique de cette jurisprudence :"les nouvelles missions du CM", J. LUCBEREILH (direction de la SS, Ministère du Travail et des Affaires Sociales).Droit social : sept. oct. 1996 p. 836 et s.*

[2] *D. 99-726 du 31 août (art. 2), modifiant l'art. D.461-8 CSS, en supprimant l'agrément des médecins qualifiés en matière de pneumoconioses et le collège de 3 médecins.*

par aucun de ces tableaux, ne bénéficie pas de la présomption d'origine professionnelle puisqu'il doit être établi qu'elle est directement causée par le travail habituel de la victime dans le premier cas, et essentiellement et directement, et à la condition toutefois qu'elle entraîne le décès de la victime ou un pourcentage déterminé d'IPT, dans le second cas[1].

Sous réserve de la particularité de ces examens pour l'établissement du diagnostic, ces textes devaient mentionner, au cas de COM ou DOM, l'application de la PEM, avec des limitations pour le choix de l'expert en matière de pneumoconioses, l'idée ayant été et étant toujours d'ailleurs, que l'expertise ne pouvait être confiée qu'aux mêmes instances susvisées, mais autres que celles obligatoirement puis facultativement saisies pour l'établissement du diagnostic, avant que le MC ne rende son avis et que la caisse ne prenne sa décision[2].

B/ D'autres textes que ceux propres aux AT/MP ont précisé l'application de l'EM en matière d'ALD, à la suite du basculement, consécutif à l'art. 1er du D. du 07 janvier 1959 (art. L.141-1 CSS) visant sans restriction les contestations sur l'état du malade, des divergences entre le MC et le MT, du champ d'application de l'expertise thérapeutique visée à l'art. L.324-1 CSS (alors 293)[3] dans celui de l'EM, seule la divergence sur le traitement continuant alors de relever de l'expertise thérapeutique dont la décision à suivre ne pouvait donc n'ouvrir droit qu'au recours du contentieux général.

C'est ainsi que plusieurs décrets ont précisé l'application de l'EM pour les contestations portant sur l'appréciation faite par le MC de l'état du malade à propos des ALD, ouvrant droit à l'exonération du ticket modérateur (ETM) et figurant sur une liste, sinon en dehors et présentant un caractère prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse, en vertu des dispositions de l'ord. 67-707 du 31 août et de la loi 68-698 du 31 juillet (art. 13) dont sont issus les articles L.322-3, 3°, 4° CSS, [4] ces dispositions étendues au régime des TNS (devenu RSI), et agricole.

Il était heureux que la divergence d'appréciation entre le MC et le MT sur l'état du malade en matière d'ALD intégrât la sphère de l'EM, ce qui laissait bien subsister la procédure de l'expertise thérapeutique au cas de divergence sur le traitement, la jurisprudence procédant d'ailleurs à la distinction[5].

Et c'est pour remédier à l'inconvénient de la double expertise que le D. 88-421 du 20 avril (art. 3 devenu art. R.141-1 al. 2 CSS) devait considérer que les contestations sur l'état du malade s'entendaient également des contestations visées à l'art. L.324-1 CSS, quand donc était en jeu la reconnaissance d'une ALD, jetant ainsi un pont entre les 2 procédures pour que l'expert, quand le litige portait au moins pour partie sur l'état du malade, put en régler, le cas échéant, l'ensemble, sans pour autant, comme d'aucuns ont pu le croire, avoir supprimé la distinction des procédures quand le litige ne portait que sur le traitement[6].

Il aurait en effet pu paraître fâcheux que la seule divergence sur le traitement n'obligeât plus le MC à recourir à l'expertise mais à se borner à un avis défavorable entraînant un rejet par la caisse, ouvrant le recours à l'EM, d'autant que depuis le D. 86 1378 du 31 décembre (art. 2

---

1 *Art. L.461-1 al 3, 4 et 5 CSS et art. R.461-8 CSS, fixant le taux à 75 % puis à 25 %.*

2 *Voir successivement : D. 17 novembre 1947 sur l'asbestose professionnelle, abrogé et remplacé par D. 17 octobre 1957 sur la silicose et l'asbestose professionnelle (art. 15); D. 4 mai 1988 (art. 3 devenu D.461-20 ancien CSS) ; D. 31 août 1999 (art. 11 devenu D.461-20 nouveau CSS) ; circulaire DSS/4ème bureau, n°99-645 du 24 novembre ; et infra chap. II, section II, le choix de l'expert.*

3 *En effet, seul l'accord entre le MC et le MT sur l'absence d'ALM ou d'ALD ouvrait jusqu'alors le recours de l'EM selon art. 7 arrêtés du 27 mai 1946 puis du 31 août 1955.*

4 *D. 69 132 du 6 février (art. 2) puis D. 86 1179 du 31 décembre (art. 2 devenu R.322-7 CSS), voir aussi art. 71-4 et 4.1, RICP, sous art. L.322-3, et R.615-58 CSS).*

5 *Cass. civ. 2ème 8 janvier 1966 BC II-34.*

6 *Voir CM 89/15 du 15 septembre 1989 relative à l'EM.*

devenu R.322-5 CSS), l'ETM n'est plus générale, mais "sélective", c'est-à-dire limitée au traitement défini au sens de l'art. L.324-1 CSS précité.

C'est ce qu'on pourrait désormais craindre[1] depuis que la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) du 30.12.2004 (art. 39 complétant l'art. L.141-1 CSS) a véritablement supprimé la distinction, en ajoutant aux contestations sur l'état du malade ou de la victime, celles relatives à leur PEC thérapeutique, même si les art. L.324-1, L.432-4-1, et R.432-6 CSS prévoient bien le recours à l'expertise, fût-ce donc désormais celle de l'art. L.141-1 CSS.

A ce stade de notre analyse, il apparaît donc que le recours contentieux et les prérogatives traditionnelles du juge ne peuvent être mises en œuvre que pour autant qu'il n'existe pas de COM ou de DOM, sinon il y a lieu à l'initiative des parties ou du juge, de recourir à l'EM pour le règlement du litige.

Mais aussi simple que puisse paraître cette assertion, il serait illusoire de croire que les caisses ont toujours procédé à une orientation correcte des litiges et que le juge ait pris soin de ne pas statuer sans recours préalable à la PEM, quand la COM ou la DOM existait bien, et notamment en matière de PEC des frais de transport et de cotation des actes médicaux ou paramédicaux, et il nous apparaît nécessaire d'y associer une véritable discussion propre à contribuer à l'infléchissement de cette tendance.

§ 3 – Les difficultés propres à la mise en œuvre de l'EM

Elles peuvent ainsi être appréhendées, tant au niveau des caisses (A/), que des juridictions du fond (B/) et justifient donc la discussion que nous venons d'annoncer (C/).

A/ L'orientation de nombre de litiges d'ordre médical vers le contentieux général [2]

Il y a donc bien lieu de mettre en exergue cette tendance générale des caisses à orienter des litiges vers le contentieux général, sous l'apparence d'une composante uniquement administrative mais présentant en réalité une dimension médicale s'avérant déterminante au regard de leur solution et incombant alors, le cas échéant, à la juridiction par le biais de l'EM. Aux authentiques DOM, c'est-à-dire à celles ne survenant réellement qu'en cours d'instance contentieuse et qu'ont bien voulu prendre en considération les auteurs de l'ord. du 19 octobre 1945 et de la loi du 30 octobre 1946 (act art. R.142-24 CSS) de façon remarquable pour garantir le déclenchement de la procédure à la base[3], se sont donc ajoutées, dans des proportions importantes, de nombreuses difficultés lesquelles, manifestement, justifiaient le recours direct à l'EM, et sont donc venues se greffer sur ce phénomène courant les difficultés intervenues à propos de la méconnaissance de la DOM par les juridictions du fond elles-mêmes, ces dernières censurées par la Cour de cassation. De ses arrêts, nous extrayons ces quelques exemples, pour illustrer notre propos quant à cette orientation par les caisses.

---

1 *Et existait déjà dans le régime des TNS (devenu RSI) ou, en l'absence de distinction, et au cas de désaccord entre le MC et le MT, le recours à l'EM n'était envisagé que sur la seule contestation de l'assuré (art. R.613-67 à 69 CSS).*

2 *Voir circulaire CNAMTS n° 302/77 du 06 septembre relative au contentieux général.*

3 *Cass. soc. 16 novembre 1972 BC V-632 ; Cass. soc. 27 avril 1988 BC V-255 ; Cass. soc. 28 octobre 1993 BC V-256 :Cass. soc. 13 février 1997 BC V-67 ; Cass. civ. 2ème 20 octobre 2009, NP 08-20909.*

• Ainsi, en matière d'indemnité journalière et de son maintien au cas de reprise de travail, une assurée qui, à la suite d'un arrêt maladie, avait repris le travail et sollicité le bénéfice de ce maintien, prévu au cas ou la reprise était de nature à permettre une amélioration de l'état de santé de l'assuré (act. art. L. et R.323-3 CSS), s'est-elle vue opposer l'avis du MC qui estimait que la reprise du travail serait sans incidence sur l'évolution de son état, ce qui induisait bien un litige d'ordre médical, la contestation prenant néanmoins la voie du contentieux général avec toutes les conséquences que l'on peut imaginer quant au délai[1].

La mention de cet exemple nous est aussi dictée par la croyance qui s'est instaurée en la matière, que le législateur n'a pas expressément prévu en assurance maladie le recours à l'EM, contrairement au dispositif similaire en matière d'AT/MP ou l'IJ peut également être maintenue si la reprise du travail est de nature à favoriser la guérison ou la consolidation et où, au cas de désaccord entre le MC et le MT, il doit être recouru à l'EM (art. R.433-15 précité CSS), de telle sorte qu'il en résulterait un pouvoir discrétionnaire de la caisse pour accorder ou ne pas accorder le maintien de l'IJ, excluant donc la prise en compte d'une divergence d'ordre médical.

C'est en tout cas ce qu'exprime un arrêt assez récent de la Cour de cassation, selon lequel il n'appartenait qu'à la caisse d'accorder l'IJ maintenue dans les conditions de l'art. L.323-3 CSS, alors même qu'elle s'y était opposée à la suite de la prescription du MT en ce sens pour un mi-temps thérapeutique (après reprise à temps complet), et que dès lors, les juges du fond qui avaient accordé ce maintien, auraient dû, s'agissant avant tout d'une DOM, recourir à l'EM pour connaître l'influence de l'activité à temps partiel sur l'amélioration de l'état de santé de l'assuré. Par suite, la Cour ne pouvait éluder la DOM qu'elle avait bien admis antérieurement dans le cas similaire précité, l'art. L.323-3 CSS ne pouvant avoir été violé de ce seul chef[2].

Sans oublier l'intérêt qui s'attache à ce dispositif, qu'il est convenu d'appeler la "reprise thérapeutique", en vue de favoriser la réinsertion des assurés dans le monde du travail, il y a lieu à notre sens, de combattre cette croyance discriminante dont il nous a été donné de constater qu'elle est toujours bien ancrée, l'absence de précision dans l'art. L.323-3 CSS commandant, pour ces évidents litiges d'ordre médical, d'ouvrir la voie du recours à l'EM au nom du principe général dont nous avons fait état.

Il est curieux que la Cour ait pu ainsi méconnaître son office d'imposition de l'EM qu'on doit pourtant bien lui reconnaître.

• En matière de frais de transport, dont la PEC, subordonnée à une justification médicale, est toujours tombée sur le coup d'un mode de transport et d'un trajet les plus économiques et les moins onéreux compatibles avec l'état du malade, de telle sorte que ne pouvait être retenue que la structure de soins la plus proche appropriée à cet état[3], les caisses prirent l'habitude d'occulter la donnée médicale, alors même qu'elles étaient en présence d'une justification médicale légitimant le recours à l'EM.

On peut citer plusieurs exemples :

- Celui d'un assuré qui s'était fait transporter en ambulance au cabinet d'un spécialiste pour les nécessités d'un traitement (jurisprudence admise par la Cour de cassation en dehors des cas prévus par les textes), la caisse ignorant alors la donnée médicale, pour rejeter la demande au motif que le transport litigieux ne figurait pas dans les prévisions légales, la contestation prenant la voie du contentieux général[4].

---

1 *Cass. soc. 14 janvier 1970 BC V-39.*

2 *Cass. soc. 29 mai 1997 BC V-200.*

3 *Voir successivement en AS : arrêté interministériel du 2 septembre 1955 (art. 2 et 4) ; puis art. L.322-5 modifié CSS (art. 13 D 16 juillet 1986) ; art. L.321-1 2° modifié CSS (art. 12 III D. 16 juillet 1986) ; art. R.322-10 et 10-1 et s. CSS (art. 1er D. 6 mai 88 puis D. 22 décembre 2006), ces articles applicables aux AT/MP (art. L.432-1 CSS), au RSI (art. L. 613-14 CSS), au régime agricole (art. 1038 devenu art. L.742-3 Code Rural).*

4 *Cass. soc. 15 juin 1972 BC V-445.*

- Celui de la victime d'un AT, pour deux transports prescrits en ambulance, puis en taxi, dans un hôpital, afin d'y subir des examens et dont la prise en charge fut limitée au tarif SNCF, compte tenu de son état, la contestation cependant orientée vers le contentieux général[1].

Celui d'un assuré dont la PEC des frais de transport en voiture particulier au cabinet d'un spécialiste, qui n'était pas le plus proche de son domicile, avait été admise pendant un temps, puis limité au plus proche au vu de l'avis du MC, compte tenu de l'évolution de son état, ce qui consommait la divergence d'ordre médical, la contestation étant également orientée vers le contentieux général[2].

- Celui d'un assuré dont la PEC des frais de transport pour des séances de rééducation professionnelle prescrites en piscine au Cabinet d'un masseur kinésithérapeute qui n'était pas le plus proche de son domicile, a fait l'objet d'une limitation au plus proche à la suite de l'avis du MC, estimant les séances possibles hors piscine, la divergence d'ordre médical avérée, mais la voie du contentieux général fut offerte à l'assuré[3].

- Celui de ces trois assurés dont les frais de transport en voiture particulière ou en VSL sur prescription médicale, au Cabinet d'un masseur kinésithérapeute, pour une rééducation spécifique, et qui n'était pas le plus proche de leur domicile, ont fait l'objet sans autre considération d'une limitation sur la base du plus proche, la donnée médicale esquivée, ces assurés pouvant utiliser la voie du contentieux général[4].

- Celui d'un assuré dont la caisse a estimé, sans autre considération, que les séances d'orthophonie qui lui avaient été prescrites, pouvaient être réalisées au Cabinet de l'orthophoniste le plus proche, réduisant d'autant la PEC des frais de transports, alors que ce dernier avait estimé ne pouvoir prendre en charge la rééducation, et que celui choisi, s'était déclaré formé pour, l'assuré pouvant saisir le contentieux général[5].

- Enfin, celui d'un assuré pour lequel il avait été estimé qu'il ne pouvait voyager seul pour se rendre et revenir de l'hôpital après des examens préparatoires à une intervention et donc la PEC des transports, prescrits en VSL, lui fut refusée pour le motif que ces transports n'étaient pas prévus dans la liste limitative visée à l'art. R. 322-10 CSS, qui mentionnait pourtant la prise en compte de la nécessité d'une surveillance constante, la divergence d'ordre médical étant alors avérée, mais donnant lieu à l'orientation vers le contentieux général[6].

• En matière d'actes médicaux ou paramédicaux soumis à entente préalable, pour laquelle la vérification de la conformité de la cotation proposée à la nomenclature des actes professionnels met souvent en jeu l'appréciation de l'état du malade ou de la victime, on observe le même phénomène de considération du litige comme administratif, alors que ce dernier comporte bien une composante médicale déterminante.

- Ainsi, l'assuré dont la demande s'inscrivait bien dans le cadre des actes ne figurant pas à la nomenclature des actes professionnels, mais pouvait faire l'objet d'une assimilation donnant alors lieu à prise en charge, s'est-il vu orienté vers le contentieux général alors qu'était bien

---

1 *Cass. soc. 13 décembre 1973 BC V-663.*

2 *Cass. soc. 1er mars 1973 BC V-137.*

3 *Cass. soc. 14 janvier 1999 NP 97.10271.*

4 *Cass. soc. 10 octobre 1996 RJS/1996 n°1325 Cass. Soc. 27 mars 1997 BC V-129, Cass. Soc. 20 février 1997 G c/CPAM Ile et Vilaine NP 95.18245.*

5 *Cass. soc. 14 janvier 1999 Juris Data n° 270.*

6 *Cass. civ. 2ème 15 février 2005 NP 03-30536, TASS Indre 16 mai 2003 (CPAM Indre c/M…) ; voir aussi Cass. civ. 2ème 22 octobre 2009 NP 08-20909 préc., Cass. Civ. 2ème 23 septembre 2010 NP 09-67900.*

posée, à la suite de l'avis du MC, la question de savoir si l'affection dont il souffrait n'entrait pas dans les cas d'assimilation prévus par les textes[1].

- Tout comme cet autre assuré, dont la demande de PEC d'une série de massages a été purement et simplement rejetée au motif que son état ne justifiait pas un tel traitement et que la cotation des actes litigieux ne pouvait être retenue, le litige prenant cependant la voie du contentieux général[2].

- Plus récemment, trois autres cas ont confirmé cette tendance des caisses qui ne se dément donc guère , alors même que la réduction de cotation fondée sur l'état du malade ou de la victime, ce qui traduisait bien une divergence d'appréciation médicale, excluait la voie du contentieux général[3].

Cette orientation est d'autant plus fâcheuse qu'elle révèle de la part des juridictions du fond la même tendance à ne pas recourir à l'EM, faisant alors naître une difficulté dans la résolution de la difficulté proprement médicale.

B/ La contribution des juridictions du fond aux difficultés

Sans doute conscientes de l'intérêt qui s'attachait au règlement rapide des litiges, à moins qu'elles n'aient oublié leur obligation de recourir à l'EM, les juridictions du fond, s'arrogeant l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, entendirent souvent statuer elles-mêmes sur la DOM, en faisant pratiquement droit à toutes les demandes afférentes aux cas que nous venons de citer, sauf une, les caisses, ignorant à la base le caractère médical du litige, s'empressant alors de plaider la cassation en invoquant la DOM et le recours à l'EM, que devait admettre la Cour dans tous les cas.

C'est ainsi que les juridictions du fond furent censurées :

- En matière d'indemnité journalière et de son maintien au cas de reprise du travail de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré, pour avoir estimé, en justification de ce maintien :

"Que le MT n'ayant permis la reprise de travail qu'à mi-temps, il convenait d'en déduire que l'état de santé de l'assuré nécessitait une réadaptation professionnelle basée sur une réduction du travail"[4].

- En matière de frais de transport pour avoir estimé, afin de les justifier :

- "Que le malade s'était trouvé dans un cas de force majeure, qu'il avait été hospitalisé le jour suivant, ce qui montrait la nécessité d'un traitement hors du domicile"[5].

- Ou "qu'il était de l'intérêt du malade que le médecin initialement consulté continuât le traitement entrepris"[6].

---

1 *Cass. soc. 23 novembre 1972 BC V-650.*

2 *Cass. soc. 8 avril 1974 BC V-227.*

3 *Cass. soc. 29 mars 1989 BC V-276 ; Cass. soc. 17 mars 1994 RJS/1994 n°619 ; Cass. soc. 2 décembre 1999 Juris Data n° 004202.*

4 *Cass. soc. 14 janvier 1970 BC V-39 préc.*

6 *Cass. soc. 15 juin 1972 BC V-445 préc.*

- Ou "qu'à l'époque, l'état de santé précaire de l'intéressé nécessitait impérieusement le mode de transport choisi"[1].

- Ou "qu'il résultait du certificat médical établi par le médecin ayant prescrit la rééducation, que la structure de soins appropriée était le centre de Montpellier et que la caisse n'apportait pas la preuve qu'il existait à Saint Jean de Fos une structure compatible avec l'état de l'assuré"[2].

- Ou "qu'il résultait d'une attestation médicale que les séances de MK dispensées dans la structure de soins la plus proche, n'avaient permis aucune amélioration, alors que les soins dispensés au CHR de RENNES (plus éloigné) avaient permis d'obtenir incontestablement une amélioration et que, dans ces conditions, les soins dispensés à RENNES étaient appropriés à l'état du malade"[3].

- Ou "que l'assuré qui devait subir une rééducation spécifique n'avait fait que suivre les recommandations de son MT"[4].

- Ou "que l'orthophoniste le plus proche du domicile avait déclaré ne pouvoir prendre en charge la rééducation de l'assuré"[5].

- Ou que (ici pour rejeter la PEC), pour les soins prescrits en piscine au Cabinet MK qui n'était pas le plus proche "le MC avait estimé qu'ils pouvaient être dispensés hors piscine à St JUST (Cabinet le plus proche) et dès lors être côtés AMM6 au lieu de AMM9"[6].

- Ou, enfin, "que l'assuré était inapte à la conduite automobile et à voyager seul et que son état nécessitait donc une surveillance constante"[7].

• En matière de cotation d'actes médicaux ou paramédicaux soumis à entente préalable, les juridictions du fond furent également censurées pour avoir estimé :

- Que "la cotation du traitement d'oxygénothérapie n'était pas en litige, les parties s'accordant à reconnaître qu'il s'agissait d'une assimilation, que le MC n'émettait d'avis favorable qu'au cas d'asphyxie prévu par lettre ministérielle, que le cas du malade consistait précisément en une anoxie équivalente à une asphyxie, mais que le CM de la caisse, informé, ne l'avait pas retenu, la juridiction ordonnant par suite la PEC du traitement"[8].

- Ou "que l'état de l'assuré, d'après l'avis du MC, ne justifiait pas un tel traitement, la cotation des actes ne pouvant par suite être retenue, et qu'il y avait lieu à expertise judiciaire" (expert commis par la juridiction)[9].

- Ou "qu'il y avait lieu de se fier aux ordonnances du MT… et à la nomenclature…"[10].

- Ou "que l'assuré avait bénéficié par le passé de séances de rééducation cotées AMM9, qu'à l'occasion d'une expertise technique réalisée en 1980, l'expert qui avait estimé que ces

---

1 *Cass. soc. 13 décembre 1973 BC V-663 préc.*
2 *Cass. soc. 10 octobre 1996 RJS/1996 N°1325 préc.*
3 *Cass. soc. 20 février 1997 NP 95.18245 G.C/CPAM ILE ET VILAINE préc.*
4 *Cass. soc. 27 mars 1997 BC V-129 préc.*
5 *Cass. soc. 14 janvier 1999 Juris Data n° 270 préc.*
6 *Cass. soc. 14 janvier 1999 NP 97.10271 préc.*
7 *Cass. civ. 2ème 15 février 2005 NP 03-30536 préc.*
8 *Cass. soc. 23 novembre 1972 BC V-650 préc.*
9 *Cass. soc. 8 avril 1974 BC V-227 préc.*
10 *Cass. soc. 17 mars 1994 RJS/1994 n° 619 préc.*

séances étaient médicalement justifiées, était resté aligné sur leur cotation, et que l'assuré avait cru de bonne foi, être autorisé à subir des séances cotées AMM9"[1].

- Ou, enfin, pour dire que les séances de MK devaient être cotées AMK9+6/2 (au lieu de AMK6), "que l'état de la victime confortait la nécessité de ces soins"[2].

L'importance des difficultés en matière de cotation, ainsi souvent assortie de la nécessité d'une appréciation de l'état du malade ou de la victime, a conduit le législateur à instaurer une procédure spécifique (art. 14 ord. 96.345 du 24 avril codifié art. L.141-2-1 CSS) (voir discussion suivante 3°).

C/ Discussion

1°) En matière de PEC de frais d'hospitalisation, nous nous étions proposé d'inclure dans notre série d'exemples les difficultés nées en la matière, la PEC ayant toujours pu être limitée pour convenances personnelles au tarif de l'établissement public ou privé, selon le cas, le plus proche de la résidence de l'assuré ou le plus accessible, et approprié à son état, quand il avait choisi un établissement plus éloigné dont le tarif était supérieur, en application des arts R.162-21, R.162-37, R.615-51 CSS. Mais ceux-ci ont été abrogés par D. 2004/1490 du 30 décembre (art. 11), sans que pour autant la notion d'établissement le plus proche ait complètement disparu de la réglementation.

• Il était évident que le droit du malade de choisir librement son établissement de soins[3] et son praticien[4] ne devait pas nécessairement avoir pour effet de faire supporter à l'assurance maladie un tarif de responsabilité supérieur à celui de l'établissement approprié le plus proche de la résidence de l'assuré, ou la totalité des frais de transports pour s'y rendre ou en revenir.

Bien que l'ord. du 19 octobre 1945 (art. 18) ait prévu une limitation des tarifs de responsabilité des caisses dans le cadre de conventions signées par ces dernières avec les établissements de soins, au tarif des établissements publics les plus proches, le Conseil d'Etat, interrogé par le ministre du travail sur la question crut pouvoir affirmer :

"Qu'aucune disposition de l'ord. du 19 octobre 45 ne prescrivait à l'assuré social dont l'état de santé justifiait l'hospitalisation, de se rendre à l'établissement hospitalier le plus proche de sa résidence, et ne faisait obstacle au libre choix pour l'assuré de l'établissement où il entendait se faire soigner"[5], ce à quoi devait se référer la Cour de cassation pour approuver les juges du fond, et débouter les caisses, lesquelles avaient entendu faire appliquer la limitation de la PEC, en s'aidant toutefois du principe de la plus stricte économie applicable au médecin et énoncée dans l'ord. (art. 9).

Il est regrettable que cette limitation n'ait pas été entendue dans son sens, et que les caisses aient été déboutées de façon invraisemblable, même si on pouvait leur reprocher de ne pas

---

1 *Cass. soc. 29 mars 1989 BC V-276 préc.*

2 *Cass. soc. 2 décembre 1999 Juris Data n° 004202 préc.*

3 *Consacré par l'art. L.1110-8 CSP (ex art. L.710-1), issu de la loi du 31 juillet 1971 portant réforme hospitalière et qui l'assortissait toujours des limitations posées par les régimes de protection sociale en considération des capacités techniques des établissements et de leur mode de tarification.*

4 *Art. L.162-2 CSS.*

5 *Avis CE du 20 mars 1951 publié dans circ. min. du 12 avril 1951 adressée aux DRSS pour diffusion aux caisses.*

tenir compte, comme la Cour de cassation d'ailleurs, celle-ci pour des raisons diamétralement opposées, de la composante médicale qu'induisait la suite de l'avis du Conseil d'Etat[1].

Ce dernier avait en effet tempéré son affirmation péremptoire, en fondant, sans qu'il ait donc vu pour autant la limitation règlementaire susvisée, une limitation "de facto" sur la base, entre autres, du principe également susvisé de la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement opposable au médecin que curieusement il appliquait à l'assuré social et ce dont il résultait dès lors :

- "Que si la loi garantit à l'assuré social malade le libre choix de l'établissement où il entend se faire soigner, le législateur n'a voulu lui assurer que le remboursement des frais indispensables au rétablissement de sa santé ; qu'il suit de là, que si un assuré social choisit pour des raisons de convenances personnelles, un établissement de soins dont le tarif de responsabilité est supérieur à celui de l'établissement public ou privé le plus proche de sa résidence, la caisse primaire de SS à laquelle il est affilié, n'est tenue de participer aux frais de séjour que dans la limite du tarif de responsabilité moins élevé fixé pour l'établissement le plus proche de la résidence du malade". Mais c'était à la condition que cet établissement soit en mesure de dispenser à l'intéressé les soins appropriés à son état… et qu'il ait été avisé.

• Pour totalement inadéquate en la matière qu'ait été la position de la Cour de cassation, faisant donc supporter aux caisses, pour toute hospitalisation publique ou privée, sans discernement, les conséquences d'un choix pouvant s'avérer sinon arbitraire, du moins excessif dans le cadre de l'assurance, la question éventuelle de l'appropriation de l'état du malade à un établissement plus proche ainsi "réglée", elle ne pouvait que s'avérer inutile en ce sens qu'inapplicable par ces motivations déboutant les caisses, et le législateur ne pouvait qu'intervenir pour redonner aux dispositions originelles de l'ord. du 19 octobre 1945 et à l'avis du Conseil d'Etat une portée juridique.

Le D. 64-881 du 21 août reprenait donc pratiquement mot à mot les termes précités de l'avis du Conseil d'Etat quant à la limitation de la PEC pour convenances personnelles, toujours à la condition que l'établissement le plus proche fut apte à prodiguer au malade les soins appropriés à son état, et concernant aussi bien l'hospitalisation publique (art. 1er) que privée (art. 2)[2], ce qui constituait au fond un réel progrès, non pas tant qu'une éclipse[3] , au regard de l'attitude restrictive des caisses et face à une jurisprudence sans fondement sérieux et qu'il condamnait bien[4].

• Cette jurisprudence réduite à néant, la COM et la DOM devaient normalement retrouver la place qu'elles n'auraient jamais dû perdre, et sans donc que fut nécessairement et automatiquement pourrait-on dire, mise à charge de l'assuré la différence de tarif, mais les caisses eurent toujours tendance, en dépit de cette résurgence, à les méconnaître à la source en orientant le litige vers le contentieux général, et donc de façon exceptionnelle vers la PEM, une croyance largement ancrée chez nombre de techniciens en une limitation pour convenances personnelles basée sur la proximité géographique. Et les juridictions du fond, le litige émergeant à leur niveau,

---

1 *Cass. Civ. Sect. sociale 12 octobre 1956 BC V-741, Cass. Civ 2ème 21 mars 1962 Droit social 12.1962 – note VOIRIN p. 653, Cass. Civ. 2ème 16 mars 1964 BC II-251.*

2 *Art. 1er devenu R.162-21 CSS et R.615-51 CSS, l'art. 2 abrogé par art. 13 D. 22 février 1973 dont l'art. 12 a élargi le champ d'application à la limitation à l'établissement public ou privé participant au service public le plus proche ou le plus aisément accessible à partir de la résidence de l'assuré, sous réserve de l'avis du MC chargé du contrôle médical, tout en écartant la règle pour les hospitalisations dans les établissements à vocation nationale ou pluri régionale, dans les maisons de repos et de convalescence, et dans les maisons d'enfants à caractère sanitaire, et devenu R.162-37 CSS.*

3 *Pour une critique de ce décret : Ch. ATIAS-LETREMY : "une éclipse dans la protection jurisprudentielle des assurés sociaux sur le choix de l'établissement de soins" Droit social 1975 p 539.*

4 *Voir aussi : LIN DAUBECH – "le malade à l'Hôpital", collection action santé – mars 2000 n° 204 à 212.*

se méprirent fréquemment sur l'impact de la notion de convenances personnelles, qu'elles minimisèrent à souhait, recherchant, pour faire échapper l'assuré à la réduction de la PEC, et aussi bien d'ailleurs quand le malade avait d'abord choisi l'établissement le plus proche mais qu'il s'était fait transporter dans un établissement plus éloigné, des causes parfois autres que médicales et pas toujours en rapport direct avec l'état du malade, ou se positionnant sur le terrain du droit commun de la preuve, et donc en dehors de tout recours à la PEM. Or, seule la considération que l'établissement le plus proche n'était pas apte à prodiguer les soins appropriés à l'état du malade, pouvait permettre d'écarter les convenances personnelles, les auteurs du décret n'ayant manifestement pas voulu inciter les juges à se pencher sur les mobiles, l'avis de l'expert apparaissant dès lors déterminant pour la justification médicale d'un établissement plus coûteux.

C'est pourquoi on ne saurait reprocher à la Cour de cassation d'avoir régulièrement censuré les juges du fond[1], notamment quand ils avaient pu considérer que le choix n'avait pas été opéré par l'assuré mais par le MT, qu'il procédait donc de la liberté de prescription du praticien et non de convenances personnelles indépendantes de raisons médicales justifiées ou non[2], alors qu'elle ne pouvait à elle seule permettre d'écarter les convenances personnelles, faisant ainsi naître la question de la justification médicale de ce choix, et donc de la DOM avec recours l'EM pour tenter d'éviter la réduction de la PEC[3].

- Les art. R.162-21, R.162-37, et R.615-51 CSS abrogés[4], il ne peut donc plus y avoir de COM ou DOM du fait de la disparition de la référence à l'établissement approprié le plus proche, peu important que ce choix ait été fait par le malade sur les conseils de son MT, ou par ce dernier pour le compte de son client.

Demeurent évidemment en vigueur les prérogatives du SCM quant à l'appropriation de l'établissement choisi, le MC pouvant toujours estimer, outre que la PEC n'est plus médicalement justifiée au jour de l'examen médical, que le service ou le département dans lequel se trouve l'assuré n'est plus approprié à son état pathologique, la réglementation stipulant alors que l'organisme dont il relève limite la PEC au tarif du service ou département de l'établissement le plus proche de sa résidence ou le plus accessible, dans lequel il est susceptible de recevoir les soins appropriés à son état (art. R.166-2 CSS). Et la divergence à ce sujet ne peut donc que constituer une COM ou DOM sur l'inappropriation de l'établissement choisi et (ou) de celui le plus proche pris comme référence pour la limitation de la PEC.

Il serait toutefois fâcheux que s'instaure une jurisprudence selon laquelle l'appréciation de l'état du malade, préjugée en l'absence d'urgence ou particularités relatives à cet état, pour

---

[1] *Cass. Soc. 5 janvier 1973 BC V-4 ; Cass. Soc. 5 juillet 1978 BC V-568 ; Cass. Soc. 28 juin 1989 BC V-491, Cass. Soc. 20 février 1997 NP 95 18 483, Cass. Soc. 2 janvier 1999 NP 97 14352, Cass. Sos. 28 janvier 1999 BC V-603.*

[2] *Cass. Civ. 2ème 24 octobre 1967 BC II-345, 3 premiers arrêts, le 4ème les ayant curieusement approuvés, alors même qu'il avait été recouru à l'EM, et bien que celle-ci fut défavorable à l'assuré, d'avoir pu en déduire que ce n'était pas pour convenances personnelles que l'assuré avait été hospitalisé.*

[3] *La Cour de cassation ne fit pas preuve d'une sévérité excessive, puisqu'elle admit que l'urgence justifiait le choix effectué (Cass. Soc. 11 juin 1970 BC V-406, 9 mai 1994 NP 92 14143), comme la résidence provisoire plus proche de l'établissement choisi que le domicile, quand la caisse avait choisi ce dernier comme référence (Cass. Sos. 13.11.1974 BC V-544, 12 décembre 74 BC V-608).*

La circulaire interministérielle 84 H 1298 du 23 octobre avait écarté la règle pour les assurés hospitalisés dans les établissements régis par la dotation globale, au plan national au cas d'admission d'urgence, au plan régional dans certaines disciplines mentionnées en annexe à la circulaire, au plan départemental quelle que soit la discipline, pour les assurés hospitalisés dans le département ou l'établissement avait son siège.

[4] *La CM DSS n° 97739 du 21 novembre avait rappelé que l'assuré devait être informé préalablement et après avis du SCM.*

déterminer l'établissement apte à prodiguer les soins appropriés, dérive en une pure appréciation matérielle de son équipement le rendant apte à les prodiguer et dont serait par suite exclu tout recours à l'EM, sous le pur couvert de l'appréciation des juges du fond[1].

• Reste que cette abrogation n'a pas ôté toute référence à la notion d'établissement le plus proche quant aux frais de transport afférents à l'hospitalisation, tant il était évident qu'elle n'aurait pu conduire à leur PEC intégrale, pour se rendre ou revenir de l'établissement choisi sans autre condition.

Le D. précité du 30 décembre 2004 (art. 9 codifié art. 322-10-7 puis inséré dans art. R.322-10-4 CSS suite du D. 2006-1746 du 23 décembre avec référence à la structure de soins), a donc adopté la limitation qui s'était instaurée en la matière lors de la référence à l'établissement le plus proche approprié [2], en disposant que la PEC était calculée sur la base de la distance séparant le point de PEC de la structure de soins dans la limite de 150 km, la notion de proximité demeurant au-delà de cette distance, puisque le CM devait vérifier, après demande d'entente préalable de l'assuré, que les soins ne pouvaient être dispensés dans une structure de soins située dans la limite de cette distance.

Il reste à souhaiter, cette appréciation pouvant donner lieu à DOM, que la contestation ne dérive pas dans le dédale du contentieux général et du pouvoir d'appréciation des juges du fond sans recours à l'EM, comme ce fut le cas lors de la limitation de la PEC pour les frais de séjour [3] avec cette "fausse" croyance ancrée dans le personnel des caisses, en un critère de pure proximité géographique ou de pure économie, ce qui justifie donc à nos yeux la poursuite de la discussion en cette matière.

2°) En matière de PEC des frais de transport pour lesquels, en assurances sociales, seuls ceux afférents à une hospitalisation en établissement de cure (art. 22 ord. du 19 octobre 1945), et en ALM puis au titre des ALD, ceux entrant dans le cadre du traitement (art. 33 et 35 ord.) pouvaient faire l'objet d'une PEC, s'était développé une jurisprudence très extensive, acceptant la PEC de tous les transports dès lors "qu'ils étaient médicalement justifiés par les nécessités d'un traitement", et donc en dehors des 2 cas susvisés qu'avait pourtant repris l'arrêté du 02 septembre 1955 précité, édictant les conditions de PEC en la matière[4], la Cour de cassation s'étant visiblement méprise sur leur caractère règlementaire.

L'assurance maladie comportait en effet, selon l'art. 22 précité, "la couverture des frais d'hospitalisation et de traitement dans les établissements de cure et les frais de transport…", ces derniers afférents à l'hospitalisation, mais la Cour devait conférer à leur PEC une portée générale en considérant que l'arrêté précité, qui n'était que la traduction de ce caractère règlementaire n'y faisait pas obstacle, dès lors que l'art. L.283 CSS (art. 22 ord. codifié) qui prévoyait "la couverture des frais de médecine générale et spéciale…" le permettait, à condition donc que les frais soient nécessités par un traitement et médicalement justifiés, ce qu'il est aisé de déceler dans la quasi-totalité des arrêts de la Cour.

Et cette dernière devait par suite, de façon logique pourrait-on dire, admettre que cette nécessité puisse être contestée par le recours à l'EM, ce que combattirent justement les caisses,

---

1 *Cass. Soc. 16 mai 2002 RJS/2002 n° 895.*

2 *Cas. soc., 5 juillet 1978 BC V-568, Cass. soc. 14 janvier 1999 NP 97 14352.*

3 *Ainsi, pour une jurisprudence récente, où les juges du fond, réglant eux-mêmes le litige, furent censurés, ayant dit que les 2 avis médicaux circonstanciés produits par l'assuré, ne pouvaient être utilement contestés par l'avis général et dépourvu de toute précision du MC, permettant d'en apprécier la pertinence, pour accorder à l'assuré la PEC du surcroît de tarif au lieu de recourir à l'EM Cass. civ. 2ème 5 juillet 2005 NP 04 30138.*

4 *Applicable aux assurances sociales agricoles, le D. 21 septembre 1950 ayant unifié la réglementation.*

invoquant leur caractère règlementaire, non sans s'être à la longue résignées à contester leur bien fondé[1].

C'est donc plus particulièrement en matière de limitation de la PEC quant au trajet, et plus rarement quant au mode de transport, que les caisses firent surgir des difficultés comme pour la PEC des frais d'hospitalisation et des frais de transport afférents, en conférant au litige une dimension purement administrative, ignorant sa composante médicale et l'orientant vers le contentieux général[2].

• Quant au trajet, les caisses se fondèrent souvent sur un critère de pure proximité géographique, alors que l'art. 2 de l'arrêté précité du 02.09.1955, s'attachant aux modalités de remboursement des transports visés à l'art. 1, n'imposait que "la voie la plus économique pour parvenir au point d'arrivée le plus convenable situé dans la commune où l'intéressé a dû se rendre", ce qui ne pouvait manifestement qu'être applicable pour les frais de transport afférents à un traitement prescrit dans le cadre d'une ALD, et visés à l'art. 1, 3 [3], en stipulant que la PEC des frais de transport au cas d'hospitalisation visés à l'art. 1, 1° était limitée, elle, à l'établissement approprié le plus proche.

Il est regrettable que la voie la plus économique n'ait pas été entendue en son sens, ici d'un parcours donné, et que la proximité géographique, sans doute par analogie avec la PEC des frais de déplacement du praticien au domicile du malade limités au plus proche dans la même discipline (art. 12 RICP/ arrêté du 09.06.1947), ait pu permettre la substitution d'un lieu à un autre plus proche, où il était prétendu que pouvaient être dispensés les soins, en dehors de toute considération de l'état du malade.

Le principe était bien en effet que les frais pour se rendre au cabinet du praticien étaient à la charge du malade (ce que devait confirmer l'art. 37 RICP), sauf précisément ceux entrant dans le cadre d'un traitement afférent à l'ALM ou à une ALD, et qu'il était d'autant plus difficilement concevable d'affecter d'une telle limitation, que le traitement avait été le plus souvent déterminé d'un commun accord entre le MC et le MT, la limitation étant aussi bien appliquée pour les frais de déplacement au cabinet du praticien que de l'auxiliaire médical ou au centre de rééducation, et à tous les cas d'extension par circulaire admettant tous les frais de transport pour soins ou traitement consécutif à une intervention égale ou supérieure à KC100.[4]

Nous nous devons de mettre en exergue deux arrêts de la Cour de cassation intéressants, dans la mesure où les caisses avaient bien invoqué la proximité géographique pour limiter la PEC, en orientant le litige vers le contentieux général, et où les juridictions du fond avaient recouru à l'EM pour régler la question médicale en tenant compte de l'état du malade pour savoir où il pouvait recevoir les soins appropriés à cet état et dont devait dépendre la solution des litiges, ce que contestaient donc les caisses[5].

---

1 *Cass. civ. 2ème 16 mars 1964 BC II-250 ; Cass. soc. 27 mai 1968 BC V-260 ; Cass. soc. 28 février 1970 BC V-151 ; Cass. Sos. 15 juin 1972 BC V-445 ; Cass. soc. 1 mars 1973 BC V-137 ; Cass. soc. 14 février 1980 BC V-155 ; Cas. soc. 12 juin 1981 BC V-556 ; Cass. soc. 17 mars 1983 BC V-264 ; Cas. soc. 4 juillet 1984 BC V-295 ; Cass. soc. 16 janvier 1985 BC V-31.*

2 *Voir circulaire CNAM précitée 302/77 du 6 septembre relative au contentieux de la SS et formulant des recommandations pour y remédier.*

3 *En application de l'art. 30 ord. 19 octobre 1945 modifiée, suite à la suppression de l'ALM, et devenu art. 293 puis L.324-1 CSS, et art. 29 D. du 21 septembre 1950 précité modifié pour les assurances sociales agricoles.*

4 *Circulaire CNAM DGR n° 1691/84 du 20 décembre.*

5 *Cass. soc. 17 mai 1983 BC V-264 ; Cass. soc. 4 juillet 1984 BC V-295.*

Ainsi s'est implantée la notion de praticien ou autre professionnel le plus proche, opposé au malade, sans autre considération de l'appropriation de son état, quand de nombreux litiges furent donc orientés vers le contentieux général et non pas vers l'EM.

• Quant au mode de transport, les caisses se fondèrent bien sur la voie la plus économique, ici convenablement entendue, puisqu'elle ne pouvait que viser le moyen adapté et pas seulement la distance[1], mais elles oublièrent souvent que l'art. 4 de l'arrêté précité en date du 02.09.1955 prévoyait la PEC des frais réels quand le malade avait dû voyager autrement qu'en voiture, le "principe d'économie" ayant donc là aussi creusé son lit quand il permettait bien, sans considération de l'appropriation à l'état du malade, d'orienter de nombreux litiges vers le contentieux général et non pas vers l'EM.

Bref, il ne faisait pas de doute que les auteurs des textes précités qui avaient bien entendu conférer aux frais de transport ouvrant droit à PEC un caractère règlementaire, n'en avaient pas moins exclu pour autant que les prescriptions quant à un trajet ou un mode de transport déterminé puissent être réduites sans considération médicale au nom d'un principe d'économie, ou d'une proximité géographique qui n'ont jamais existé comme tels.

• C'est dans ce contexte de prolifération de "justifications médicales de transport pour les nécessité d'un traitement", ouvrant droit à elles seules à la PEC, au-delà des PEC règlementaires pour les hospitalisations et dans le cadre du traitement des ALD[2], et des limitations administratives par les caisses toujours orientées vers le contentieux général, sans considération de l'appropriation de l'état du malade, qu'est née l'exigence d'un recentrage, par une nouvelle définition règlementaire des transports ouvrant droit à PEC et surtout, pour ce qui est notre préoccupation première, l'exigence renouvelée de la prise en compte de cet état du malade de nature à induire le litige médical.

C'est ainsi que le D. 86-838 du 16 juillet (art. 12), à la suite de la loi 86-11 du 06 janvier 1986, qui l'avait fait du temps de l'ancienne codification (art. 283 a), a extirpé l'énumération de la PEC des frais de transports de sa position originelle dans le cadre de l'hospitalisation, et à laquelle la Cour de cassation avait donc conféré un sens générique, s'étant manifestement méprise, en abrogeant la formulation "et les frais de transports" dans le nouvel art. L.321-1, 1° CSS, et édicté un 2° spécifique à la PEC de ces frais, "pour les assurés se trouvant dans l'obligation de se déplacer pour recevoir les soins appropriés à leur état… selon les règles définies par l'art. L.322-5 CSS, et dans les conditions et limites tenant compte de l'état du malade et du coût du transport fixées par décret en Conseil d'Etat".

Le même décret (art. 13) reprenait dans le nouvel art. L. 322-5 CSS, ce que la loi précitée du 06.01.1986 avait également consacré du temps de l'ancienne codification (art. 283 a) à savoir : "que les frais de transports sont pris en charge sur la base du trajet et du mode de transport les moins onéreux compatibles avec l'état du bénéficiaire".

---

1 *Cass. soc. 6 juin 1984 BC V-239.*

2 *Il pouvait dès lors paraître difficile d'estimer que les conditions prévues par l'arrêté précité du 2 septembre 1955 étaient en contradiction avec le principe énoncé dans l'art. 283 CSS, selon lequel "l'assurance maladie comporte… la couverture des frais de transport" (qui n'étaient donc autres que ceux afférents à l'hospitalisation), ce qui suscita un certain contentieux (a/) ni que cet arrêté avait fait naître un conflit et que dépourvu de base légale, il avait été écarté de longue date par la jurisprudence judiciaire au profit d'une conception plus généreuse de la PEC (Cass. civ. 2ème 16 mars 1964 BC II-150 et soc. 10 janvier 1980 sommaire SS, mars 1980 p. 1780) (b/).*

a/ Michèle HARICHAUX "conditions de remboursement de frais de transport par l'assurance maladie RDSS 1985 p. 229 – 230".

b/ Michèle HARICHAUX idem RDSS 1986 p. 212 renvoi 14.

Et les conditions et limites susvisées ont été définies par le D. 88-678 du 06 mai (art. 1er devenu R. 322-10 et 10-1 et suivants CSS)[1], les transports liés à l'hospitalisation et au traitement afférent aux ALD retrouvant leur place d'origine dans une liste réglementaire, sur laquelle est apparue la PEC des frais de transport en ambulance, à longue distance (+ de 150 km), et en série sous condition de fréquence et de nombre, et où l'exigence du trajet et du mode de transport les moins onéreux compatibles avec l'état du malade a trouvé sa place, selon la prescription médicale indiquant le moyen de transport le moins onéreux compatible avec l'état du malade, et dans le calcul du remboursement sur la base de la distance séparant le point de prise en charge du malade de la structure de soins appropriée la plus proche.

Si la Cour de cassation a su en tirer les conséquences en réduisant à néant toute sa jurisprudence antérieure par refus d'admettre toute extension de la liste limitative règlementaire, c'est-à-dire la DOM et le recours à l'EM pour les frais médicalement justifiés ou consécutifs à une hospitalisation qui n'étaient plus donc susceptibles d'être prise en charge[2], en revanche les caisses n'ont pas cessé pour autant, comme en matière de frais de transport pour l'hospitalisation, de cantonner les litiges au contentieux général, et les juridictions de fond ont également continué à vouloir régler elles-mêmes le litige médical en ne recourant pas à l'EM. Or, celle-ci s'imposait d'autant plus que leur était évité le piège des convenances personnelles, dans lequel elles se firent prendre pour écarter la limitation de la prise en charge des frais d'hospitalisation, la Cour de cassation continuant donc d'assumer son office de garantie de la mise en œuvre de l'EM au cas de DOM[3], une espèce nous paraissant toutefois devoir être développée.

• Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 27.05.1999, suscite en effet une attention particulière car, aux difficultés de la mise en œuvre de l'EM, s'en sont ajoutées d'autres, au sujet de la rédaction par la juridiction de la mission de l'expert, au regard de "la structure de soins appropriée la plus proche", pour établir la base de la PEC.

Le cas avait trait à des frais de transport pour soins au Cabinet d'un MK qui n'était pas le plus proche du domicile de l'assuré, et on avait observé le "schéma classique", la caisse limitant la PEC des frais au plus proche, sans considération du caractère médical du litige, en l'orientant vers le contentieux général, tandis que la juridiction réglait elle-même une DOM, sans recours à l'EM et faisait droit à la demande de l'assuré, la caisse s'empressant alors de plaider la cassation et la cour imposant le recours à l'EM[4].

On pouvait donc penser que la juridiction de renvoi réglerait à ce stade le litige, mais il n'en fut rien car la mission confiée à l'expert[5], à savoir : "les soins prescrits pouvaient-ils être effectués par tout MK, et notamment au Cabinet de celui le plus proche de la résidence de l'assuré, ou au contraire, ne pouvaient-ils l'être, compte tenu de leur nature et de l'affection dont était atteint le patient, qu'auprès d'un MK présentant une expérience professionnelle et les qualités tout à fait spécifiques, exclusives des compétences habituelles de la profession, et dont le plus proche les possédant, était situé à Rennes", avait introduit une distinction selon la compétence[6].Or, était établie une jurisprudence confirmant l'absence de spécialité en la matière, si bien que la caisse exerça un nouveau pourvoi pour qu'il ne soit pas tenu compte de la prétendue compétence particulière de l'auxiliaire médical, mais la Cour de cassation devait, de façon surprenante, considérer que la question posée à l'expert, qui concernait bien l'état du malade, échappait au grief du moyen, la juridiction de renvoi statuant dans le cadre de la mission telle que

---

1 *Et reprises par D. 2006-1746 du 22 décembre dans art. R.322-10 et 10-1 et suivants nouveaux CSS.*

2 *Voir § 4 suivant, l'œuvre véritablement prétorienne.*

3 *Voir supra jurisprudence B/ du présent §.*

4 *TASS Ile et Vilaine, 15 juin 1995 G. c/ CPAM Ile et Vilaine, Cass. soc. 20 février 1997 N.P. 95.18245.*

5 *Sur cette question voir infra chap. II section 3.*

6 *TASS Côtes d'Armor, 23 juillet 1997 G./CPAM Ile et Vilaine.*

fixée initialement et faisant droit à la demande de l'assuré sur la base de l'avis de l'expert désigné[1].

Au-delà du problème induit par la question posée, dont la référence à la seule expérience professionnelle aurait mérité plus de précisions quant à ce cas de rééducation fonctionnelle de l'enfant, et plus particulièrement d'un nourrisson, nous pensons en effet que le législateur, avec cette notion de "structure de soins appropriée la plus proche", a bien entendu que soient dépassées, une fois pour toutes, les objections habituelles de proximité géographique de caractère administratif, fondée sur la distinction classique selon la spécialité ou la discipline, empruntée à la PEC des frais de déplacement du praticien au domicile du malade, et substituée de ce fait à une approche véritablement médicale du litige.

Il pourrait ainsi être tenu compte de l'évolution des techniques et des spécialisations, et à tout le moins de cette différence objective qui peut exister entre 2 cabinets de MK, en matière d'équipement.

Certains possèdent en effet des machines plus sophistiquées que d'autres, voire des piscines, que la cour prend en considération comme élément de distinction pour justifier la DOM[2].

Encore faut-il le dire quand, en l'absence de spécialité en kinésithérapie, le recours à l'EM est admis[3], et particulièrement en l'espèce où la question était expressément soulevée, mais autrement sans doute que par le truchement d'une question médicale posée à l'expert (et ainsi validée) quant à l'état du malade, et des griefs insusceptibles de la remettre en cause.
La question posée à l'expert n'est en effet pas détachable de la législation à laquelle elle s'applique, en ce sens elle doit être en adéquation, ce qui peut conduire à sa modification, voire au rejet de la DOM, si les prestations en cause ne peuvent donner lieu à PEC, l'EM ne devant pas aboutir à créer des droits[4].

Sinon, la caisse n'étant pas déboutée sur le fond dans cette affaire et la question soulevée demeurant donc entière, les caisses pourront continuer d'invoquer l'argument de la proximité au détriment de la recherche de l'appropriation, laquelle vaut d'ailleurs pour l'ensemble des structures de soins, les juridictions du fond, saisies, omettant fréquemment de mettre en œuvre la PEM et encourant la censure de la Cour de cassation[5].

Demeure donc la discussion au sujet de la cotation des actes médicaux ou paramédicaux impliquant l'appréciation de l'état du malade ou de la victime.

3°) En matière de cotation des actes médicaux et paramédicaux soumis à entente préalable, l'importance des difficultés, celles-ci souvent assorties de celles propres à l'appréciation de l'état du malade ou de la victime sans recours à l'EM, ainsi que nous l'avons exposé a conduit le législateur avec l'ord. 96 345 du 24 avril (art. 14 codifié art. L 141-2-I CSS), à adopter une procédure particulière mise en œuvre à l'initiative du juge, sur l'application par les professionnels de santé des nomenclatures d'actes professionnels ou d'actes de biologie médicale.

Mais bien qu'imbriquée dans les dispositions relatives à l'EM, elle ne constitue "qu'une expertise technique spécifique", et même si a pu se poser la question de savoir si elle pourrait être étendue à l'ensemble des contestations ou à la seule contestation administrative et quelle en serait

---

1 *Cass. soc. 27 mai 1999 RJS/1999 n° 1155, TASS Côte d'Armor 28 juin 2000 G./CPAM Ile et Vilaine.*

2 *Cass. soc. 14 janvier 1999 NP 97.10271.*

3 *Cass. soc. 10 octobre 1996 BC V 325 et dito 27 mars 1997 BC V-129.*

4 *Voir jurisprudence § 4 suivant : l'œuvre véritablement prétorienne.*

5 *Voir en ce sens : Cass. civ. 2ème 22 octobre 2009 NP 08-20909 préc. ; Cass. civ. 2ème 23 septembre 2010 NP 09-67900 préc. ; Cass. civ. 2ème 14 juin 2012 NP 11-13820 ; Cass. civ. 2ème 14 juin 2012 NP 11-19501.*

la force juridique[1], il ne semble pas qu'en réalité on puisse lui prêter l'appréciation de l'état du malade ou de la victime, ni la force juridique de l'expertise médicale.

Outre que seul le juge peut recourir à cette procédure, qui ne s'impose donc pas à lui, ce qui n'exclut par pour autant que les parties puissent la lui demander, l'art. 1er du D. du 10 septembre 1996 (art. R.142-22-2, CSS) avait prévu que les contestations étaient soumises, en application de l'art. L. 141-2-1 précité CSS, à un expert inscrit sur la liste nationale relative aux experts judiciaires mentionnés à l'art. 2 (art. R 142-24-3 CSS)[2]. Même si le D. 2006-5456 du 12 mai a instauré un nouvel art. R. 142-24-3 CSS, selon lequel il s'agit désormais "d'experts judiciaires spécialisés dans l'interprétation de la liste des actes et prestations prévues à l'art. L 142-1-7 CSS", inscrits sur une liste non plus seulement nationale, mais aussi dressée par chaque Cour sur avis favorable de la Haute Autorité de Santé (qui absorba les fonctions de l'ANAES), et du président de la commission de hiérarchisation compétent pour la profession du candidat, on peut douter que ces experts aient, sinon la disponibilité requise relativement à l'exigence des brefs délais de l'EM, du moins la compétence appropriée[3].

Ce n'est pas qu'on ait pu douter de leur inscription sous la nouvelle rubrique dans la partie réservée à la médecine[4], mais on sait que l'adéquation de la qualification de l'expert à la nature des litiges doit, selon les règles du CPC, être recherchée, l'expert devant même, selon l'art. R.141-1 alinéa 2 CSS, être obligatoirement spécialiste ou compétent pour l'affection en cause, quand celle-ci relève d'une discipline particulière, sans oublier, quand il est choisi par la juridiction, qu'il doit, dans tous les cas, être spécialisé en matière de Sécurité Sociale, et nous doutons fort que ces exigences puissent être satisfaites sur la nouvelle liste, s'il devait s'agir de prêter à ces experts, l'appréciation de l'état du malade ou de la victime.

Mais l'objection la plus sérieuse réside dans la constatation que la question de la cotation ne se pose pas, si ce n'est de façon conséquente à l'appréciation de cet état, laquelle ne peut donc donner lieu qu'à l'EM classique, et vouloir conférer à cette nouvelle expertise technique spécifique l'ensemble des litiges, reviendrait à avaliser les mauvaises orientations des litiges médicaux greffés sur un litige administratif, n'ayant pas sa raison d'être comme tel.

Autrement dit, la portée de cette expertise nous paraît devoir être limitée au litige contentieux purement administratif, dans lequel ne peut être intégrée aucune DOM, et où le juge apparaît comme doté d'un moyen d'investigation adapté et à sa discrétion, dans une matière très technique et dont par suite, le résultat ne saurait le priver, contrairement à l'EM, de son pouvoir traditionnel d'appréciation, rien ne s'opposant à ce qu'elle puisse être ordonnée à la suite d'une EM antérieure dont l'application donnerait lieu à difficulté. Elle demeure donc soumise aux principes généraux du CPC, la décision du juge d'y recourir ne pouvant, au contraire de l'EM, revêtir le caractère d'une décision sur le fond, ni par suite, pouvoir faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi immédiat[5], et l'art. 160 du CPC relatif aux modalités de convocation des parties, lui étant applicable, quand la Cour de cassation censurait les juges de fond qui avaient homologué le

---

1 *X. PRETOT, "Les grands arrêts du droit de la Sécurité Sociale", Dalloz 2ème éd. 1998, p.582-583.*

2 *Dressée selon cet ex article par le bureau national de la Cour de cassation, sur proposition conjointe du directeur général de l'ANAES (Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation En Santé) et selon le cas, du président des instances consultatives compétentes en matière de tarification des actes professionnels ou des actes de biologie médicale.*

Pour une critique du rôle dévolu à ces autorités, relativement aux pouvoirs généraux habituels du procureur général et du bureau de la Cour de cassation en la matière : "de nouveaux venus sur la liste nationale des experts judiciaires", par M. OLIVIER - Journal de médecine légale – droit médical 1997 – vol 40 n° 3, page 179 à 184.

3 *Aucun expert sur la liste 2008 de la Cour de Montpellier, un sur la liste 2008 de la Cour de Bordeaux et aucun sur la liste 2011 de la Cour de Bordeaux.*

4 *Ce qui a bien été le cas.*

5 *Cass. soc. 22 octobre 1998 RJS/12/98 n° 1552 (2ème espèce).*

rapport d'expertise en l'absence de convocation de la caisse à l'expertise, par un expert inscrit sur la liste dressée par son bureau[1].

Et par suite, une cour ne saurait, sans violation de la nomenclature, assimiler l'avis donné par le MC national, à propos du cumul de soins infirmiers avec les actes techniques, aux éléments et avis du CM visés aux art. L. 315-1 et 2 CSS, supposant l'appréciation de l'état du malade ou de la victime et s'imposant à la caisse (et ouvrant le recours à l'EM), pour en déduire que cet avis lui-même s'imposait à la caisse, alors qu'il ne visait qu'à éclairer la caisse « de facto » sur une question purement "règlementaire", dépourvue de caractère médical, et sans donc que la nature et la gravité des soins n'aient été en discussion.

C'était bien là l'erreur à ne pas commettre par la cour et il est intéressant de noter que la cour de renvoi a condamné la SCP d'infirmiers, défenderesse au pourvoi intenté par la caisse, à rembourser à cette dernière ce qui lui avait été accordé par la cour initialement saisie, sur le fondement des soins non cumulables au regard de la nomenclature (les soins ultérieurs à la période litigieuse ayant pu l'être sur le fondement d'une dérogation…)[2].

§ 4 – <u>L'œuvre véritablement prétorienne</u>

Ce ne sont donc pas tant les réticences des caisses et des juridictions du fond à l'égard de la PEM que nous abordons ici, mais la question du choix véritable qui s'est posé quant à la nature du litige, ou entre des litiges d'apparence fort proche, mais exigeant des solutions exactement inverses.

Ainsi, la jurisprudence a-t-elle su éviter le piège de l'expertise quand le litige ne portait véritablement que sur la cotation des actes soumis à entente préalable, et que les juridictions du fond avaient recouru à la PEM[3] ou réglé elles-mêmes le litige[4], ou en censurant les juges du fond qui recourraient à la PEM pour ensuite en tirer des droits pour l'assuré, alors que les frais de transport en cause ne pouvaient donner lieu à PEC quand bien même ils étaient considérés comme médicalement justifiés[5], ou consécutifs à une hospitalisation[6], en raison d'une liste limitative intervenue à cet effet, (art. R.322-10 et 10-1 et suivants CSS), et que c'était à bon droit que la caisse avait envisagé dans ces cas-là, le recours contentieux et non pas le recours médical.

Mais inversement, dans des cas d'hospitalisations successives pour des assurés qui, hospitalisés plus ou moins loin de leur domicile lors de déplacements et transférés dans un établissement beaucoup plus proche pour des raisons que la caisse estimait personnelles, orientant alors le litige vers le contentieux général, ce qu'on ne saurait ici leur reprocher, la jurisprudence a su voir la DOM et imposer le recours à la PEM.

Si l'on se doit de souligner ici les justifications médicales de complaisance en pareil cas pour rapprocher le malade de son domicile, il n'en reste pas moins qu'il peut s'agir de savoir si l'état du malade justifiait ou non la nouvelle hospitalisation, et donc la PEC des transports, les juridictions du fond continuant cependant de régler elles-mêmes la DOM, par exemple au motif que "l'ambulancier avait été requis par le médecin de l'hôpital sans avoir la possibilité de s'y refuser, et que si ce médecin admettait que la décision avait été prise en partie pour convenances

---

1 *Cass. civ. 2ème 19 janvier 2006 RJS/2006 n°379.*

2 *Cour de Montpellier 2 juin et 13 octobre 2004, Cass. civ. 2ème 31 mai 2006 NP 04-30839, Cour de Nîmes (sur renvoi) 4 novembre 2008 SCP d'infirmiers et autres c/CPAM Montpellier.*

3 *Cass. soc. 18 novembre 1976 BC V-615 (cassation).*

4 *Cass. soc. 29 décembre 1988 BC V-692 (rejet) (sauf en pareil cas, la possibilité pour le juge de recourir à l'expertise technique, art. L.141-2-1 CSS).*

5 *Cass. soc. 28 novembre 1991 BC V- 545 ; Cass. civ. 2ème 5 juillet 2005 NP 04 30372.*

6 *Cass. soc. 16 décembre 1993 Dalloz 1994-J 102 – 2 arrêts obs. Y ST JOURS ; Cass. soc. 17 mars 1994 RJS/1994 – n° 606 ; Cass. soc. 16 février 1995 Dalloz 1995 – J 474 – obs. Y ST JOURS, BC V-62 ; Cass. soc. 16 juin 1997 BC V-234 ; Cass. soc. 12 juillet 1999 BC V-358.*

personnelles, il soulignait également qu'elle répondait à la nécessité impérieuse de procéder à des examens complémentaires qui ne pouvaient être pratiqués à LIMOGES, en sorte que le transport était médicalement justifié"[1].

Enfin, c'est par pure indication que nous rappelons, dans l'œuvre prétorienne, cet arrêt récent de la Cour de cassation[2], car il soulève plus de questions qu'il n'en règle. Le cas avait trait à la PEC des frais de transports en VSL du domicile au Centre d'Aide par le Travail (CAT) et que la caisse avait réglés dans un premier temps à la société de transports avant de les lui réclamer à titre d'indu. La Cour avait refusé la PEC au motif que le CAT ne constituait pas une structure de soins au sens de prodiguer ou réaliser des soins médicaux. Mais elle devait être censurée au motif qu'il n'appartenait pas à la société de transport de se faire juge de la prescription médicale dont la cour avait constaté l'existence. Indépendamment du fait qu'on ne sait pas si ces transports faisaient partie d'un protocole de soins visé à l'art. L.324-1 CSS, ce dont on peut douter, demeurait entière la question de savoir si un CAT peut ou non constituer une structure de soins, le simple appui sur la prescription médicale révélant que la Cour de cassation retombait dans ses errements du passé quant à la PEC des transports dès lors qu'ils étaient médicalement justifiés, en ignorant leur caractère règlementaire et limitatif.

Mais c'est surtout en matière d'AT/MP que la jurisprudence a dû opérer le plus de distinctions subtiles mais parfois discutables, quand des différends avaient surgi à propos de la présomption d'imputabilité (A) ou dans des cas de guérison ou de consolidation (B), ou encore dans le cas de décès de la victime (C) ou, enfin, quand l'employeur contestait le caractère professionnel de l'accident ou de la lésion (D).

Doivent être mentionnées également les difficultés survenues en matière de stabilisation, homologue de la consolidation en matière d'assurances sociales, et qui nécessitent un développement particulier, car s'il n'a jamais été contesté que la divergence sur la consolidation constituait bien une DOM, en revanche celle sur la stabilisation a souvent été l'apanage du pouvoir d'appréciation des juges du fond, au détriment de la DOM, pour régler le litige (E).

A/ <u>Les difficultés liées à la place de la DOM, et donc de l'EM, face à la présomption d'imputabilité</u>

Si les auteurs de la loi du 30 octobre 1946, complétant celle du 09 avril 1898, ont posé la présomption d'imputabilité ou d'origine, qu'était considéré comme AT, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail (art. L.411-1 CSS)[3], et que cette présomption n'était pas irréfragable, la caisse pouvant contester le caractère professionnel de l'accident, ce fut toujours sans préjudice des dispositions relatives à l'EM au cas de lésion ou de maladie présentée comme se rapportant à un AT ou a une MP (art. R.441-10 CSS).

S'ils n'ont donc jamais pu conférer à la caisse un pouvoir discrétionnaire pour y recourir[4], ils ont en revanche bien entendu quand une divergence surgissait en le MC et le MT sur l'état de la victime et notamment sur une question d'ordre médical touchant au caractère professionnel de la lésion ou de la maladie, que ce fut une DOM entraînant le recours obligatoire à la PEM pour régler le litige (art. R.442-1 CSS).

En d'autres termes, la DOM, qu'elle surgisse auprès de la caisse ou devant le juge, a bien conservé en matière de contestation du caractère professionnel de la lésion ou de la maladie, la place qui était la sienne à l'origine, le recours à l'EM ne pouvant dès lors être éludé par le jeu des pouvoirs du juge pour apprécier les conditions d'application de la présomption sur le terrain des preuves, et même si une jurisprudence constante, établie depuis un arrêt de la Cour de

---

1 *Cass. soc. 16 janvier 1985 BC V-31 préc.*

2 *Cass. Civ. 2ème 20 juin 2007 NP 06 15234 préc.*

3 *Même présomption pour les MP et selon les conditions visées à l'art. L.461-1 CSS.*

4 *Voir infra chap. II section 1 § 1er le déclenchement de la procédure.*

cassation de 1921, rendu sous l'emprise de la loi de 1898, énonce que "toute lésion survenue par le fait ou à l'occasion du travail doit être considérée, sauf preuve contraire, comme résultant de cet accident"[1]. Or, si les caisses ne sont pas obligées de faire procéder à un examen de la victime dès qu'elles ont connaissance de l'accident, il n'en reste pas moins que dans nombre de cas où la divergence d'ordre médical est latente et où le recours à l'EM paraît indispensable, elles notifient un rejet administratif, notamment pour absence de fait soudain ou pour "pathologie préexistante", alors que seule l'appréciation de l'état de la victime pourrait permettre de dire s'il s'agit seulement d'une évolution lente et progressive, dépourvue de tout caractère de soudaineté, à l'origine de l'affection en cause, ou si le travail n'a joué aucun rôle dans la survenance de la dite affection.

Et ce n'est qu'exceptionnellement que les juridictions du fond, saisies d'un recours contentieux offert par la caisse, prirent en compte la DOM quand, notamment, elles estimaient que la brusque survenance d'une lésion au temps et au lieu de travail ne constituait en elle-même un accident présumé imputable au travail, qu'à la condition que la présomption d'imputabilité ne fut pas détruite par l'avis de l'expert, la Cour de cassation les approuvant d'avoir observé que si l'expert avait considéré que la lésion avait une origine morbide antérieure, il avait conclu à une exacerbation des phénomènes douloureux dus à l'effort accompli[2].

Sinon, de façon générale, les juridictions réglèrent elles-mêmes le litige en substituant leur appréciation à celle d'un expert, la Cour de cassation manifestant à leur égard une attitude ambiguë, puisque après les avoir censurées pour ne pas avoir recouru à la PEM[3], ou quand elles avaient statué elles-mêmes en présence d'une EM qu'elles avaient écartée[4], elle les censure pour avoir décidé d'y recourir[5] ou les approuve de ne pas y avoir recouru pour la contestation opposant la caisse à la victime[6].

Cette "civilisation" de la procédure (2ème chambre civile compétente au lieu de la chambre sociale ?) apparaît critiquable car elle ne peut qu'inciter les caisses à "expédier" le litige vers le contentieux général avec des délais qu'on peut imaginer, et en prenant le risque d'écarter un "moyen de preuve" essentiel dans les brefs délais voulus pour l'EM.

En outre, s'il ne nous échappe pas que l'EM ne peut s'appliquer aux contestations opposant la caisse à l'employeur, nous ne pensons pas que l'EM puisse être écartée dans les litiges opposant la caisse à la victime. En l'espèce précitée, (arrêt du 01.07.2003), la décision des juges du fond qui avaient donc statué en faveur de la victime sur le caractère professionnel de son malaise, sans recours à la PEM, avait été frappée d'appel par la caisse et l'employeur, et quand bien même la caisse revendiquait l'EM qu'elle avait ignorée à l'origine et devant les premiers juges, lesquels avaient toute latitude pour y recourir, il ne devait pas nécessairement s'en suivre que, parallèlement à l'exclusion de l'employeur, fut sacrifiée l'EM dans les relations entre la caisse et la victime sur l'autel de la présomption d'imputabilité. Nous pensons en effet que la DOM survenant en cours d'instance n'a pas de "sens" et que son admission s'impose au juge dès qu'elle apparaît, quel que soit le demandeur à l'instance, victime ou caisse, sauf à ce que l'EM soit applicable au premier degré de juridiction sur l'action de la victime et ne le soit plus au second sur l'action de la caisse.

Il nous apparaît par suite essentiel de rappeler que la circulaire de base 53 SS en date du 7.01.1959 énonce qu'"il convient d'insister sur l'importance que revêt l'expertise dans la procédure de contestation du caractère professionnel. L'expertise doit être recherchée toutes les

---

1 *Cass. Ch. réun. 7 avril 1921 S. 1922-1-81.*

2 *Cass. civ. section sociale 18 juin 1964 BC IV- 537.*

3 *Cass. soc. 29 juin 1967 BC V-534 (pour le recours à l'EM).*
Cass. soc. 17 février 1972 BC V-130 (pour la solution selon l'avis de l'expert).

4 *Cass. soc. 3 février 2000 D. 2000 J. 531- note Y. ST JOURS.*

5 *Cass. soc. 24 juin 1987 BC V-417.*

6 *Cass. civ. 2ème 1er juillet 2003 RJS/2003 n°1318.*

fois où les motifs de cette contestation sont d'ordre médical… "[1], une telle recommandation corroborant l'obligation légale de cette caisse d'y recourir en pareil cas.

Il n'y a donc pas lieu à notre avis d'opposer la contestation sur l'état de la victime impliquant le recours à l'EM, et celle sur le caractère professionnel, l'excluant au "profit" de la présomption d'imputabilité sur le pur terrain des preuves, ce qui permettrait de considérer que les problèmes de causalité sont de la seule compétence des juridictions et exclusifs de l'EM[2], ce que corroborerait un autre arrêt du 01.07.2003 énonçant que "les juges du fond apprécient souverainement si un accident est survenu par le fait ou à l'occasion du travail", alors même qu'était intervenue ici une EM à l'initiative des parties[3], cette question ayant donc également trait à la portée de l'avis de l'expert dans ce domaine particulier du caractère professionnel de l'accident ou de la lésion[4].

En définitive, il apparaît que l'imbrication, plus apparente que réelle d'ailleurs, des problèmes juridiques et médicaux, ne doit pas conduire à un excès de difficultés dans le sens de la réduction de l'espace juridique dévolu à la DOM et à la PEM, dans la mesure où ces difficultés trouvent moins leur origine dans une insuffisance de fond de la législation, que dans la manière, non exempte de critiques, dont cette législation est appliquée.

B/ Les difficultés liées à la guérison ou à la consolidation en matière d'AT/MP

Il n'a jamais été contesté que les divergences d'ordre médical sur la date de guérison ou de consolidation constituaient bien une DOM qui a toujours été prévue par les textes, les contestations, considérables, n'ayant donc jamais eu trait qu'à leur bien-fondé, si bien que la question ne nous paraît pas mériter de développement particulier, étant précisé que si la date de guérison peut soulever des contestations, celles-ci sont en général moins fréquentes que pour la fixation de la date de consolidation, dans la mesure où subsiste un état séquellaire plus délicat à constater que l'état de guérison.

C'est pourquoi, la guérison et la consolidation étant des notions médicales, et la guérison pouvant s'entendre d'emblée comme le retour à l'état antérieur par constatation de la disparition des lésions causées par l'accident, le terme de consolidation a fait l'objet d'une définition réglementaire en raison de son caractère médico-légal, et ne serait-ce notamment que parce qu'elle marque la fin de l'incapacité temporaire de travail (ITT) avec bénéfice d'IJ, quand la reprise du travail n'est pas intervenue auparavant et, différence essentielle avec la guérison, l'existence d'une IPT restante avec indemnisation sous forme de rente ou de capital, avec entrée en jeu, au cas de contestation relative à cet état, du contentieux technique.

Faut-il en effet rappeler le précieux éclairage qu'apporte l'arrêté du 08.06.1951 (art. 93) relatif au règlement intérieur des caisses primaires (RICP) en matière d'AT/MP, en disposant que "le terme de consolidation est reconnu par la loi au cas où, à la suite de l'état transitoire que constitue la période de soins, la lésion se fixe et prend un caractère permanent sinon définitif, tel qu'un traitement n'est plus en principe nécessaire, si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il est possible d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente découlant de l'accident, sous réserve de rechutes et révisions possibles"[5].

La consolidation constituant donc, de ce point de vue, la frontière entre les deux organisations que sont l'EM et le contentieux technique, il en est résulté inévitablement des problèmes de compétence, non pas sur la question de la consolidation toujours dévolue à l'expert,

---

1 *Titre I Chap. I - § 2/.*

2 *Voir à ce sujet : JCP 1964 – II -13795 obs. JP BRUNET juge au TGI de LYON sous arrêt Cour d'AMIENS du 4 avril 1962 ; A. CHAZAL "l'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale" thèse 1966 CLERMONT-FERRAND n°898 et 899.*

3 *Cass. civ. 2ème 1er juillet 2003 RJS/2003 n°1222.*

4 *Voir infra 2ème partie Chap. I section IV.*

5 *JO du 3 juillet 1951.*

mais sur celle de séquelles, la guérison supposant qu'il n'y a plus de séquelles, et l'expert paraissant à tout le moins compétent pour dire s'il existe ou non des séquelles de l'accident[1].

Indépendamment des difficultés non médicales qui ont pu résulter de l'application de ces prescriptions quant au moment précis où doit s'entendre la consolidation[2], quant à sa fixation[3], et quant à ses effets sur la PEC de soins postérieurs[4], il apparaît assez clairement que le terme de consolidation se caractérise avant toute chose par la fin de l'évolution de l'état, à quelque niveau que ce soit et ne pouvant donc signifier nécessairement ni l'aptitude à la reprise du travail, ni l'exclusion de la PEC de soins postérieurs, ou bien la reconnaissance d'une rechute ou l'admission de la révision du taux d'IPT en l'absence de modification de l'état consolidé, et c'est ici que les choses se sont considérablement compliquées.

1°) La confusion fréquente entre consolidation et aptitude à la reprise du travail (ou encore entre indemnisation de l'incapacité permanente et de l'incapacité temporaire de travail).

- En effet, l'IJ ne peut être servie que pendant toute la période d'incapacité de travail qui précède la guérison ou la consolidation, de telle sorte que la caisse est fondée à en cesser l'attribution dès qu'elle estime la reprise du travail possible (art. L.433-1 CSS).

Et on peut se demander si, en fixant la date de reprise du travail, l'expert n'entendait pas en réalité la date de guérison ou de consolidation de la blessure, une telle confusion ayant été souvent commise, ce qui pouvait affecter les droits des intéressés dans le cas où la guérison ou la consolidation n'étaient pas réellement acquises à la date de reprise du travail[5] ou si, en fixant la date de consolidation à une date ultérieure à celle contestée, il n'entendait pas fixer à cette dernière date, à travers la suppression des IJ, la reprise de travail, la cour ne pouvant dès lors se borner à accorder les IJ jusqu'à la date de consolidation retenue, sans rechercher, au besoin par un complément d'expertise ou une nouvelle expertise, si la victime était bien dans l'incapacité de reprendre le travail à compter de la date contestée[6].

Inversement, des contestations ont été élevées sur la fixation de la date de consolidation indépendamment de celle de l'aptitude à la reprise de travail, mais la Cour de cassation devait justement toutes les rejeter :

"La continuation d'un traitement après consolidation pouvant permettre d'éviter une aggravation ou une amélioration et parfois permettre la reprise du travail, cette dernière ne pouvant donc être confondue avec la consolidation, quand on reprochait à une décision d'avoir considéré un accidenté du travail comme consolidé, avant qu'il ne soit muni d'une prothèse qui pouvait lui permettre de reprendre le travail en station debout"[7].

Ou bien parce que :

"La consolidation pouvait être fixée à une date où la victime était atteinte simplement d'une affection reconnue indépendante de l'accident et se trouvait dans l'impossibilité de reprendre son travail, dès lors que cette inaptitude ne relevait pas de l'AT mais de l'autre affection, l'arrêt de travail ne pouvant être indemnisé qu'au titre de l'Assurance Maladie"[8].

---

1 *Voir infra Section II "le cantonnement de l'EM au contentieux général : expertise médicale et contentieux technique".*

2 *Cour d'Angers 11 décembre 1962 Dalloz 63 – sommaire p. 71.*

3 *Cass. soc. 05 octobre 1961 BC V-835 ; Cass. soc. 20 février 1997 NP 95 15338.*

4 *Cass. soc. 13 novembre 1985 BC V-530.*

5 *Lettre ministérielle n°4599 du 30 mars 1962 à DRASS de… BJ FNOSS n° 28-1962 ; Commentaire de la DGSS sous arrêt Cass. soc. 11 janvier 1961 BJ FNOSS n° 43-1961.*

6 *Cass. soc. 22 janvier 1998 CPAM Alpes Maritimes/Canarie NP 96-17016 ; voir aussi Cass. civ. 2ème 16 décembre 2011 NP 10-14926.*

7 *Obs. GAUGUIER sous arrêt Cass. Soc. 08.07.1948 JCP 1949 J 4680.*

8 *Cass. soc. 09 février 1971 BC IV-191 ; Cass. Soc. 09 mai 1967 BC V-388*

Ou encore parce que :

"L'arrêt attaqué avait ordonné un complément d'expertise à l'effet de rechercher si la victime était, à la date fixée pour la consolidation, dans l'incapacité de reprendre tout travail ou son travail antérieur, alors que, quelle que soit la nature de l'inaptitude au travail présentée par l'intéressé, l'IJ ne pouvait être servie au-delà de la date fixée pour la consolidation"[1].

Ou enfin parce que :

"Même si l'assuré n'était pas en mesure de reprendre son activité professionnelle antérieure, peu important qu'il ne soit pas inapte à toute activité professionnelle, l'IJ ne pouvait être servie au-delà de la date de consolidation fixée par l'expert quelle que soit la nature de l'inaptitude au travail présentée par l'assuré"[2].

Et que :

"La consolidation est le moment où la lésion est stabilisée et prend un caractère permanent quelle que soit l'inaptitude au travail présentée par l'assuré"[3], l'ensemble suite à la méconnaissance de la distinction (art. L.433-1 CSS).

• La consolidation n'excluant donc pas le versement d'IJ au titre de la maladie au cas d'incapacité de travail indépendante de l'incapacité permanente réparée par la rente et que la caisse peut refuser si elle estime la reprise de travail possible, c'est donc ici ou jamais que s'impose la concision d'ailleurs voulue par les textes depuis l'origine, la fixation de la date de reprise du travail d'une part, et celle de la date de consolidation d'autre part, ayant fait l'objet d'une distinction marquée, la première afférente à l'exercice du contrôle médical à l'égard de l'incapacité temporaire de travail (ITT) et du droit aux IJ[4], la seconde propre au caractère médico-légal de la consolidation pour l'évaluation de l'IPT[5], les deux ne coïncidant pas nécessairement.

Ne peuvent donc normalement survenir des contestations où la suppression des IJ suite à consolidation serait combattue sur le terrain de l'inaptitude à la reprise du travail et où, inversement, cette même suppression serait combattue en raison de l'absence de consolidation sauf, contestation toujours possible évidemment, et de la date de consolidation et de celle de l'aptitude à la reprise du travail elle-même.

Faute de concision quant à la nature exacte du litige, où la contestation de la suppression des IJ, sans effet à l'égard de la consolidation elle-même, puisque entre en jeu l'indemnisation de l'IPT, a pu s'entendre de celle de l'aptitude à la reprise du travail pour le versement d'IJ au titre de la maladie avec questions en conséquence à l'expert, tandis que subsistait dans l'esprit de la victime une contestation possible de la suppression des IJ par le truchement de l'absence de consolidation pour en obtenir la poursuite du versement, c'est à de véritables chassés-croisés auxquels on a assisté récemment. Et ceux-ci ont fait apparaître que les juges du fond étaient loin d'avoir opéré la distinction qui s'imposait, succombant au piège de l'IJ, quand la contestations portait sur le refus d'attribution des IJ au titre de la maladie en raison de l'aptitude à la reprise du travail et qu'il en résultait des "altérations" de la ou des expertises ayant clairement tranché les questions litigieuses.

---

1 *Cas. soc. 14 mai 1984 BC V-189.*

2 *Cas. soc. 20 février 1997 CPAM Charente-Maritime c/TEXANDIER NP 95.15338 préc.*

3 *Cas. soc. 8 juin 2000 CPAM Alpes-Maritimes c/ANEROUSSIS Juris Data n°002157.*

4 *Art. R.442-16 (issu art. 70 D. 31 décembre 1946).*

5 *Art. L.442-6 et R 442-18 CSS (issus art. 45 loi 30 octobre 1946).*

• C'est un chassé-croisé de choix qu'illustre l'arrêt précité de la cour de cassation[1] qui indiquait que la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM), après expertise technique, avait estimé que l'état était consolidé et la reprise du travail possible sans que l'on sache exactement ce qu'il en était, si l'on se fie à la question extrêmement concise posée à l'expert et telle qu'elle apparaît dans le jugement du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), quant à savoir si la victime était inapte à toute activité professionnelle a/c du 23.03.1993 (le droit aux IJ cessant en effet si la victime est apte à une activité professionnelle quelconque), sans qu'il soit question de la consolidation.

Le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) déboutait donc fort légitimement la victime de sa demande de prolongation d'IJ à la suite de l'expertise, concluant que si elle était inapte à son activité professionnelle antérieure, elle n'était pas inapte à toute activité professionnelle[2]; tandis que cette victime demandait à la cour de dire qu'elle ne pouvait être consolidée à la date du 22.03.1993 avec, au besoin, recours à une expertise complémentaire pour établir si elle était apte à la reprise de son activité professionnelle à compter de quelle date et, dans la négative, à compter de quelle date, "jetant la confusion", à laquelle devait succomber la Cour, qui fit droit à sa demande en estimant qu'elle ne pouvait être considérée comme consolidée tant qu'elle était inapte à l'exercice de son ancienne profession[3].

La cour ne pouvait statuer de la sorte, si ce n'est recourir à un complément d'expertise ou à une nouvelle expertise si elle estimait que la date de consolidation n'avait pas été fixée, sauf à violer les dispositions relatives à la DOM, mais dès l'instant qu'elle considérait, fut-ce par confusion, que la date de consolidation avait été fixée par l'expert distinctement de celle de la reprise du travail possible, elle ne pouvait qu'en tirer les conséquences légales, en déboutant la victime, sauf à violer les dispositions de l'art. L.433-1 CSS.

C'est bien cette violation que devait prendre en considération la Cour de cassation, redonnant donc à la consolidation son impact normal sur l'indemnisation de l'IPT, et sans qu'on sache donc quel sens donner à la date du 23.03.1993 fixée par l'expert comme date de reprise de travail et réputée ensuite comme date de consolidation !!!

• C'est un autre chassé-croisé de choix qu'il nous a été donné de découvrir, l'arrêt de la Cour de cassation en date du 14.11.1998, couronnant de surcroît une fausse querelle de procédure quant au régime d'expertise applicable pour les salariés agricoles, l'EM étant applicable en assurance maladie et le régime issu du NCPC (CPC) applicable en matière d'ATMP selon l'art. R.142-39 CSS.

La contestation initiale faisait avant tout suite à la suppression, de caractère administratif, des IJ à compter du 27.07.1992, fin de la prescription en cours à la date retenue par la caisse après avis du MC pour la consolidation d'une rechute AT, ainsi que pour une reprise possible du travail, soit le 05.07.1992, et ne portant donc pas, ne pouvant porter, sur la consolidation elle-même, la victime forclose (notification du 8 juillet avec délai d'un mois et contestation élevée en septembre).

Et c'est donc légitimement, et de façon cohérente nous semble-t-il, que la caisse de MSA, faute de pouvoir accorder des IJ au titre de la maladie, en présence d'une estimation de capacité de travail à la même date de consolidation, avait orienté le litige vers la PEM qu'avait d'ailleurs sollicitée la victime, laquelle avait continué d'adresser des avis d'arrêt de travail au titre de la maladie.

Et c'est à la suite de cette suppression et de la confirmation par l'expert des avis du MC que le TASS, saisi par la victime devait considérer, à tort donc, que la caisse s'était contredite en refusant les IJ au titre de l'assurance maladie, après les avoir supprimées au titre de la rechute après consolidation, se méprenant sur l'indemnisation de l'incapacité temporaire de travail (ITT) et de l'incapacité permanente de travail (IPT, rente ou capital), les IJ rejetées érigées en

---

1 *Cass. soc. 20 février 1997 NP 95.15338 préc.*

2 *TASS Charente-19 janvier 1994 – CPAM Charente c/TEXANDIER.*

3 *Cour de Bordeaux 27 mars 1995 – CPAM Charente c/TEXANDIER.*

dénominateur commun et pourfendeuses d'avis médicaux clairs sur l'aptitude à la reprise de travail et la consolidation et qu'elles rendaient donc contradictoires.

La juridiction recourait donc à une nouvelle expertise médicale (art. R.142-24-1 CSS), confirmative de la première mais laissant subsister la "contradiction", ordonnant par suite une troisième expertise dite "contre-expertise" dont elle homologuait bien les conclusions claires et précises, toujours sur le terrain de l'EM (art. 142-24-1 CSS) et diamétralement opposées en faveur de la victime, à celles des deux premières expertises (consolidation et aptitude à la reprise de travail le 21.01.93 !), la cour saisie par la caisse de MSA en faisant de même.

On peut dès lors s'étonner que la Cour de cassation ait débouté la caisse pour avoir revendiqué une procédure étrangère au litige qui relevait, selon elle, du NCPC (art. R 142-39 CSS), alors que les juges d'appel avaient bien entendu confirmer l'application de l'EM (avec preuve s'il en était besoin du renvoi (mais par erreur donc) au contentieux technique de la question du taux d'IPT sur lequel l'expert n'avait pas statué…). Et ce sont donc eux qu'il aurait fallu censurer pour ne pas avoir délivré les deux premières expertises de l'emprise de la "contradiction" pour rétablir la date d'aptitude à la reprise de travail contestée, et recouru, au pire, à un complément d'expertise, ni avoir renvoyé la question de la consolidation et du taux d'IPP devant la seule juridiction compétente, en l'occurrence le président de la juridiction (art. R 142-33 CSS) !

Ou alors, la Cour de cassation, s'ouvrant la voie de l'art. R.142-39 CSS et du NCPC, les approuve d'avoir appliqué une procédure qui n'était pas la bonne, et il serait fâcheux que le lecteur non averti de l'arrêt (mentionné dans le CSS sous l'art. R. 142-39) qui ne fait nullement état de l'origine du litige ni ne comporte aucune indication sur la nature ni le sens des expertises, put penser que la caisse de MSA s'était méprise en revendiquant l'applicabilité de la PEM[1] !

- Et c'est un autre chassé-croisé du même ordre et plus récent, que nous évoquons, portant non plus sur la contradiction, mais sur "l'ambiguïté" de l'expertise relevée par le juge. Il apparaît en effet que le litige était bien circonscrit initialement à l'aptitude à la reprise du travail (refus d'IJ maladie a/c du 31.03.2004), puisqu'une expertise et la C.R.A. de la caisse avaient confirmé cette date, sans qu'il ait été question de la date de consolidation d'une rechute en date du 02.07.2001 fixée au 01.10.2003, et qu'une autre expertise avait reporté à cette même date du 31.03.2004 (et acceptée par la caisse).

C'est donc en présence de deux expertises parfaitement claires et adaptées aux questions qui se posaient (celle d'aptitude à la reprise de travail et celle de la consolidation) que l'assuré, saisissant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) dans des conditions mal définies, "l'échec de sa reprise de travail prouvant l'absence de consolidation", a pu, ici aussi, "jeter la confusion", contestant en réalité, par le truchement de la suppression des IJ AT, la date de consolidation elle-même sur un litige propre à l'aptitude à la reprise de travail, auquel la caisse pouvait légitimement s'en tenir, puisque la date de consolidation avait été fixée par l'autre expertise.

Et la juridiction devait succomber à cette "attraction", en ce sens qu'elle suscitait une "ambiguïté" qui n'existait pas de la part de l'expert, qui s'était clairement prononcé sur l'aptitude à la reprise du travail au 31.03.2004 de l'assuré, qui n'était pas dans l'impossibilité d'accomplir un travail quelconque, en désignant un nouvel (et troisième) expert qui devait dire si l'état de la victime pouvait être considéré comme consolidé à cette date, et sinon à quelle date, la date du 01.03.2007 étant finalement retenue. S'il ne nous échappe pas que la contestation sur la date de consolidation ait pu, en ces circonstances, être "récupérée" par la juridiction, en revanche il est très regrettable que l'estimation de l'aptitude à la reprise de travail le 31.03.2004 ait pu, alors qu'elle constituait bien l'objet premier du litige, être transformée derechef en incapacité de travail jusqu'au 01.03.2007 ! La juridiction, qui n'avait donc pas interrogé l'expert sur cette question, et poursuivant son "ambiguïté" en confondant implicitement cette aptitude à la reprise du travail

---

[1] *TASS Drôme 4 juin 1993 – 15 avril 1994 – 16 décembre 1994, Cour de Grenoble 16 septembre 1996, Cass. soc. 12 novembre 1998 – BC V-489, MSA Drôme c/DADA.*

avec la consolidation, permettait en effet à la victime de percevoir les IJ durant près de trois ans de plus, l'aptitude au 31.03.2004 "sacrifiée" sur l'autel de la consolidation…, sans donc qu'ait été établie une incapacité de travail durant cette période[1].

Par suite, la décision "finale" du TASS, alors que les IJ ne peuvent être attribuées que pendant toute la période d'incapacité de travail qui précède la guérison ou la consolidation '(art. L.433-1 alinéa 2 CSS), manque de base légale[2].

• Faut-il donc rappeler encore que l'aptitude à la reprise du travail est étrangère à la consolidation, les deux situations évoluant pour leur propre compte, si l'on peut dire, sans pouvoir, même si elles coïncident parfois, être confondues et que, par suite, l'inaptitude à la reprise du travail ne saurait entraîner l'absence de consolidation et, inversement, quand on sait, notamment, qu'une reprise de travail peut être considérée comme un facteur de consolidation au cas de reprise d'un travail léger avec maintien, en tout ou partie, de l'IJ, laquelle ne peut donc obéir qu'à l'absence de consolidation.

On ne peut donc qu'attirer l'attention des caisses, et surtout des juridictions, sur l'importance que revêt la distinction dont la méconnaissance ne saurait conduire à ce que, devant le juge, après expertise, et sur fond de revendication d'IJ refusées, l'inaptitude à la reprise du travail vint le disputer à la consolidation pour remettre en cause la date fixée pour cette dernière, quand ce n'est pas à la reprise possible d'une activité salariée quelconque, pour pouvoir prolonger au-delà de la date fixée pour cette reprise de travail les IJ visées à l'art. L.321-1 5° CSS), **SINON, C'EST LA CONFUSION DES GENRES !**

Il faut en effet savoir que les cours d'appel sont régulièrement censurées pour avoir considéré, passant outre l'avis de l'expert selon lequel l'assuré n'était pas inapte à tout travail et violant donc l'article précité, que ce dernier supposait que le travail repris soit celui effectué au moment de l'arrêt maladie[3], ou que cet article n'exigeait pas que l'assuré soit dans l'impossibilité absolue de se livrer à une activité professionnelle[4], ou pour avoir substitué leur avis à celui de l'expert, et sans recourir à un complément d'expertise ou à une nouvelle expertise sur demande d'une partie[5], ce qui leur permettait de prolonger l'attribution des IJ au-delà de la date de reprise du travail fixée pour une activité quelconque.

Il résulte de cette distinction que la victime, qui continue d'adresser des arrêts de travail au titre de l'accident à la suite de la consolidation, ne peut qu'être déboutée au plan administratif, sans pouvoir prétendre au versement d'IJ à ce titre jusqu'à la date de reprise de travail ultérieure, dès lors qu'elle est postérieure à la consolidation[6], à moins que la caisse n'ait continué la PEC des arrêts de travail, auquel cas la guérison n'était pas acquise, ce qui ne peut que valoir pour la consolidation[7], et s'il s'agit d'une rechute, seule, s'il y a lieu, la fraction d'IJ dépassant le montant de la rente peut alors être servie[8].

Cette absence de cumul parachève donc l'illustration de notre propos quant à l'exacte portée qu'il faut conférer aux indemnisations respectives de l'ITT et de l'IPT relatives à l'AT à travers la consolidation, laquelle ne peut avoir d'autre fonction que celle de la substitution de la seconde à la première.

Les DOM que peut engendrer l'appréciation de la guérison ou de la consolidation sont déjà trop nombreuses pour que s'y ajoutent des confusions sur leur signification qui ne font qu'amplifier les difficultés toujours rencontrées au niveau des délais, quand la victime, en raison du désaccord existant entre le MC et le MT sur la date de consolidation, et par suite d'un défaut d'information, se place dans une position d'expectative en s'abstenant de reprendre le travail dans

---

1 *TASS Gironde 12 septembre 2006 et 11 septembre 2007 – CPAM Gironde c/MIRON.*

2 *Dans le même sens, Cass. soc. 22 janvier 1998 NP 96.17016 préc.*

3 *Cass. soc. 22 octobre 1998 BC V-449.*

4 *Cass. civ. 2ème 20 septembre 2005 NP 04 30337.*

5 *Cass. civ. 2ème 3 mai 2006 NP 04-30715 ; Cass. civ. 2ème 30 juin 2011 NP 09-17082.*

6 *Cass. soc. 17 décembre 1968 BC V-602 ; Cass. soc. 21 janvier 1993 Juris Data 000315.*

7 *Cass. soc. 19 juin 1997 BC V-233.*

8 *Cass. soc. 13 mai 1993 RJS 1993/n° 661 ; voir aussi art. R.443-2 CSS.*

l'attente de l'avis de l'expert, et réclame ensuite à la caisse, quand l'expert a confirmé la date de consolidation, les IJ ou des dommages et intérêts jusqu'à la notification de cette date[1].

Reste que si la consolidation, au terme même de la définition dont elle a fait l'objet, suppose qu'un traitement n'est plus nécessaire, elle n'exclut pas pour autant la prise en charge de soins nécessaires d'entretien, ne serait-ce que pour éviter une aggravation.

2°) La dispute entre la consolidation et la nécessité de soins postérieurs

- En l'absence de faits nouveaux indicatifs d'une rechute, la signification de la consolidation n'a pas toujours été mieux entendue, à l'égard de soins postérieurs, quand la nécessité de ces soins l'a disputé à la consolidation, non sans que celle-ci l'ait disputé à son tour à leur PEC, les juridictions du fond allant même jusqu'à considérer que ces soins entraient dans le cadre de l'incapacité réparée par la rente, la Cour de cassation rétablissant alors sa fonction normale à la consolidation qui devait pouvoir, même en l'absence de faits nouveaux susceptibles de constituer l'état de rechute, remplir son office, en dépit de la nécessité d'un traitement ou de la persistance de troubles[2], sans pour autant et par principe les exclure[3].

En effet, considérer consolidation et PEC de soins postérieurs comme s'excluant mutuellement reviendrait à contrevenir aux dispositions de l'art. L.431-1 CSS (ex art. L.434), qui ne fait état d'aucune exclusion pour la PEC de ces soins du fait même de la consolidation, laquelle n'exclut donc pas les soins postérieurs de nature à éviter une aggravation[4], et dont la rente qui s'ensuit n'a jamais pu être entendue comme devant servir à "éponger" leur coût, qui ne peut donc représenter un élément du préjudice corporel, son fondement premier résidant bien dans l'indemnisation d'une incapacité de gain.

Ces confusions sont d'autant plus regrettables que la Cour de cassation, dans sa censure, a limité les litiges en laissant pendantes les DOM qu'ils induisaient bien...

- Ces DOM excluent donc la mise en jeu par les juridictions du fond de leur pouvoir souverain d'appréciation pour les régler, en conférant aux soins vis-à-vis de la consolidation ou à cette dernière vis-à-vis de ces soins, un caractère "médico-légal" d'exclusion qu'ils n'ont pas, sauf à nier qu'il existe un état séquellaire pouvant évoluer pour son propre compte et qui ne peut donc faire obstacle à la consolidation, la seule question pouvant alors se poser, en dehors de la consolidation elle-même, étant celle de savoir si des soins d'entretien ou préventifs d'aggravation peuvent être rendus nécessaires par les séquelles de l'accident, pour conforter la consolidation en quelque sorte, les contestations en la matière ne pouvant qu'échoir à l'expert.

Il paraît donc souhaitable que les caisses cessent de notifier des rejets d'ordre administratif pour de tels litiges, en ne manquant pas d'ouvrir le recours médical faute duquel, à tout le moins, le recours contentieux intenté par la victime devrait conduire les juridictions du fond à admettre la DOM et à recourir à la PEM.

On ne peut clore l'examen des difficultés rencontrées en matière de consolidation sans évoquer celles générées par la notion de rechute.

3°) La dispute entre l'absence de modification de l'état consolidé et la rechute

- La rechute n'a de sens que relativement à une consolidation antérieure et elle paraît donc supposer une modification de l'état de la victime, et notamment une aggravation, pour une

---

1 *Sur l'importance de la jurisprudence en la matière : voir infra Chap. 3 – Section 2 – § 2 – (A) (d).*

2 *Cass. civ. Sect. Soc. 19 juin 1965 GP 1965-2-133 ; Cass. soc. 14 février 1974 BC V-114.*

3 *Cass. soc. 13 novembre 1985 BC V-530 ; Cass. soc. 22 février 1990 BC V-88.*

4 *Arrêté du 8 juin 1951 précité (art. 93) (JO 3 juillet).*

nouvelle fixation des réparations, les contestations à ce sujet ne pouvant par suite que relever de l'EM.

Bien que le droit positif ait été clairement formulé en ce sens depuis l'origine (art. L.443-1 et 2 CSS, ex art. 489 issu loi 30.10.1946), la considération de la nécessité de cette modification a été aussi souvent perdue de vue qu'elle avait pu l'être au niveau de la consolidation quand nous écrivions que la persistance de troubles ou d'une inaptitude à une reprise de travail l'avaient disputé à la consolidation.

Faut-il donc s'étonner que les juridictions du fond aient singulièrement compliqué le règlement des litiges en ignorant fréquemment l'exigence d'une modification de l'état de la victime[1] ?

Et la Cour de cassation les a régulièrement censurées quand, en l'absence d'amélioration, elles avaient diminué le taux d'IPP précédemment admis par une décision judiciaire[2], ou qu'en l'absence d'aggravation, elles l'avaient augmenté, au motif que "la victime n'avait pas retravaillé depuis l'accident"[3] ou avait "subi un déclassement professionnel"[4], ou "avait changé d'emploi"[5], et avaient également admis le régime de la rechute pour les soins et arrêts de travail postérieurs, au motif "que les troubles en cause qui avaient obligé l'intéressé à interrompre son travail étaient une conséquence de l'accident, puisque l'expert avait noté qu'ils étaient réparés par l'IPP"[6], ou que "l'arrêt de travail était en relation avec l'accident, peu important que les troubles dont souffraient la victime soient indemnisés par une rente"[7] ou enfin que "l'expert avait constaté l'existence de séquelles de la blessure initiale… et que l'arrêt de travail était ainsi la conséquence de la blessure après consolidation devait être considéré comme une rechute de l'accident"[8].

Ces censures rétablissaient bien la condition de modification de l'état de la victime et l'impact de la DOM au cas de contestation sur la rechute.

Mais la Cour de cassation devait aussi bien approuver ces mêmes juridictions d'avoir négligé l'exigence d'une modification de cet état dans le sens d'une aggravation, pour admettre la rechute, quand elles avaient constaté que "l'expert avait confirmé la décision de la caisse (rejet) et qu'appréciant les documents médicaux fournis et les éléments de l'expertise, l'interruption de travail se rattachait aux AT précédents"[9], ou que "toute conséquence de la blessure qui, après consolidation, oblige l'assuré à interrompre à nouveau son activité professionnelle, constitue une rechute, même si les troubles qui ont entraîné cet arrêt de travail entraient dans le cadre de l'IPP réparée par la rente", et aussi bien quand l'expert avait conclu à l'absence d'aggravation, du moment "qu'il avait constaté l'existence d'un lien de causalité "par origine" entre l'AT et les troubles ultérieurs"[10], qu'en l'absence de toute expertise au vu des éléments médicaux du dossier, c'est-à-dire "par suite de l'épanchement inflammatoire survenu"[11].

- Il paraissait évident que cette jurisprudence, assortie de l'exercice plutôt péremptoire de leur pouvoir d'appréciation par les juges du fond, et les dédouanant ainsi d'avoir tranché une question d'ordre médical et dénaturé les conclusions de l'expert ou la décision de la caisse fondée

---

1 *Et aussi bien celles du contentieux technique pour la révision, et qui pouvaient d'ailleurs connaître de la DOM relative au caractère professionnel d'une lésion en l'absence de décision antérieure (anc. art. R.143-1 al. 4 CSS), ce dont elles ont été privées par D. 2003-614 du 3 juillet (art. 3 devenu nouvel art. R.143-2 CSS), que celles du contentieux général.*

2 *Cass. soc. 25 octobre 1962 BC IV-757.*

3 *Cass. soc. 11juillet 1988 BC V-439.*

4 *Cass. soc. 20 mai 1963 BC IV-416.*

5 *Cass. soc. 05 juillet 1978 BC V-564.*

6 *Cass. soc. 24 octobre 1978 BC V-709.*

7 *Cass. soc. 17 avril 1996 BC V-172.*

8 *Cass. soc. 12 novembre 1998 BC V-491*

9 *Cass. soc. 19 février 1972 BC V-136.*

10 *Cass. soc. 21 octobre 1976 BC V-515.*

11 *Cass. soc. 15 octobre 1992 Sommaire SS avril 1993 p. 4857.*

sur un rejet d'ordre médical au détriment de l'expertise, ne pouvait qu'entrer en contradiction avec la règle de droit qui limite le versement de l'IJ à la date de consolidation (art. R.443- 1 CSS), sauf cas de rechute (art. R.443-2 CSS), l'état de la victime ne pouvant qu'impliquer une aggravation, sauf à ne plus distinguer les arrêts de travail non indemnisables, faute d'aggravation et "couverts" par la rente, de ceux indemnisables au titre d'une rechute, les contestations sur cette question ne pouvant qu'échoir à l'EM.

Et il était donc inévitable que la Cour de cassation finisse par relever que les juges du fond s'étaient contredits en invoquant cette jurisprudence pour admettre la rechute, tout en constatant que, selon l'expert, l'état de la victime ne s'était pas aggravé[1], ce qui ne réglait pas toutefois la question de la primauté avant, enfin, qu'elle fasse prévaloir l'exigence d'une aggravation de l'état de la victime quand[2] était en jeu l'indemnisation d'un nouvel arrêt de travail, les juridictions du fond, qu'elle avait approuvées, ayant déjà exigé cette aggravation pour les soins, faute de laquelle il ne pouvait y avoir modification de l'état séquellaire caractéristique de la rechute et ne s'agir que de la manifestation de ces séquelles[3].

Il nous paraît heureux qu'aussi bien les arrêts de travail que les soins postérieurs à la consolidation obéissent, au regard de la rechute, à une même règle et qu'à la seule considération de leur imputabilité à l'accident, pour fonder un état de rechute, ait été progressivement substituée la condition déterminante de modification de l'état constatée par l'expert, la Cour de cassation bannissant donc sa jurisprudence.

C/ Le cas de décès de la victime

• Bien que l'EM ait toujours supposé depuis l'origine l'examen du malade ou de la victime (act. art. R.141-4 CSS), les caisses ont cependant souvent utilisé l'EM ou l'ont réclamée, au cas de difficulté survenant en cours d'instance, mais la Cour de cassation a toujours considéré, justement semble-t-il, que le défaut d'examen de la victime ou du malade faisait perdre à l'expertise sa force probante, quand elle n'avait donc eu lieu que sur pièces[4], ce dont il résulte que ne peut constituer une COM ou une DOM le litige qui existe entre les ayants droit de la caisse au sujet de la présomption d'imputabilité, sans que pour autant il fasse obstacle à la réalisation d'une EM ayant alors lieu sur dossier[5].

Dès lors, les juges retrouvent leur liberté d'appréciation, les caisses ne pouvant obtenir la mise en œuvre d'une EM[6], mais la Cour de cassation fait preuve de pragmatisme quand, l'EM ayant cependant été mise en œuvre par la caisse, elle ne prononce pas sa nullité en se bornant, quand les juges du fond ont fondé leur décision sur le caractère obligatoire de l'avis de l'expert, à les censurer au motif qu'ils n'avaient pas précisé si l'avis avait emporté leur conviction[7] ou, au contraire, en les approuvant d'y avoir puisé cette conviction, quand bien même avait été contestée l'inobservation de certaines des formalités prescrites au cas d'EM, laquelle ne pouvait donc être frappée de nullité dès l'instant qu'il n'était pas établi une atteinte aux droits de la défense[8].

• En l'état actuel de la jurisprudence, lorsque l'EM n'a pas été mise en œuvre par la caisse lors de la contestation sur l'imputabilité du décès à un AT, les caisses devraient donc s'abstenir de prôner l'admission de la DOM et le recours à l'EM devant les juridictions du fond saisies par les

---

1 *Cass. soc. 2 juillet 1980 BC V-593.*

2 *Cass. soc. 17 avril 1996 BC V-172*

3 *Cass. soc. 13 janvier 1994 BC V-11 ; Cass. soc. 11 janvier 1996 BC V-6 ; Cass. soc. 05 juin 1997 RJS/1997 n° 1148 ; Cass. soc. 12 novembre 1998 Juris Data 004274.*

4 *Cass. soc. 08 novembre 1957 ; JCP 1956-II-10435 4ème espèce ; Cass. soc. 22 octobre 1964 BC IV-695 ; Cass. soc. 26 novembre 1970 BC V-672 ; Cas. soc. 22 novembre 1996 BC V-495.*

5 *Cass. soc. 26 avril 1974 BC V-256.*

6 *Cass. soc. 14 novembre 1991 BC V-505 ; Cass. soc. 22 mai 1997 RJS/1997 n° 1028.*

7 *Cass. soc. 23 avril 1996 BC V-239 ; Cass. soc. 22 octobre 1986 BC V-495 préc.*

8 *Cass. soc. 26 novembre 1970 BC V-672 préc.*

ayants droit, ainsi que devant la Cour de cassation, quand elles ont été déboutées par ces mêmes juridictions.

Enfin, on rappellera que dans le cas où il est procédé à une autopsie, l'avis de l'expert ne saurait revêtir de force probante, l'autopsie ayant toujours été réalisée depuis l'origine dans le cadre des dispositions de procédure civile et sous l'égide de la juridiction civile de droit commun (act. Tribunal d'Instance dans les conditions prévues aux art. 232 et suivants CPC et art. L.442-4 CSS).

Par suite, et a fortiori pourrait-on dire, les conclusions du médecin expert ne peuvent en aucun cas avoir d'autre portée que celle qui est traditionnellement attribuée à l'expertise classique, et dans le cas où l'autopsie n'a pas été possible, par suite d'un legs du corps du défunt à la science, ou d'un refus des ayants droit, ou encore d'inhumation, et quelle qu'ait été la charge de la preuve ayant pu en résulter au regard de la présomption d'imputabilité, "l'expertise n'entrant pas dans les prévisions de l'art. L.141-1 CSS qui ne s'applique qu'à l'examen du malade ou de la victime, les juges du fond, sans être tenus de l'ordonner, avaient la possibilité de se fonder sur l'ensemble des documents médicaux versés au débat pour y puiser la conviction que la preuve n'était pas rapportée que le travail n'avait joué aucun rôle dans le décès"[1].

Il est donc clair que dans la mesure où la preuve afférente à l'imputabilité du décès au travail ne pourrait résulter que d'une autopsie, l'impossibilité de celle-ci ne saurait conférer à l'expertise sollicitée en conséquence une force probante, il apparaît donc vain pour les caisses, pour ne pas dire peu orthodoxe, la jurisprudence étant bien établie dans ce cas particulier également, de s'obstiner à réclamer une EM pour combattre ou contourner la présomption d'imputabilité, celles réalisées sur pièces avant toute saisine de la juridiction, ne valant que comme un élément d'information. Et la juridiction ne saurait pour autant l'ordonner quand la veuve a refusé l'autopsie[2].

- On peut donc affirmer que les juges du fond ont conservé en la matière leur traditionnel pouvoir souverain d'appréciation conformément, nous semble-t-il, au vœu du législateur, quelles qu'aient été les réticences des caisses pour voir dans le litige avec les ayants droit une DOM qui n'en était pas, souvent pour obtenir un avis à la force probante dans le cadre d'une procédure qui n'était pas applicable faute d'examen de la victime, mais on peut admettre que le recours à l'EM soit possible à l'initiative des parties, ne serait-ce que pour un règlement rapide du litige et que, par suite, la juridiction, quand elle est cependant saisie par les ayants droit, puisse exercer son pouvoir d'appréciation d'emblée à l'aide de l'avis de l'expert, qui est alors celui d'un technicien habituel.

D/ L'expertise médicale sur intervention de l'employeur

- Il peut paraître paradoxal d'envisager l'intervention de l'employeur dans l'EM, laquelle a été avant tout instituée dans l'intérêt des victimes ou des assurés sociaux relativement aux prestations auxquelles ils peuvent prétendre, et dont l'action fait l'objet d'un différend d'ordre médical circonscrit entre eux-mêmes et l'organisme débiteur.

Mais les décisions de ce dernier peuvent avoir des incidences sur les droits et obligations de tiers et notamment des organismes de protection complémentaire telles les mutuelles, par exemple, en ce sens qu'elles déterminent le montant de leurs propres obligations, ou les employeurs qui supportent seuls la charge des risques en matière d'AT/MP dont ceux reconnus comme tels peuvent influer sur le taux de leurs cotisations, et si les organismes de protection complémentaire ne peuvent qu'être exclus de l'EM en contestation de la décision des organismes de Sécurité Sociale, leur finalité étant de compléter les prestations servies par ces derniers, en revanche l'intérêt de l'employeur peut être directement mis en jeu lorsqu'il estime qu'un accident

---

[1] *Cass. soc. 20 janvier 1994 RJS/1994 n° 316 ; BC V-18 et Dalloz 1994 J. 229 conclusions Y. CHAUVY.*

[2] *Cass. soc. 3 février 2000 BC V-57.*

ou une lésion ne présentent pas de caractère professionnel, ou que la fixation d'une date de guérison ou de consolidation reste tardive, ce qui peut lui causer, à travers la majoration du taux de cotisations qui peut en résulter, un préjudice direct et certain.

Pas plus la loi fondamentale du 30.10.1946, que les textes ultérieurs n'ont jamais prévu l'action de l'employeur en contestation du caractère professionnel de l'accident ou de la lésion reconnu par la caisse, la question s'étant posée, lors de l'instauration dans les années 1950 de la possibilité de calcul des cotisations compte tenu d'un coût réel du risque, propre à l'établissement ou à l'entreprise, en vue, par cette personnalisation, de tempérer les inconvénients résultant de sa mutualisation par branche, de telle sorte que la DOM survenant entre la victime et la caisse pouvait "rebondir" en quelque sorte entre cette dernière et l'employeur.

Aussi, la jurisprudence a-t-elle toujours admis, en l'absence de texte, que l'employeur était juridiquement fondé, ayant un intérêt direct et personnel à la sauvegarde de ses droits, à saisir la juridiction du contentieux général en contestation de la décision de la caisse à l'égard de la victime, soit par introduction d'une instance[1], soit au cours d'une instance pendante entre la victime et l'organisme de Sécurité Sociale[2], soit par la voie de la tierce opposition[3], mais aussi celle du contentieux technique[4].

Si la saisine du contentieux technique n'a pas posé de problème en raison de l'autonomie de ce contentieux, c'est-à-dire de sa plénitude de juridiction, la décision ainsi opposable ipso facto à toutes les parties, en revanche celle possible du contentieux général n'a pas manqué de soulever de nombreuses difficultés quant à l'application de l'EM pour résoudre la difficulté soulevée par l'employeur à l'encontre de la décision de la caisse à l'égard de la victime.

Les partisans de cette applicabilité sont même allés jusqu'à prétendre qu'était possible la demande par l'employeur à la caisse de la mise en œuvre de l'EM et que, par suite, au cas où la caisse aurait cependant pris une décision, l'employeur était fondé à saisir la juridiction pour annulation de la décision, et faire ordonner la mise en œuvre de l'expertise, telle qu'elle aurait dû l'être avant l'instance[5].

Il ne nous échappe pas que la question a pu se poser de façon plus aiguë dans certains régimes spéciaux, comme celui des Mines par exemple, en raison du nombre d'accidents et de maladies déclarés comme professionnels ou reconnus comme tels par le régime et qui pouvaient paraître contestables aux yeux de l'employeur concessionnaire de l'exploitation, en raison de leur incidence sur le montant des cotisations dues, "le principe du contradictoire des débats s'imposant à toutes les juridictions, et donc au contentieux de la Sécurité Sociale et à l'EM qui constitue une procédure particulière de ce contentieux…, et qu'en l'absence de dispositions contraires dans le D. du 7 janvier 1959, on devait considérer que l'art. 315 du Code de Procédure Civile, qui ordonne la convocation obligatoire des parties à l'expertise, justifiait la représentation de l'employeur contestataire par son médecin, que l'expertise soit diligentée en dehors ou au cours d'une instance contentieuse".

Il résultait de ce principe général que "l'énoncé des questions posées doit être communiqué pour appréciation à la partie à l'initiative de laquelle (employeur compris) l'expertise est effectuée" et que "par suite de l'incidence possible des conclusions de l'expertise médicale sur le taux de la cotisation AT/MP de l'employeur, celui-ci a un intérêt, et par conséquent droit, à une communication du rapport d'expertise même s'il n'est pas requérant"[6].

---

1 *Cass. soc. 22 avril 1955 BC IV-335 ; Cass. soc. 1er juillet 1955 BC IV-591 ; Cass. soc. 02 décembre 1955 BC IV-875.*

2 *Cass. soc. 02 juillet 1954 GP 1954-II-203.*

3 *Cass. soc. 04 octobre 1956 BC IV-715.*

4 *Cass. soc. 31 mai 1960 BC IV-455 ; Cass. soc. 5 octobre 1961 BC IV 662.*

5 *A. CHAZAL "L'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale" ; thèse 1966 Clermont-Ferrand p. 79 n° 175 et 176.*

6 *Bull. UIMM. n°2143 juillet 1960 relatif à l'EM dans le contentieux de la SS p.7 et 8.*

Sans approuver cette communication du rapport sans autre condition, il n'est pas interdit de penser que l'employeur, directement et personnellement engagé dans la procédure, serait fondé à demander à la caisse la communication du rapport d'expertise.

Mais on imagine aisément les difficultés qu'une telle demande pourrait engendrer quand on sait qu'il a été jugé qu'un assureur sur la vie, pas plus qu'un employeur, ne pouvaient obtenir d'un MT ou d'une caisse de SS des documents médicaux destinés respectivement à opposer une déchéance et faire supprimer le droit à une rente, le secret professionnel justifiant l'échec d'une action téméraire et très égoïste[1], mais qu'un employeur demandant à bon droit en matière d'AT, la communication de certains documents médicaux au cours d'une instance contentieuse, une caisse de Sécurité Sociale n'était pas fondée à refuser ces documents sans contrôle et de façon discrétionnaire, le secret médical risquant de passer de la sorte au service d'intérêts pour lesquels il n'a pas été instauré[2]. Mais aussi quand on constate que la caisse, à la faveur d'un recours de l'employeur contestant devant la juridiction le caractère professionnel de l'accident suite à une augmentation des cotisations, avait pu demander une déclaration d'arrêt commun à l'égard de la veuve à laquelle elle avait accordé une rente, du chef du caractère professionnel du décès de son mari[3].

Il est hors de doute aujourd'hui que la question de la communication à l'employeur de documents médicaux détenus par le MC ou la caisse peut se poser compte tenu des dispositions de la loi de 2002 sur le droit des malades[4]

1°) L'ébauche d'une applicabilité de l'EM à l'égard de l'employeur dans l'instance opposant la caisse à la victime

On pouvait donc penser en effet que la qualité de partie à l'instance de l'employeur faisant valoir ses intérêts propres, soit qu'il fut appelé en la cause, soit qu'il ait exercé une action incidente, aurait conduit à l'applicabilité d'une seule et même procédure au cas de DOM, celle de l'EM, l'appréciation de la contestation sur l'état de la victime valant tant pour cette dernière et la caisse, que pour l'employeur.

C'est ce qu'avait semblé admettre la Cour de cassation en validant, sur le fondement du principe du contradictoire, l'EM à laquelle avait assisté le médecin de l'employeur, ce dernier partie à l'instance, ce qui n'était pas prévu par les textes, et dont le salarié contestait par suite la régularité[5].

Et elle devait même légitimer la mise en cause de l'employeur par le salarié, contestant le refus de PEC à titre professionnel, en excluant qu'il put être mis hors de cause par les juridictions admettant le caractère professionnel, au motif qu'ayant été simplement informé de la décision initiale de refus, celui-ci ne pouvait avoir revêtu un caractère définitif à son égard[6], et même au seul motif qu'il avait été appelé en la cause devant le TASS qui avait admis le caractère professionnel, ce qu'il n'avait pas contesté, et ne pouvait dès lors plus remettre en cause devant la juridiction du contentieux technique, pour éviter l'imputabilité sur son compte "cotisations" des conséquences de l'accident, peut important alors que la décision initiale de refus ait acquis ou non un caractère définitif[7].

---

1 *Obs. P. VOIRIN sous arrêt Cass. soc. 14 mai 1963 Droit Social 1963 n°9-10 p.512.*

2 *Cour d'Orléans 18 février 1964 (Sté L…c/V…) Bull. UIMM. n° 220 mai 1964 p.76.*

3 *Note signée R.L. sous arrêt Cass. soc. 15 juin 1961 JCP 1961-II-12249.*

4 *Devant la juridiction du contentieux technique l'entier rapport médical ayant contribué à la fixation du taux d'IPT peut désormais être notifié, sur demande de l'employeur, au médecin qu'il mandate à cet effet, la victime étant informée de cette notification (Art. L.143-10 et R.143-32 et 33 nouveaux* CSS).

5 *Cass. soc. 17 février 1972 BC V-130.*

6 *Cass. soc. 14 décembre 1989 BC V-715 ; Cass. Soc. 26 mars 1998 Juris Data n°001586.*

7 *Cass. soc. 15 février 1995 BC V-59.*

Il faut rappeler en effet qu'en imposant la seule information de l'employeur, le D. du 27 mars 1985 modifiant l'article R. 441-14 CSS a entendu remédier aux inconvénients qui s'attachaient à la double notification, à la victime et à l'employeur et ayant conduit la jurisprudence à considérer qu'elle faisait courir le délai à l'égard de l'un comme de l'autre, de telle sorte que le recours "in extremis" du salarié, sans que la caisse ait eu le temps de réagir, conférait à la décision notifiée à l'employeur un caractère définitif.

Ainsi demeurait donc toujours possible la mise en cause de l'employeur par le salarié saisissant la juridiction, ou l'action incidente de cet employeur et il ne nous échappe pas que, faute de l'une ou l'autre, il fut impossible à une caisse régionale se prévalant du caractère non définitif de la décision de rejet à l'endroit de l'employeur, de lui opposer la décision de PEC de l'accident à titre professionnel retenue par la juridiction sur le recours ultérieur du salarié, sauf tierce opposition de sa part, pour pouvoir lui imposer les cotisations à ce titre, alors même qu'il n'avait pas été appelé à la procédure, peu important alors l'absence de caractère non définitif de la décision initiale de rejet à son égard[1].

Cette information de l'employeur a été remplacée par une notification, même si la décision ne lui fait pas grief, le D. du 29 juillet 2009 ayant modifié à nouveau l'art. R. 441-14 CSS, de telle sorte qu'il puisse être mis un terme au caractère non définitif de la décision de rejet à son égard.

MAIS FALLAIT-IL DONC QUE LES DEUX ACTIONS SOIENT DISSOCIEES DANS LE CAS OU L'EMPLOYEUR ETAIT BIEN PARTIE A L'INSTANCE ?

2°) L'exclusion de l'employeur de l'EM dans l'instance opposant la victime à la caisse

S'il paraît inévitable, en l'absence d'action de la victime, que l'action de l'employeur contre la caisse ne puisse qu'être écartée de la PEM, et que la caisse soit irrecevable à la réclamer au lieu et place de l'expertise judiciaire ordonnée, les rapports juridiques existant entre la caisse et l'employeur étant indépendants de ceux existant entre la caisse et la victime[2], elle ne suppose pas pour autant, l'employeur légalement mis en cause par la victime, ou partie incidente à l'instance, qu'au lieu de la nullité d'office de l'EM à laquelle l'employeur n'avait pas assisté, ce soit son inopposabilité à son égard, avec renvoi au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et recours éventuel à l'expertise judiciaire, qui prévale.

On imagine aisément l'importance de l'arrêt de la Cour de cassation amorçant cette extradition[3], et semblant consommer la distinction de l'action de l'employeur de celle de la victime, au risque pour les juridictions de se contredire, le fond du droit reculant dans des proportions inquiétantes devant les "exigences" de la procédure, que nous estimons inappropriées dans le cas présent, la nullité de l'EM ne faisant pas obstacle au recours à une nouvelle expertise du même type, à laquelle aurait pu assister le médecin de l'employeur ce que, rappelons-le, la Cour de cassation a approuvé[4].

En effet, une telle évolution dans le sens d'une éventuelle expertise judiciaire qui aurait donc perdu son caractère technique, subordonnée à l'appréciation des juges du fond par une alchimie réductrice, pour ne porter que sur le lien de causalité entre le travail et la lésion ou sur l'imputabilité de la maladie dans le cadre des rapports entre la caisse et l'employeur et non plus sur l'état de la victime[5], méconnaît que la victime, quoique non partie à l'instance, demeure au centre du litige en ce sens que l'appréciation de son état, substantielle dans le cadre de l'EM faisant suite à la DOM quant à savoir si la surdité est d'origine professionnelle ou pas, le demeure dans le nouveau litige.

---

1 *Cass. soc. 8 avril 1993 RJS/1993 n°662.*

2 *Cass. soc. 03 octobre 1969 BC V-518 ; Cass. soc. 20 juillet 1995 RJS/1995 n°1292 ; Cass. soc. 11 mai 2000 RJS/2000 n°877.*

3 *Cass. soc. 12 octobre 2000 RJS/2000 n°1700.*

4 *Cass. soc. 17 février 1972 BC V-130 préc.*

5 *Obs. sous arrêt Cass. soc. 12 octobre 2000 RJS/2000 n° 1700 préc.*

Le problème est donc ici très mal posé car "l'accident, c'est la lésion". Ou alors, et c'est ici que se manifeste le recul du fond du droit, la même juridiction pourra estimer, à l'égard de l'employeur, le contraire de ce qu'elle a estimé à l'égard de la victime à l'aide de l'EM, dans le cadre d'un pouvoir souverain d'appréciation retrouvé lui permettant donc de ne pas nécessairement recourir à expertise, ce qui conduit à se demander si ce pouvoir aura pu être exercé souverainement, avec seulement une expertise sur pièces, ou même une expertise sur la personne, compte tenu du risque accru de modification de l'état de la victime en raison du décalage entre les deux actions.

C'étaient sans doute là les raisons du pourvoi du directeur régional des affaires sanitaires et sociales (DRASS) prônant bien l'opposabilité de l'EM à l'employeur, en raison de son caractère d'ordre public face à la décision des juges du fond ordonnant une expertise judiciaire à trois, sans que nous puissions toutefois considérer, comme il le faisait, que l'expertise réalisée sans participation de l'employeur fut cependant opposable à ce dernier, ce qui contrevenait bien au principe du contradictoire (art. 16 NCPC), et au respect des droits de la défense (art. 6 Conv. EDH)[1], nouvelles matrices du procès civil.

Nous ne sommes donc pas certains qu'ait été bien entendu dans cet arrêt ce même caractère d'ordre public, la procédure permettant à la caisse de statuer sur la déclaration d'accident de façon contradictoire à l'égard de la victime et de l'employeur, lequel n'est pas considéré comme un tiers à l'égard de cette victime, de telle sorte que le recours exercé par le salarié devant la juridiction ne devrait pas permettre, nous semble-t-il, de dissocier l'action de l'employeur présent au litige, pour qu'il puisse contester dans une autre instance à éclore, ce que le salarié revendique à l'instance du moment.

Et nous n'en voulons pour preuve que cet étonnant commentaire dans lequel on reprochait à la caisse que "c'était sans plaider et en dehors de toute action contentieuse qu'elle avait admis l'existence d'un AT… et qu'elle avait donc intérêt à ne pas décider ou entendre décider en justice qu'il y a AT sans en référer à l'employeur ou l'appeler en intervention forcée"[2], et au contraire de cet arrêt, énonçant que "dès lors que la procédure contradictoire a été respectée, la décision de la caisse concernant la PEC de la maladie professionnelle est opposable à l'employeur en l'absence de recours de sa part"[3], et aussi de cet arrêt sanctionnant l'absence d'enquête légale "d'où il suivait que les renseignements recueillis sans forme par la caisse et soumis contradictoirement aux parties ne pouvaient être écartés des débats"[4].

Mais l'extradition de l'action de l'employeur de la PEM, la victime étant bien partie à l'instance, vient d'être confortée par un arrêt tout récent de la Court de cassation[5], qui illustre les critiques que nous venons de formuler à propos de l'arrêt précité du 12.10.2000 ayant amorcé cette extradition.

La situation était bien identique, en ce sens que la société employeur avait été appelée à la procédure suivie sur le recours de son salarié, qui contestait le refus de la caisse de reconnaître la maladie déclarée au titre de la législation professionnelle.

Et l'applicabilité de la PEM était bien au cœur du litige, le TASS, saisi par la victime, ayant ordonné une EM qu'il devait annuler, au motif que la société employeur n'avait pas eu la possibilité de présenter ses observations sur la teneur des conclusions du rapport de l'expert, ce dernier ayant estimé que la maladie était imputable au travail, avant d'ordonner une nouvelle expertise, émergence d'une tentative d'adaptation de l'action de l'employeur à la PEM.

---

1 *Obs. sous arrêt Cass. soc. 12 octobre 2000 RJS/2000 n° 1700 préc.*

2 *Note signée RL sous arrêt Cass. soc. 15 juin 1961 JCP 1961-II-12249 préc.*

3 *Cass. soc. 30 octobre 1996 NP 94 20367.*

4 *Cass. soc. 30 novembre 1995 RJS/1995 n°471.*

5 *Cass. civ. 2ème 17 février 2011, RJS/2011 n°471 ; Voir aussi Cass. civ. 2ème 4 février 2010 NP 09-10584.*

Saisie par la société employeur, la cour d'appel devait infirmer la décision du TASS, manquant d'autant l'adaptation de l'action de l'employeur à la PEM, en considérant que cette dernière ne concernait que les rapports de la caisse et de la victime et qu'il n'y avait pas lieu à nouvelle expertise.

La cour renvoyait donc l'affaire devant le TASS pour qu'il soit statué, au vu de la première expertise, ainsi régulière, l'employeur pouvant contester la décision prise par la caisse à la suite de cette expertise, dont les conclusions elles-mêmes lui étaient inopposables.

Et la victime, en défense, et se méprenant sur la nature de la décision ordonnant ou refusant une expertise, soulevait l'irrecevabilité du pourvoi immédiat de la caisse, qui contestait le rétablissement par la cour d'appel de la régularité de l'expertise ordonnée initialement par le TASS, au motif que l'arrêt ne mettait pas fin à l'instance, alors même qu'une telle décision vaut sur le fond et était donc susceptible d'un pourvoi immédiat, ce dernier étant dès lors recevable.

Pour sa part, la société employeur, partie à l'instance sinon à la PEM, avait revendiqué la nullité de l'expertise, au regard des art. L. et R. 141-1 et s. CSS, relatifs à la PEM, et des art. 160 et 16 du CPC sur la convocation des parties et le principe du contradictoire (ainsi que de l'art. 6 § 1er de la Conv. EDH sur le procès équitable) puisqu'elle estimait, sans être contestée, qu'elle n'avait, pas plus que son conseil, été convoquée ni pu assister aux opérations d'expertise.

Mais la Cour de cassation devait considérer que la PEM n'est pas opposable à l'employeur, lequel n'est pas autorisé à se faire représenter dans cette procédure, limitée aux seuls rapports de la caisse et de la victime et que, par suite, il appartenait à la société employeur, si elle contestait la décision de la caisse prise à la suite de l'expertise, d'apporter la preuve que l'accident ou la maladie déclarée n'avait pas une origine professionnelle, ou de solliciter ultérieurement une mesure d'expertise judiciaire dans le cadre du différend l'opposant à la caisse.

Nous avons déjà mis en exergue les difficultés liées à la place de la DOM, et donc de l'EM, face à la présomption d'imputabilité (voir supra A/ du présent paragraphe), et illustrant la querelle byzantine des juges avec l'expert, à propos de cette place qui devait être la leur, et qui ne pouvait être ignorée dans l'appréciation du caractère professionnel de la lésion ou de la maladie par le jeu des pouvoirs du juge, quant aux conditions d'application de la présomption sur le terrain des preuves…

Et il est fâcheux que l'EM ait été sacrifiée sur l'autel de la matérialité de l'accident quand il était estimé "que le litige portait au premier chef sur la matérialité de l'accident allégué et sa survenance aux temps et lieu de travail et qu'une telle question, de caractère préalable, n'était pas d'ordre médical", ce qui excluait par suite le recours à l'EM ordonné par les juges du fond à la suite du désaccord sur l'origine, traumatique ou pathologique, des troubles invoqués (cass. soc. 24.06.1987, BCV-412 préc.).

En effet, le problème était encore mal posé car la présomption relative à la matérialité de l'accident se confond presque inévitablement avec la question de son caractère professionnel, cette dernière constituant bien un terrain d'élection pour l'EM quant à savoir s'il y avait création du préjudice, auquel cas c'est un AT, ou simple manifestation d'un préjudice préexistant, alors exclusif de tout accident, sauf à avoir été aggravé par le travail.

Il s'ensuit que l'appréciation de l'état de la victime à l'aide d'une EM apparaît alors décisive, sauf à ignorer ce "moyen de preuve" essentiel, quand il est estimé que "les juges du fond apprécient souverainement si un accident est survenu par le fait ou à l'occasion du travail", alors qu'était intervenue une EM à l'initiative des parties, et que l'expert avait admis la relation de cause à effet entre l'entretien du salarié avec son employeur et la dépression nerveuse, la cour d'appel ayant reconnu l'AT, tandis que le pourvoi de la caisse était rejeté (cass. civ. 2ème 01.07.2003 RJS/2000 n°1222 préc.).

Les solutions apportées au problème, mal posé dans le premier cas et non convenablement résolu dans le second, paraissent devoir être appliquées avec circonspection, car la caractérisation de l'état clinique, à la suite de la lombalgie et de la dépression nerveuse invoquées, paraissait bien s'imposer, en pareil cas, par le recours à une EM, le pouvoir d'appréciation des juges du fond trouvant ici ses limites en présence d'une DOM, qu'il se fût agi de la matérialité de l'accident ou de son caractère professionnel.

Et s'il ne nous avait pas échappé que la PEM ne pouvait pas s'appliquer dans les rapports entre la caisse et l'employeur, nous ne pensions pas pour autant que put être confirmée, dans le droit fil de cette exclusion de la PEM, la victime étant bien partie à l'instance, la dissociation de l'action de cette dernière de celle de l'employeur, au "profit" de la présomption d'imputabilité ou encore de la causalité, apanages habituels du juge.

Il faut, pensons-nous, admettre une fois pour toutes, et aussi rappeler, que "l'accident, c'est la lésion ou encore le préjudice soudain", l'EM constituant par suite un "moyen de preuve" essentiel, quand est en jeu l'appréciation de l'état de la victime, alors obligatoirement réalisable sur sa personne et dans de brefs délais, et qui doit donc pouvoir remplir son office (sans pour autant "combattre" la présomption d'imputabilité et rivaliser avec toutes preuves), en n'étant pas exclue de l'action de l'employeur, celui-ci étant partie à l'instance.

L'histoire commande sans doute de retenir cette analyse, la PEM ayant été conçue bien avant que l'employeur ne puisse contester l'imputation à son compte cotisations des dépenses liées à l'accident ou à la maladie et dont la mutualisation initiale par branches avait exclu qu'il put avoir un intérêt personnel et direct à agir, la personnalisation du taux de cotisations au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, compte tenu du coût réel du risque, ayant fini par lui ouvrir une action pour contester le caractère professionnel, de telle sorte, répétons-le, que la DOM survenue entre la victime et la caisse pouvait "rebondir", si l'on peut dire, entre cette dernière et l'employeur.

Outre la "précarisation" de l'action de l'employeur, ainsi dissociée quand la victime est partie à l'instance, ce qui le conduit à contester une décision émanant d'une expertise à laquelle il n'a pas été associé, sans garantie aucune qu'une expertise médicale judiciaire ne soit ordonnée, en ce sens qu'elle n'est pas un droit pour lui, étant soumise au pouvoir d'appréciation du juge, on peut s'étonner de l'invocation par cet arrêt précité du 17.02.2011 que nous venons de décrire largement (cass. civ. 2ème RJS/2011 n°471), des destinataires du rapport d'expertise que sont le SCM de la caisse et la victime ou le médecin traitant du malade. Ceux-ci n'accédèrent en effet à ce rang qu'au nom des droits de la défense et du principe du contradictoire, un tel constat de destinataires n'ayant pu convenablement nourrir l'argumentation pour une limitation de la PEM aux rapports de la caisse et de la victime au niveau des juridictions, pour en exclure ceux de la caisse et de l'employeur, quand l'action de ce dernier était née et avait surgi dans l'histoire postérieurement à la création de la PEM, le fond du droit ne pouvant céder devant de seules considérations procédurales.

En conclusion, nous estimons qu'il y a lieu de ne pas méconnaître ce caractère d'ordre public de la procédure de reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie déclarée, et donc des effets qu'elle engendre, pour faire en sorte que l'EM, dès lors que l'employeur est partie à l'instance, demeure en pareil cas le noyau de base, "associant" la victime et l'employeur dans une unité d'instance vis-à-vis de la caisse, quand est en jeu l'appréciation de l'état de la victime.

Il reste donc, en l'absence d'action de la victime, à la suite de la reconnaissance du caractère professionnel de l'AT ou de la fixation de la consolidation, qu'on ne peut qu'admettre que celle de l'employeur retrouve son indépendance et qu'il puisse contester dans le délai légal toute décision de la caisse, même devenue définitive à l'égard de la victime, et par exemple la date de consolidation, quelles que soient les modalités selon lesquelles elle a été fixée, d'accord

entre le MC et le MT ou après expertise technique et sans qu'il soit donc possible de recourir à une EM.

Par suite, les caisses ne sauraient tenter de revenir sur ce qu'elles ont accordé initialement, à la faveur de l'action de l'employeur et ne peuvent donc qu'être déboutées quand elles tentent de faire prévaloir la PEM, au détriment d'une décision ordonnant une expertise judiciaire ou du pouvoir d'appréciation des juges du fond, estimant que la caisse n'apporte pas la preuve de l'aggravation des séquelles au titre de la rechute qu'elle a acceptée à l'égard de la victime, de telle sorte que peuvent s'ensuivre, et donc même sans expertise judiciaire, des décisions opposées à celles des caisses ayant reconnu le caractère professionnel de l'accident à l'égard de la victime[1].

Inversement, les employeurs ne sauraient réclamer l'application de la PEM quand les juges du fond apprécient souverainement le rôle causal du travail dans l'accident survenu au temps et au lieu de travail, ce qui peut donc conduire à des décisions allant dans le même sens que celles de la caisse en faveur de la victime[2], sans donc pouvoir fonder son rejet sur son inutilité[3].

Par suite, on ne comprend pas qu'il puisse être proposé de compléter l'art. L. 141-1 CSS propre à l'EM, pour régler le seul différend entre la caisse et l'employeur, à propos de la communication des pièces du dossier médical par le MC à l'attention du médecin expert, sous peine de "réactiver" la thèse de l'applicabilité de cet article en l'absence d'action de la victime[4].

E/ Les difficultés liées à la stabilisation en matière d'assurance sociale

Nous achèverons l'examen des difficultés auxquelles a pu donner lieu la question de savoir s'il y avait place pour la DOM et l'application de la PEM avec l'appréciation de la stabilisation.

Cette dernière constitue en quelque sorte l'homologue de la consolidation, plus particulièrement en matière d'assurance maladie, et se situe donc à la frontière des deux grandes organisations contentieuses du point de vue de l'indemnisation de l'incapacité de travail, dont elle sanctionne la permanence, quand est envisagée l'attribution d'une pension d'invalidité, qui se substitue alors aux IJ attribuées au titre de l'ITT en application de l'art. R. 341-8 CSS disposant que : "la caisse est tenue de faire connaître à l'assuré la date à laquelle il ne peut plus prétendre aux prestations de l'assurance maladie en raison de la stabilisation de son état". Et bien qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une définition réglementaire, ni d'un texte exprès établissant la compétence de l'expert, on peut considérer que la définition énoncée pour la consolidation[5] lui est applicable, et que la divergence d'appréciation à ce sujet constitue bien, comme pour la consolidation, une DOM justifiant le recours à la PEM.

1°) La stabilisation ne peut donc revêtir d'autre signification, comme la consolidation en matière d'AT/MP, que la mesure de la fin (prévisible) de l'évolution de l'état du malade.

Par suite, elle est "inaltérable" pour mettre fin, de quelque façon que ce soit, à l'indemnisation de l'ITT, quand il n'est pas envisagé l'attribution d'une pension d'invalidité. La seule constatation d'un état stabilisé ne saurait donc suffire pour supprimer les IJ, soit que la

---

1 *Cass. soc. 3 décembre 1964 BC IV-821 ; Cass. soc. 20 juillet 1995 RJS/1995 n°1292 ; Cass. soc. 16 novembre 2000 RJS/2000 n° 245.*

2 *Cass. soc. 25 octobre 2001 NP 0013166.*

3 *Cass. civ. 2ème 5 juillet 2005 RJS/2005 n° 1046.*

4 *Rapport 2010 de la Cour de cassation, suggestions nouvelles.*

5 *Voir art. 93 arr. précité du 8 juin 1951 portant RICP en matière d'AT/MP (JO du 3 juillet 1951).*

stabilisation ait été considérée comme traduisant l'aptitude à la reprise du travail, soit qu'on lui ait conféré un caractère "médico-légal", dont elle est dépourvue en dehors de l'invalidité[1].

De telles considérations sont réellement regrettables car, dans nombre de cas, l'état du malade pouvait justifier la prolongation de l'attribution des IJ, peu important que son état soit stabilisé ou non, sans que la DOM soulevable n'ait donc pu avoir la dimension qui était la sienne, ni même sa place.

Il y a donc lieu, à notre avis, d'attirer l'attention des caisses sur ce qui constitue encore une idée reçue, la stabilisation ne pouvant avoir d'autre signification que celle de la consolidation de l'état du malade.

Mais, outre qu'on a souvent prêté à la notion de stabilisation une signification qu'elle ne pouvait revêtir, la question de son appréciation elle-même n'a pas toujours été bien entendue, car la divergence qu'elle suscitait fut laissée à l'appréciation des juges du fond alors qu'elle impliquait le recours à la PEM.

2°) La contestation sur l'appréciation de la stabilisation relève bien de l'EM

Dans plusieurs espèces à propos desquelles la caisse avait mis fin à la PEC des frais en établissement psychiatrique, au motif que l'état du malade pouvait être considéré comme stabilisé en application de l'art. R.341-8 CSS (alors 54-D 29.12.1945), et que les soins dispensés n'étaient plus appropriés à leur état[2] ce qui induisait bien, en tout état de cause, une DOM, la décision des caisses fut contestée sur le terrain du contentieux général et non pas du recours médical, les juges statuant en réglant eux-mêmes la difficulté.

Mais la chambre civile de la Cour de cassation (2ème Section), tout en admettant la DOM et le recours à l'EM[3] devait parallèlement en faire abstraction. En effet, elle pouvait censurer ces mêmes juges pour avoir violé les dispositions relatives à la PEC des frais d'hospitalisation et de traitement, en énonçant que la stabilisation du malade dispensait la caisse de la PEC, alors que le malade était maintenu dans l'établissement, la violation de ce texte et donc son application ne pouvant être évoquée sans que la question de la stabilisation, propre à la seule justification de l'état du malade, n'ait été réglée, ce qui constitue bien une DOM[4]. Soit elle les approuvait d'avoir considéré, pour accorder la PEC, que l'état d'aliénation mentale du malade, pas plus que la nécessité de le maintenir dans un établissement spécialisé, n'était contesté, ce qui permettait d'évincer la DOM et l'EM relatives à la stabilisation, réclamée à nouveau par les caisses, et donc retenait que la seule question qui se posait était celle de l'appropriation des soins, constatée souverainement par les juges du fond, "avec des soins et une surveillance médicale indispensable", ou "la nécessité d'un isolement et d'une surveillance constante", dont ils avaient pu déduire que l'état de l'assuré ne pouvait être considéré comme stabilisé au sens des dispositions de l'art. 54 du D. du 29 décembre 1945[5] ou comme tel"[6].

On ne peut que regretter cette "figure du discours", nouvelle manifestation de la querelle byzantine des juges face aux prérogatives de l'expert et qu'ait été ainsi "manipulée", avec le concours de la Chambre Civile, la notion de stabilisation avec notamment l'affirmation péremptoire qu'un malade incurable ne pouvait être assimilé à un malade stabilisé. Il eut été beaucoup plus orthodoxe de laisser à la DOM et à l'EM la place qui était la leur dans de tels litiges, afin que fut véritablement posé le problème de la PEC des malades mentaux, quand leur

---

1 *Lettre DGR. SDAM.R. n° 21/82, Division de la Réglementation, de la CNAMTS à une CPAM en date du 7 janvier 1982 ; Bull. jur. CNAMTS n°3-82.*

2 *Voir aussi art. R.166-2 CSS.*

3 *Cass. civ. 2ème 1er mai 1962 BC II-433.*

4 *Cass. civ. 2ème 23 novembre 1956 BC II-624 ; Cass. civ. 2ème 6 janvier 1961 BC II-17.*

5 *Devenu R. 341-8 et voir : Cass. civ. 2ème 13 décembre 1961 BC II-864-865 (2 arrêts).*

6 *Cass. civ. 23 juillet 1963 Dalloz 1964 J49 note MINJOZ.*

état pouvait être considéré comme stabilisé, de telle sorte qu'ils puissent être orientés vers des structures adaptées à cet état[1].

La place ainsi faite de l'EM à l'intérieur du contentieux général de la Sécurité Sociale, demeure donc la question de ses limites, du fait de l'existence dans le contentieux de la sécurité sociale d'un contentieux technique (médical), distinct du contentieux général.

SECTION II : LE CANTONNEMENT DE L'EXPERTISE MEDICALE AU CONTENTIEUX GENERAL : EXPERTISE MEDICALE ET CONTENTIEUX TECHNIQUE

La délimitation du champ d'application de l'EM par rapport à celui du contentieux technique est clairement formulée par l'art. L.141-1 CSS, lequel énonce l'exclusion des contestations régies par l'art. L.143-1 visant ce contentieux technique dévolu à des juridictions spécialisées.

S'agissant de celles pouvant être opposées aux contestations sur l'état du malade ou de la victime, ce ne peuvent donc être que celles visées au 1°, 2° et 3° de cet article et relatives à des états donnés, c'est-à-dire à l'état et au degré d'invalidité (en cas d'accident ou de maladie non professionnels), à l'état d'incapacité permanente de travail et notamment au taux (en cas d'AT/MP), à l'état d'inaptitude au travail (et aussi à l'état d'incapacité de travail pour l'application de certaines dispositions du Code Rural, et notamment l'exonération des cotisations patronales), et concernant donc les décisions prises par les organismes de Sécurité Sociale.

Mais relèvent également du contentieux technique les contestations des décisions prises par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) née de la fusion, par la loi 2005-102 du 11 février, de la Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) et de la CDES et relatives, selon la même loi, à l'orientation d'un enfant ou un adolescent handicapé[2], et à la désignation des établissements ou services concourant à la rééducation, l'éducation ou l'accueil des personnes handicapées, ou a l'appréciation du taux d'incapacité de la personne handicapée pour l'attribution de l'allocation de l'enfant handicapé (AEEH ou ex allocation d'éducation spéciale), et de l'allocation aux adultes handicapés (AAH).

Relèvent en outre du contentieux technique les contestations des décisions de cette même commission, relatives à l'attribution de la carte d'invalidité ou de "priorité pour personne handicapée" et à l'appréciation des besoins de l'enfant ou de l'adulte handicapé pour l'attribution de la prestation de compensation (ensemble des art. L.146-9 et L 241-6 et 9 al.1 CASF issus respectivement des art. L.242-8 CASF et L.323.11-1 Code du Travail, eux-mêmes issus de la loi du 30 juin 1975), ces contestations finalement mentionnées à l'art. L.143-1 (5°) suite à la loi 2011-911 du 28 juillet.

---

[1] *La sectorisation psychiatrique qui date de 1985, et consistait à créer des "secteurs" prenant en charge la population du territoire concerné, et pour répondre à la volonté du législateur de sortir la psychiatrie de l'hôpital, devait créer des structures appropriées d'hospitalisation, n'a jamais fait qu'illustrer, dans ce domaine, la règle de l'appropriation de la structure de soins à l'état du malade (art. R.162-2 CSS).*

[2] *Lui échappent toujours les contestations des décisions de cette commission relatives à l'orientation de l'adulte handicapé et à la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé qui relevaient de la Commission Départementale des Handicapés (CDH, juridiction administrative spécialisée supprimée par la loi précitée du 11.février.2005, et désormais dévolues par cette même loi à la juridiction administrative de droit commun art. L.241-9 CASF).*

On le répètera encore, cette question de compétence peut conduire à penser qu'elle aurait pu ne pas se poser, car on ne voit pas pourquoi, a priori, et de façon un peu profane, les contestations sur l'état du malade ou de la victime et à tout le moins sur leur état d'invalidité ou d'incapacité permanente de travail (ou sur celui des ayants droit), ne pourraient pas être appréciées selon les mêmes formes, comme c'est le cas pour la victime en matière agricole dans le cadre du contentieux général, ce qui aurait rendu notre étude sans objet ou presque.

Cette question est même encore d'actualité quand on connaît les critiques dont fait toujours l'objet l'EM, que certains souhaitent purement judiciaire dans le cadre du contentieux général et prônent aussi le rattachement du contentieux technique à ce même contentieux général[1].

Mais rien n'est moins simple. La distinction est en effet d'une grande étendue, comme obéissant, sans compter les impératifs de simplicité et de rapidité, à un principe de technicité en quelque sorte. Les contestations sur les états d'incapacité (et notamment d'invalidité et d'inaptitude au travail) furent en effet rapidement soumises, dès avant la création de la Sécurité Sociale, et sous l'égide des services du Ministère de Travail (d'où la carte administrative et non pas judiciaire), à une organisation somme toute plus "juridictionnelle" que pouvait l'être l'EM pour les contestations sur l'état du malade, en ce sens qu'elles impliquaient des prestations "durables", à la mesure médico-sociale marquée, et non pas tant que "ponctuelles", répondant à une pure appréciation médicale (§ 1er).

Pour l'heure, si l'on excepte les contestations en matière d'AT/MP dans le domaine de l'agriculture, globalement dévolues au contentieux général et au NCPC (CPC) depuis la loi 1972-965 du 25 octobre et la loi 2001-1128 du 30 novembre, avec quelques aménagements dont certains inspirés d'ailleurs des règles de l'EM (§ 2)[2], la distinction régit l'ensemble des contestations.

En dépit d'un flot de critiques, ses deux composantes ont été assez récemment aménagées pour y répondre, ce qui aurait plutôt renforcé le principe (§ 3) dont il faut dire qu'il n'a pas manqué de susciter des difficultés de compétence, même si elles n'ont pas été aussi nombreuses que celles observées pour le déclenchement de la PEM dans le cadre du contentieux général, ne serait-ce que parce qu'il a bien fallu établir une ligne de démarcation de la frontière entre EM et contentieux technique, en matière d'indemnisation d'incapacité de travail (temporaire puis permanente), et à la contestation de laquelle il a bien fallu également dévoluer l'une ou l'autre des procédures.

Et les difficultés prirent même une dimension inattendue quand il s'est agi de régler celles nées des contestations concernant les prestations afférentes aux conséquences des états en cause, pour lesquelles le contentieux général le disputa au contentieux technique, puis au contentieux administratif, s'agissant notamment de l'orientation d'un travailleur handicapé, dans une querelle mémorable des deux ordres de juridiction, au détriment de la compétence de la commission départementale des handicapés (CDH), finalement imposée par le Tribunal des conflits, et dans laquelle l'EM eut droit de cité quand le contentieux général s'était approprié cette compétence. Et la suppression de la CDH par la loi précitée du 11.02.2005, au profit de la juridiction administrative de droit commun, a fait surgir de nouvelles difficultés quant à la nature du recours, de plein contentieux ou de simple légalité (§ 4).

---

[1] *"L'expertise médicale – La nécessité d'une réforme" Y. St JOURS Réf. RDSS 1988-75 ; rapport de 1983 au Ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité et au Ministre de la Justice : "le contentieux de la Sécurité Sociale : bilan et perspectives" par H. GAILLAC, Conseiller à la Cour de cassation avec le concours de M. YAHIEL, membre de l'IGAS ; rapport 2010 de la Cour de cassation, La doc. fr. 2011 p. 19.*

[2] *Sauf dans les départements du Bas-Rhin, du Haut Rhin et de la Moselle (voir art. L.141-3 et L. 143-1 dernier alinéa CSS).*

§ 1er – L'origine ancienne de la distinction de principe

• Quand on considère la diversité des régimes de protection sociale, qui allait bien à l'encontre d'un régime général voulu par l'ord. du 04 octobre 1945 et applicable à l'ensemble de la population, on ne peut qu'être surpris par l'étendue de cette distinction. Ce qui veut dire que s'appréhendent et se résolvent séparément les contestations d'ordre médical, selon qu'elles concernent l'état du malade ou de la victime, ou bien des états donnés d'incapacité, mais que c'est toujours par une procédure identique, pour chaque type de contestation, dans la quasi-totalité des régimes de base et notamment dans des régimes aussi différents que ceux de salariés et de non-salariés.

Amorcée, rappelons-le, dans le régime originel des assurances sociales, où les contestations relatives au degré d'invalidité décrochèrent de la compétence de la commission technique commune à l'appréciation de l'ensemble des états (et intégrée dans l'organisation judiciaire de droit commun, étant composée du MT, d'un médecin désigné par la caisse et d'un médecin désigné par le juge de paix ou le président du tribunal civil, selon que la contestation avait trait à l'état du malade ou à l'état d'incapacité permanente)[1], au profit de commissions d'invalidité à compétence régionale calquée sur celle des services régionaux du travail et unions régionales de caisses (et composées également de seuls médecins, un désigné par chaque partie et un désigné par le premier président de la cour avec appel possible devant la section permanente du Conseil Supérieur des Assurances Sociales)[2], cette distinction n'a cessé de s'étoffer.

Elle devait donc absorber, lors de la création de la Sécurité Sociale, les contestations relatives à l'état d'inaptitude au travail en matière de pensions ou d'allocations vieillesse (notion apparue avec l'acte-loi du 14 mars 1941 dans le cadre des conditions d'attribution d'une allocation aux vieux, les contestations étant déjà dévolues à des commissions régionales), et celles relatives au degré et au taux d'incapacité permanente de travail en matière d'AT/MP (et aussi à l'état depuis le D. du 22 décembre 1958).

Aussi simple qu'ait pu paraître l'isolement des contestations relatives aux états d'invalidité et d'inaptitude au travail, celui relatif à l'incapacité permanente de travail était beaucoup plus délicat en ce sens que sous l'empire des lois du 09.04.1898 sur les AT et du 25.10.1919 sur les MP, la compétence était purement judiciaire et les demandes, compte tenu de la responsabilité personnelle de l'employeur et de l'inégalité dans le rapport de force, étaient portées devant le président du tribunal civil lequel, au cas d'accord, rendait une ordonnance en donnant acte et, à défaut d'accord, renvoyait devant le tribunal lui-même, avec possibilité d'appel devant la Cour.

Ces dispositions n'avaient plus leur raison d'être depuis que le lien de responsabilité qui avait conduit à cette compétence judiciaire, destinée à la protection de la victime, s'était estompé avec la loi du 21 mars 1905 modifiant celle du 09 avril 1898, et qui permettait de substituer à l'employeur l'assurance, devenue débiteur de la victime, puis effacé avec la loi du 30 octobre 1946 qui lui substituait une obligation de réparation mise à la charge d'un organisme financé par des cotisations patronales.

Dès lors, la victime pourrait naturellement, au cas de litige avec cet organisme, élever une contestation auprès d'une nouvelle juridiction compétente en matière de difficultés nées de l'application des réglementations et législations de Sécurité Sociale et de MSA, selon la loi du 24 octobre 1946, et les auteurs de ces lois ont pu imaginer que, s'agissant des contestations sur le degré d'incapacité permanente de travail, elles écheraient aux mêmes commissions que pour l'invalidité ou l'inaptitude au travail, les excluant donc de la compétence du contentieux qu'ils créaient, en en faisant un principe (art. 1er et 22 loi du 24 octobre 1946, art. 55 loi du 30 octobre 1946), préfigurateur de l'actuel contentieux de l'incapacité.

---

1 *Art. 8 loi du 30 avril 1930 reprenant l'art. 3 loi du 5 avril 1928.*

2 *Art. 10 décret-loi du 28 octobre 1935.*

Mais le pas ne devait pas être franchi pour les salariés de l'agriculture, le principe de la loi de 1898 continuant de s'appliquer sur la base du même contentieux calqué sur le droit commun, jusqu'à ce que la loi du 25 octobre 1972, qui rendait l'assurance obligatoire, en adoptant les dispositions applicables aux salariés du régime général dans un but de parité, opte pour la compétence exclusive du contentieux général, c'est-à-dire en faisant échapper les contestations sur l'état de la victime à l'EM, et celles sur l'incapacité permanente de travail au contentieux technique, ce qui devait donc constituer une exception majeure à la grande distinction[1].

- L'art. 52 ord. du 19 octobre 1945 sur les AS du commerce et de l'industrie constituait le pivot de ce regroupement avec l'instauration de commissions régionales compétentes pour les contestations sur l'état d'invalidité et non plus composées de seuls médecins, mais de caractère médico-administratif, avec appel possible devant une commission nationale (et non plus devant la section permanente du Conseil supérieur des assurances sociales), et auquel renvoyait, notamment, l'art. 65 de l'ord. pour l'inaptitude au travail et l'art. 55 de la loi du 30 octobre 1946 pour l'incapacité permanente de travail.

* Demeuraient donc à part les commissions régionales compétentes pour l'attribution de l'allocation aux vieux au titre de l'inaptitude au travail, et les assurances sociales agricoles, dont la scission de 1935 conduisait au maintien des commissions régionales d'invalidité, telles que créées par le décret-loi du 28 octobre 1935 (art. 8), au maintien des commissions régionales d'inaptitude visées antérieurement par l'ord. du 02 février 1945, pour les pensions vieillesse et les assurances sociales, et qui avaient été créées pour l'allocation aux vieux, et à la création d'une commission nationale autonome en matière d'invalidité et d'inaptitude au travail jusqu'à la réforme de 1958. L'ordonnance du 22.12.1958 unifiait en effet ces contentieux sous le vocable de "contentieux technique", avec une commission nationale technique unique, le D. du 22 décembre 1958 distinguant toutefois les professions non agricoles et agricoles pour les commissions régionales de composition médico-administrative identique[2].

- Tandis que l'art. 99 ord. du 19 octobre 1945 substituait à la commission technique d'arrondissement créée à l'origine des assurances sociales et demeurée compétente pour les contestations sur l'état du malade, une procédure d'expertise médicale (inspirée de celle prévue par l'art. 33 pour régler la divergence entre le MC et le MT sur le traitement du malade dans le cadre de l'ALM). La PEM s'imposait à la juridiction, au cas où le différend faisait apparaître une DOM en cours d'instance[3], l'ensemble échappant donc à la compétence des juridictions nouvelles, pour le contentieux de SS et de MSA (art. 1er et 22 loi du 24 octobre 1946).

Etait donc établie la grande distinction qu'on retrouve aujourd'hui à l'art. L.141-1 CSS qui exclut bien les contestations visées à l'art. 143-1 CSS, le D. du 22 décembre 1958 n'ayant, en définitive, fait que la consacrer.

Si le principe de technicité originel selon lequel seuls des techniciens pouvaient traiter les questions techniques et que, dès lors, les juridictions ou commissions spécialisées chargées de connaître de ces litiges devaient être composées de techniciens était sous-jacent, ce sont avant tout des contingences administratives qui ont conduit, avec le décret-loi du 28 octobre 1935, à la création de ces commissions régionales spécialisées pour les contestations en matière d'invalidité, la carte administrative que l'on connaît toujours aujourd'hui ayant été préférée à la carte

---

1 *Sauf dans les départements du Haut Rhin, du Bas Rhin et de la Moselle.*

2 *Devenues respectivement Cour Nationale de l'Incapacité et de la Tarification de l'Assurance des AT (CNITAAT), et Tribunaux du Contentieux de l'Incapacité (TCI) avec la loi 94-43 du 18 janvier (art. L.143-2 et 3 CSS).*

3 *Mais ce n'est qu'avec le D.50 1225 du 11 septembre que se fera la substitution, pour les assurances sociales agricoles, avec l'instauration d'une procédure d'expertise médicale inspirée des mêmes règles (art. 10) avant que le D. 7 janvier 1959 n'unifie les procédures (art. L.141-3 CSS).*

judiciaire, compte tenu du rôle joué par les services régionaux du travail dont ils assuraient d'ailleurs le secrétariat et par les unions régionales de caisses, dans l'application des AS, notamment pour la prévention de l'invalidité, sous l'autorité du Ministre avec, par suite, appel possible des décisions de ces commissions régionales devant une commission nationale.

L'introduction de données autres que purement médicales pour l'appréciation de l'état d'inaptitude au travail, qui remédiaient aux inconvénients d'une mesure strictement médicale "objective" en quelque sorte, et ne tenant pas compte du contexte physique et psychique du malade, ni même professionnel, pour permettre une mesure véritablement médico-sociale de l'ensemble des états (comme c'était donc resté le cas pour ceux d'invalidité et d'incapacité permanente de travail), devait affecter la composition des commissions régionales avec l'avènement de la Sécurité Sociale[1]. On peut dire que c'est seulement à ce moment-là que s'est véritablement tissé le côté extrêmement technique de la mesure de ces états, et sans doute plus technique que la mesure du seul état du malade ou de la victime, avec nombre de quantifications impliquant des éléments non seulement médicaux, mais aussi professionnels et même simplement indicatifs (barème d'invalidité)[2].

Le directeur régional de la sécurité sociale (DRSS, devenu DRASS) devait donc trouver dans le dispositif une place de choix, avec la présidence des commissions régionales (ou son homologue dans le domaine agricole), composées par ailleurs de médecins (un désigné par chaque partie et un désigné par le DRASS ou cet homologue), de fonctionnaires et de représentants des salariés et employeurs et travailleurs indépendants, ayant tous voix délibérative, le président ayant voix prépondérante au cas de partage[3].

Mais la loi 2002-73 du 17 janvier, pour mettre en quelque sorte la composition de ces juridictions (devenues tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) en conformité avec l'art. 6 § 1er de la conv. EDH et la jurisprudence de la Cour de cassation, devait en exclure le DRASS, mais aussi les fonctionnaires et médecins[4], en ramenant cette composition à un magistrat honoraire de l'ordre administratif ou judiciaire, président (ou à défaut d'une personne qualifiée présentant toutes garanties d'indépendance et d'impartialité), assisté d'assesseurs selon le principe fondamental de l'échevinage qui permettait aux partenaires sociaux de participer à parité à ces juridictions (comme pour le TASS) et qui n'a donc pas été remis en cause (art. L.143-2 et 3 nouveaux CSS)[5].

Il n'y aurait donc pas, sur le plan des contestations d'ordre médical au sens large, d'alternative à cette distinction, n'était-ce l'exception susvisée pour les AT/MP dans le domaine de l'agriculture car elle a en effet happé, depuis l'origine, la quasi-totalité des contestations quelle qu'ait été la diversité des régimes ou allocations créés.

---

1 *Mais pas celle des commissions nationales, qui revêtirent d'emblée une composition médico-administrative et furent toujours présidées par un magistrat.*

2 *Voir à l'origine art. 51 ord. 19 octobre 1945, art. 50 loi 30 octobre 1946, art. 71 D. 29 décembre 1945 modifiée par D. 7 mars 1949, et actuellement art. L.341-3, L.351-7, L.434-2 CSS, auxquels se réfèrent, en règle générale, les autres régimes.*

Voir aussi barème mentionné à l'art. D. 821-1 CSS pour l'évaluation du handicap.

3 *Voir ancien art. R. 143-4 CSS issu D. 22 décembre 1958.*

4 *Exclus également de la CNITAAT, voir supra § 3 à travers le renforcement de la distinction entre EM et contentieux technique.*

5 *L'art. 20 D. 2003-614 du 02 juillet a en conséquence abrogé l'adaptation des juridictions au jugement des recours contre les décisions des ex CDES et COTOREP prises en application des ex art. L.242-8 CASF et L.323-11-I dernier al. Code du Travail issus loi 30 juin 1975 (voir D.89 854 et 855 du 21 novembre abrogés).*

L'EM visée à l'art. L.141 CSS est en effet applicable, selon l'art. L.141-3, au régime général, à celui de la MSA, à celui du RSI (ex TNS), aux régimes spéciaux avec les adaptations nécessaires[1], le contentieux technique s'appliquant également aux mêmes régimes selon l'art. L.143-1 et les états considérés, et aussi selon l'art. R.711-20 CSS pour les régimes spéciaux, sauf pour les prestations statutaires des fonctionnaires, les contestations relevant de la juridiction administrative, ainsi qu'au régime de certaines allocations familiales à affectation spéciale (Titre IV du Livre V CSS), ou de vieillesse, ou liées à une incapacité permanente (Titres I, II et III du Livre VIII CSS), y compris donc au titre de l'exception susvisée, au régime AT/MP dans le domaine de l'agriculture, pour les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

§ 2 – L'exception au principe

On découvre cette exception à l'art. L.141-3 CSS qui exclut l'EM du régime AT/MP dans le domaine agricole et à l'art. L.143-1 3° CSS qui exclut le contentieux technique de ce même domaine (et sauf donc dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle). Et c'étaient donc les art. 1169 et 1234-17 du Code Rural (aujourd'hui abrogés), quant à l'exception qu'ils constituaient pour l'application du contentieux technique aux dispositions du Livre VII du Code qui énonçaient, sans autre distinction, la compétence du contentieux général pour les salariés de l'agriculture et celle des juridictions de droit commun pour les exploitants, cette dernière compétence désormais dévolue au contentieux général depuis la loi 2001-1128 du 30 novembre.

A/ L'art. L.751-32 Code Rural (ex art. 1169)

- Cet article est issu de la loi 72-965 du 25 octobre, qui a modifié substantiellement le régime AT/MP des salariés agricoles relevant jusqu'alors de l'assurance facultative, et donc du Code des assurances, avec compétence des tribunaux de droit commun, en la rendant obligatoire dans le cadre de la réglementation propre à la MSA, et donc avec la compétence du contentieux général.

Si la volonté était à l'évidence d'opérer un alignement avec les salariés du régime général (art. 1er loi), rien dans l'exposé du rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée Nationale ne transparaissait quant à la compétence exclusive du contentieux général[2], mais on peut toutefois penser que l'imprégnation du contentieux judiciaire antérieur a prévalu au moment de ce choix, en raison des critiques dont faisait l'objet l'EM pour sa force probante, de même que le contentieux technique, non moins critiqué en raison de son caractère administratif trop marqué.

Se trouvaient donc rejetés l'EM et le contentieux technique et, du même coup, la distinction marquée entre les contestations sur l'état de la victime et celles sur son IPT, le juge conservant ici l'ensemble de ses prérogatives traditionnelles pour toutes les contestations sans exception[3] dans le cadre du contentieux général.

- Toutefois, et sous peine de tomber dans une appréciation très approximative, on ne peut opposer la distinction classique à l'application pure et simple de la procédure issue du NCPC (devenu CPC), car les dispositions prises pour l'application de la loi ont instauré des procédures obligatoires, préalables à toute saisine de la juridiction elle-même :

---

1 *Voir arrêté interministériel du 17 décembre 1959.*

2 *JO débats Assemblée Nationale 28 juin 1972 P. 2898.*

3 *Seule limite pour les contestations sur les prestations liées au handicap survenu à la suite de l'AT/MP, le contentieux technique conservant ici son empire.*

- Le D. 73-598 du 29 juin (art. 35, 36, 37 codifiés art. R.751-133 à 135 du Code Rural par le D. 2005-368 du 19 avril), et relatif aux prestations de l'assurance AT/MP a instauré, pour les divergences d'appréciation médicale relatives à l'état de la victime (sauf pour la date de guérison ou de consolidation), un nouvel examen médical (NEM) inspiré des règles de la PEM[1] (avec désignation du médecin d'un commun accord entre le MC et l'MT et, à défaut d'accord, par le président de la juridiction) et dont les résultats ne s'imposent pas aux parties, ces dernières pouvant, au cas de désaccord, saisir la juridiction compétente dans les conditions fixées par un autre décret du même jour.

- Le D. 73.599 du 29 juin complétant le D. du 22 décembre 1958 sur le contentieux (art. 28-1 à 28-9 codifiés art. R.142-32 à 40 CSS) et qui, dans le cadre de la compétence du contentieux général pour l'ensemble des difficultés nées de l'application de la législation et de la réglementation propre au régime a instauré, pour les contestations en matière d'IPT (état et taux et y compris donc celles sur la date de guérison ou de consolidation), une procédure préalable obligatoire, aux fins de conciliation sous l'égide du président de la juridiction lequel, au cas de conciliation, rend une ordonnance non susceptible d'appel, le litige, faute d'accord, étant inscrit d'office à la première audience utile de la juridiction elle-même.

Traduisant donc la compétence exclusive du contentieux général, formulée par la loi précitée du 25.10.1972, ce décret a donc imposé, à tous les stades de la procédure, le régime de l'expertise définie par le NCPC, excluant donc l'application de l'art. 142-24 CSS (pour la mise en œuvre de la PEM au cas de DOM survenant en cours d'instance contentieuse) pour l'ensemble des litiges (art. R.142-39 CSS), non sans apporter quelques aménagements comme pour l'EM, l'expert devant notamment déposer son rapport dans un délai donné, plus bref toutefois (15 jours au lieu d'un mois).

REMARQUE : cette exclusion ne saurait donc être entendue comme ne concernant que les litiges relatifs à la date de guérison ou de consolidation ou à l'état ou au taux d'IPT, objets des dispositions spécifiques visées aux art. R.142-33 et 34 CSS (ce qu'il nous a été donné de constater), l'EM ne pouvant retrouver son empire pour les contestations relatives à l'état de la victime et issues du nouvel examen médical (NEM), en application de l'art. 37 décret du 29.06.1973 (codifié R.751-135 Code Rural), et "surgissant" en cours d'instance, dès lors que les dispositions de l'art. L.141-1 CSS ne sont pas applicables antérieurement à cette instance.

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler les dispositions de cet art. R.142-39 CSS en rejetant le pourvoi de la caisse de MSA qui avait préconisé l'application de l'art. L.141-1 CSS, l'exemple étant toutefois loin d'être significatif.

L'examen attentif de l'espèce montre en effet qu'il s'est agi à l'origine d'une contestation émanant du refus administratif des IJ à la fin de l'arrêt de travail en cours à la date retenue pour la consolidation d'une rechute AT, la caisse de MSA ayant alors orienté le litige vers la PEM, puisque la victime, forclose pour qu'il ait pu s'agir d'une contestation de la date de consolidation elle-même, continuait d'adresser des avis d'arrêt de travail au titre de la maladie, non pris en charge du fait qu'elle devait être considérée apte à une reprise de travail et que deux EM, l'une donc à l'initiative de la caisse, l'autre à l'initiative de la juridiction saisie par la victime (art. R.142-24 CSS), devaient confirmer l'avis du MC dans son ensemble.

Et seule la confusion des juges, qui y virent une contradiction, se méprenant sur l'indemnisation de l'ITT et de l'IPT, les IJ rejetées étant érigées en dénominateur commun et pourfendeuses d'avis médicaux clairs qu'elles rendaient donc "contradictoires", devait conduire à

---

[1] *Depuis le D. 93-1132 du 27 septembre, le NEM doit être demandé dans le délai d'un mois (sans délai auparavant, si ce n'était celui de la prescription de deux ans en la matière) à compter de la date de décision contestée, ce qui ne signifiait pas pour autant que le régime agricole suivait depuis les règles relatives à l'EM (JCP "accidents du travail", "contestation et expertise" fascicule 330).*

une troisième expertise dont les résultats furent diamétralement opposés aux deux autres, en faveur de la victime, ce que contestait légitimement la caisse de MSA.

Mais la Cour de cassation ne devait pas lever le voile sur le pourquoi des trois expertises, alors que les juges du fond s'étaient bien prononcés sur le terrain de l'EM, ouvrant donc le champ aux dispositions de l'art. R.142-39 CSS, et déboutant la caisse pour avoir revendiqué une procédure étrangère au litige[1], alors que ce sont les juges d'appel qui auraient dû encourir sa censure pour ne pas avoir su délivrer les deux premières expertises de l'emprise de la "contradiction", tandis que leur avait bien été demandée l'annulation de la troisième[2].

S'il apparaissait nécessaire à nos yeux d'observer que la caisse n'avait pas préconisé à mauvais escient l'application du régime de l'EM, ce que laisse pourtant bien entendre l'arrêt, en revanche il n'y a bien aucune place pour l'EM en matière d'AT/MP dans le domaine de l'agriculture, quelle que soit la contestation, la Cour de cassation devant à nouveau rétablir la portée de l'art. R.142-39[3] qu'ignorent encore les juridictions du fond[4] et même les caisses de MSA[5].

- Si on excepte les contestations relatives à la date de guérison ou de consolidation, rattachées au contentieux de l'IPT, on est donc en présence, au niveau de la phase préalable obligatoire, d'une répartition des mesures selon la distinction classique des contestations sur l'état du malade ou de la victime et de celle sur leur état d'IPT, et on ne peut jeter la pierre aux auteurs des textes précités de ne pas avoir tout simplement adopté l'EM et le contentieux technique quand on sait que, subissant l'imprégnation du contentieux antérieur calqué sur le droit commun, ils ont tout de même accordé une place importante à une "expertise médicale", sans pour autant lui conférer sa force probante, et qu'ils ont d'ailleurs baptisée "nouvel examen médical" (NEM) pour éviter toute confusion, sans jamais parler d'expertise, la juridiction, au cas de contestation, étant alors saisie sans pouvoir recourir à l'EM.

  Les auteurs de propositions de réforme du contentieux de la SS ne sauraient donc, sous peine de fausser le débat, et faire d'autant plus pâtir de la comparaison l'EM, prôner la disparition de cette dernière en se référant uniquement au deuxième décret du 29.06.1973 (codifié art. R.142-32 à 40 CSS), et au système d'expertise judiciaire, inspiré des règles du NCPC (CPC) que ce texte a institué, sans faire état du dispositif d'ensemble et notamment du nouvel examen médical visé aux art. 35, 36 et 37 du 1er décret du même jour (codifiés art. R.751-133 à 135 du Code Rural)[6] et auquel, seul, se réfère un autre auteur… toujours dans la perspective de la comparaison[7].

- Le régime propre aux AT/MP survenant aux salariés de l'agriculture présente donc, en réalité, un dispositif hybride, participant largement de la distinction entre EM et contentieux technique et dont il constitue bien l'exception, les juridictions du contentieux général conservant en définitive leurs prérogatives traditionnelles pour l'ensemble des difficultés.

---

1 *TASS agricole Drôme – 7 Juin 1993, 15 avril 1994, 16 décembre 1994 ; CA Grenoble 16 septembre 1996 MSA Drôme c/DADA ; Cass. soc. 14 novembre 1998 BC V-489.*

2 *Ce cas a été exposé dans la Section I § 4-B-1° au titre des purs chassés-croisés entre consolidation et inaptitude à la reprise de travail, ou entre aptitude à la reprise de travail et absence de consolidation.*

3 *Cass. soc. 21 janvier 1999 NP 97 13 1852 ; Cass. civ. 2ème 29 janvier 2004 RJS/2004 n°1106 ; Cass. civ. 2ème 12 juillet 2006 NP 04 30 868.*

4 *Voir jurisprudence en annexe II de notre thèse.*

5 *Cass. civ. 2ème 16 décembre 2011 NP 10-14926 préc.*

6 *Rapport précité de 1983 au Ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité et au Ministre de la Justice : "le contentieux de la Sécurité Sociale : bilan et perspectives", H. GAILLAC, Conseiller à la Cour de cassation, avec le concours de M. YAHIEL, membre de l'IGAS, P. 23, 24, 40, 59 et 98.*

7 *X. PRETOT, "les grands arrêts du droit de la sécurité sociale", Dalloz 2ème éd. 1998 p.582.*

Et cette exception s'est étoffée depuis que la loi 2001-1128 du 30 novembre, concernant les non-salariés, a substitué cette compétence du contentieux général à celle de droit commun, comme l'avait fait la loi du 25 octobre 1972 pour les salariés, les décrets d'application alignés sur ceux propres à cette dernière loi, c'est-à-dire avec exclusion de l'EM et du contentieux technique.

B/ L'art. L.752-27 Code Rural (ex art. 1234-17) déclaré non-conforme à la Constitution par la décision n°2001-451 DC du 27 novembre[1]

- La loi 66-950 du 22 décembre portant obligation d'assurance des personnes non salariées contre les accidents de la vie privée et du travail et les MP dans l'agriculture, était à l'origine de cet ex art. établissant la compétence des juridictions du droit commun pour les contestations en la matière, y compris donc les contestations d'ordre médical[2].

Bien qu'obligatoire, cette assurance ne revêtait pas le caractère d'une véritable réglementation de SS au sens de l'art. L.142-1 CSS, notamment parce qu'elle incluait les accidents de la vie privée et s'appliquait, outre aux chefs d'exploitations, à de nombreux membres de la famille, et c'est dans le cadre de l'objectif avoué de garantir l'universalité de l'assurance en matière d'AT/MP, que la loi précitée du 30.11.2001 a donc réalisé l'alignement avec le régime des salariés (voir art. 1er), les accidents de la vie privée ayant, naturellement pourrait-on dire, été introduits dans la couverture de l'assurance maladie propre à ces personnes non salariées.

- Il ne faisait donc pas de doute qu'ainsi aligné, le régime des non-salariés revêtait le caractère d'une législation et d'une réglementation de SS au sens de l'art. L.142-1 CSS précité, justifiant donc la compétence du contentieux général, mais il était plus que probable que les difficultés d'ordre médical échapperaient à la distinction classique entre EM et contentieux technique, comme pour les salariés.

Le D. 2003-846 du 29 août (voir art. R.142-49 à 52 CSS) reprenait en effet, en excluant tout recours à l'EM pour l'ensemble des litiges, les mêmes dispositions spéciales applicables aux salariés en matière d'IPT, avec procédure de conciliation préalable obligatoire sous l'égide du président de la juridiction (ce qui excluait donc le contentieux technique), tandis que le D. 2002-200 du 11 janvier (voir art. du D. 752-82 Code Rural), propre aux prestations, avait repris pour les contestations relatives à l'état de la victime, le même nouvel examen médical (NEM) obligatoire, mais dont les résultats ne s'imposaient pas aux parties, avant toute saisine de la juridiction.

On serait donc tenté de dire, en présence de cette extension, que l'épée de Damoclès pèse davantage sur la tête de l'EM, ce qui ne peut qu'apporter de l'eau au moulin de ses détracteurs, n'était-ce le particularisme qui a toujours caractérisé le monde agricole, et que cette distinction, en dépit d'une influence accrue des règles du NCPC (CPC), s'est trouvé récemment considérablement renforcée au plan organique, le contentieux général ne s'entendant, somme toute toujours bien, qu'avec ses propres exceptions que sont l'EM et le contentieux technique.

§ 3 – Le renforcement de la distinction

---

[1] *Pour une question étrangère à la compétence "exclusive" du contentieux général qu'il instaurait, à savoir que la délivrance ou le refus de délivrer à une entreprise d'assurance l'autorisation de participer à la gestion du régime, prérogative de puissance publique émanant d'une autorisé administrative, ne justifiait pas, au nom d'une bonne administration de la justice, qu'il soit dérogé à la répartition normale des compétences entre les deux ordres de juridiction, en attribuant la connaissance de tels actes aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale.*

[2] *Art. 17 D. 1er février 1969 pris pour l'application de la loi, et ayant dévolu aux TI le contentieux des prestations en nature (PN), et aux TGI le contentieux des pensions d'invalidité.*

- On imagine aisément les critiques dont a été l'objet la distinction et à quel point l'exemple du "référé" en matière d'AT/MP a pu être brandi pour bannir les pouvoirs prétendus exorbitants de l'expert et le caractère par trop administratif des commissions régionales alors présidées par le DRASS (ou son homologue dans le domaine de l'agriculture) et ne comprenant pas de magistrat dans leur composition[1].

La loi 94-43 du 18 janvier devait y ajouter ces magistrats, honoraires de l'ordre administratif ou judiciaire, aux côtés de fonctionnaires, de travailleurs salariés, d'employeurs ou de travailleurs indépendants et de médecins, comme c'était déjà le cas, les commissions régionales baptisées tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI), pour conforter leur caractère juridictionnel sans que le décret d'application ne soit jamais paru.

Continuant de fonctionner sous la présidence du DRASS (ou de son homologue en agriculture) selon l'art. R.143-4 ancien CSS, la Cour de cassation a fini par leur dénier le caractère de tribunal indépendant et impartial au sens de l'art. 6 § 1er de la Conv. EDH, notamment en raison de l'autorité hiérarchique à laquelle sont soumis les fonctionnaires et de leurs fonctions, impliquant des liens avec les caisses, et du fait que le DRASS désignait lui-même le médecin expert attaché à la juridiction.

Certains de ces griefs valaient d'ailleurs pour l'instance d'appel, la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des AT (CNITAT), créée par la même loi du 18 janvier 1994 aux lieu et place de la Commission nationale technique et comprenant certes, comme ses devancières depuis l'origine, des magistrats mais aussi des fonctionnaires et des médecins (art. L.143-2 et 3 anciens CSS)[2].

- Mais loin d'avoir été affaiblis par ces critiques, l'EM et le contentieux technique en sont plutôt sortis renforcés dans leur existence et leur distinction d'autant, l'EM par la loi précitée 90-86 du 23 janvier (art. 3 codifié à l'art. L.141-2 complété CSS), qui a conféré au juge, au vu de l'avis technique, la possibilité, sur demande d'une partie, de recourir à une nouvelle expertise (médicale et non pas judiciaire), le contentieux technique par la loi 2002-73 du 17 janvier confortant le caractère juridictionnel de ses juridictions et confirmant la carte administrative, tandis que s'éloignait donc, pour l'heure, le spectre du contentieux général.

Cette dernière loi, qui a donc imposé pour le TCI la présidence d'un magistrat honoraire de l'ordre administratif ou judiciaire (ou, à défaut, d'une personne particulièrement qualifiée…), désigné par arrêté du Garde des Sceaux a prévu, pour la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), celle d'un magistrat du siège désigné dans les formes requises pour la nomination des magistrats du siège, les deux désignés pour une durée de trois ans.

Ils sont assistés d'assesseurs représentant les travailleurs salariés et les employeurs ou travailleurs indépendants, à parité selon le système classique de l'échevinage, et désignés pour la même durée par le Premier Président de la cour d'appel (dans le ressort de laquelle le tribunal a son siège), sur une liste dressée par l'autorité compétente de l'Etat[3] sur proposition des organisations représentatives intéressées pour le TCI (un de chaque), ou par arrêté du Garde des Sceaux sur une liste dressée, sur les mêmes propositions, par le premier président de la Cour de cassation pour la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT) (un de chaque également pour les quatre sections la composant, chacune présidée par un magistrat du siège désigné par le président, et tous pour une durée de trois ans également) (ensemble, les art. L.143-2, 3 et 5 nouveaux CSS).

---

1 *Y. St JOURS, "L'expertise médicale ou la nécessité d'une réforme", RDSS – 1988-75, préc. ; rapport de 1983 : "le contentieux de la SS : bilan et perspectives" préc.*

2 *H. LIFFRAN, "Les TCI et l'art.6 § 1er de la Conv. EDH", Droit social – 1999 P. 158 et s., sous arrêt Cass. soc. 17 décembre 1998, ; "La composition et le fonctionnement de la Cour nationale d'incapacité et de la tarification de l'assurance des AT sont-ils conformes à l'art.6 § 1er de la Conv. EDH ?", Droit social – 2001 p. 283 et s.*

3 *Selon l'art. R. 143-4 CSS, le directeur régional de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale, dans la circonscription duquel siège le TCI.*

Et en dépit de la similitude de la composition du TCI avec celle de son homologue "généraliste" le TASS, le contentieux technique qui obéit aux règles du Livre 1er du CPC, sauf dispositions particulières relatives aux formalités et aux délais, a conservé son caractère particulièrement médical qui requiert le plus souvent l'intervention d'un médecin expert, soit sur le champ soit à son cabinet, et son caractère social très prononcé.

- La distinction bien ancrée, la question de l'avenir de l'EM n'est pas aussi simple qu'il y paraît et il nous appartiendra d'apprécier à sa juste valeur l'attraction qu'exerce le dispositif retenu pour les AT/MP dans le domaine de l'agriculture[1] et, pour l'heure, aussi tranchée que puisse apparaître la formulation de la distinction, force est de constater que les compétences respectives de l'EM et du contentieux technique n'ont pas été sans poser certaines difficultés, même si ces dernières n'ont pas été aussi nombreuses que celles observées pour la place de l'EM dans le cadre du contentieux général.

§ 4 – Les difficultés de compétence

L'art. L.143-1 CSS dispose donc que l'organisation du contentieux technique règle les contestations relatives à l'état et au degré d'invalidité, à l'état d'incapacité permanente de travail et notamment au taux de cette incapacité, et à l'état d'inaptitude au travail.

On doit convenir que ce texte (issu du D. du 22 décembre 1958), d'apparence fort claire, peut paraître insuffisant en lui-même, car il induit un choix à faire quant à la compétence, pour la question se rapportant soit à la reconnaissance des états en cause soit aux conséquences de ces états, s'agissant alors de prestations autres que celles correspondant à l'incapacité.

Mais si l'on considère que le texte vise les contestations relatives aux états en cause, ce qui lui confère bien un sens générique (A/), et pour lesquels il a bien fallu établir une mesure visant à les sanctionner, la stabilisation et la consolidation notamment, et dont la divergence qu'elle a pu entraîner a été dévolue à l'EM (B/), il s'ensuit que les contestations portant sur des prestations qui supposent cette mesure accomplie, c'est-à-dire relative aux états eux-mêmes et à leurs conséquences, ne peuvent, telles un bloc de compétence, et sauf disposition particulière, que relever du contentieux technique et que, dès lors, les risques de conflit de compétence auraient dû être faibles, ce qui fut loin d'être le cas.

A/ Le sens générique des états visés à l'art. L.143-1 CSS

- Ce fut bien le sens donné par les dispositions de la loi du 30 juin 1975 lesquelles, reprises par la loi du 11 février 2005, et conférant l'appréciation du handicap, des mesures d'orientation, de reclassement, de rééducation et d'accueil des adultes handicapés pouvant en résulter, à une commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP), excluaient le contentieux général de toutes les décisions de cette instance administrative, n'existant plus comme telle[2].

---

1 *Voir infra 2ème partie – Chap. 2 – L'avenir de l'expertise médicale.*

2 *Issue de l'ex art. L.323-11-I al. 1er Code du Travail et fusionnée par cette loi de 2005 avec la commission départementale de l'éducation spéciale (visée à l'ex art. L.242-8 CASF et compétente pour les enfants et adolescents handicapés), pour constituer la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) (art. L.146-9 et 241-6 nouveaux CASF).*

La loi de 1975 donnait en effet compétence au contentieux technique pour les contestations concernant la désignation des établissements, continuant de réserver les contestations sur la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé à une commission départementale des handicapés (CDH), compétente également pour les contestations sur leur orientation si l'on se fie à l'exposé des motifs faisant apparaître que le Parlement, suivant la volonté du Gouvernement, avait entendu distinguer deux catégories de décisions parmi celles de la COTOREP, les unes relatives à la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et à l'orientation générale de la personne handicapée du ressort de la CDH, les autres restant de la compétence du contentieux technique[1].

Ces dispositions étaient visiblement inspirées de celles instaurées par la loi du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés, y compris les assurés sociaux, et selon lesquelles une même commission départementale du contentieux des travailleurs handicapés connaissait des contestations des décisions de la commission d'orientation des infirmes déjà existante en matière d'aide sociale en ce qui concernait la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (et qui allait en quelque sorte devenir pour cette partie l'ex COTOREP), mais ne faisant que donner son avis pour toutes les demandes ou propositions d'orientation, de rééducation ou de reclassement d'un travailleur handicapé.

- Au fond, ce n'était là que la consécration de l'exclusion du contentieux général qu'induit bien l'art. L.143-1 CSS pour les contestations relatives aux états en cause et qui incluait donc celles relatives à leurs conséquences, les décisions sur l'orientation n'étant pas, elles, relatives à l'application de la législation et de la réglementation de SS fondant la compétence du contentieux général, pas plus que les décisions qui en découlent, attributives d'une prestation de SS mais qui n'est pas par elle-même relative à l'application d'un régime de SS, le contentieux général conservant son espace propre puisque les décisions ne s'imposaient aux organismes de PEC que sous condition d'ouverture du droit aux prestations[2].

A supposer que l'interprétation littérale et stricte de l'art. L.143-1 CSS put être retenue, cette exclusion rendait caduque la jurisprudence plutôt "retardataire" de la Cour de cassation pour les assurés sociaux eux-mêmes, selon laquelle l'envoi d'un assuré dans un centre de rééducation professionnelle n'était pas compris dans l'énumération visée à l'art. R.143-1 CSS ainsi pris pour application (alors art. 29du D. du 22 décembre 1958)[3], seul étant compétent le contentieux général[4], et aussi celle qui, pour écarter justement l'expertise technique ordonnée par les juges du fond, vidait la contestation de la victime de tout contenu en circonscrivant la solution du litige au vu des seuls contrôles exigés pour l'attribution des prestations de rééducation professionnelle, et notamment de l'avis consultatif de la commission d'orientation des infirmes, sans qu'on sache donc exactement quel était le contentieux concerné, puisque la victime contestait bien la décision de la caisse au vu dudit avis justement[5].

Seule une jurisprudence, pour écarter l'EM ordonnée à tort par les juges du fond, retenait la compétence du contentieux technique, celle-ci s'inscrivant bien dans le sens générique des états visés à l'art. L.143-1 CSS, pour régler la question portant non pas sur l'état même d'un travailleur

---

[1] *Dispositions des ex art. L.323-11-I dernier al. et L. 323-34 Code du Travail reprises dans l'art. L.241-9 nouveau CASF issu de la loi du 11 février 2005 précitée, avec la suppression de la CDH dont la compétence est désormais dévolue à la juridiction administrative de droit commun.*

[2] *Il faut en effet préciser que les contestations portant sur l'incapacité permanente des mineurs et adultes handicapés pour l'attribution des prestations correspondantes à leur état lui-même et à ses conséquences, et supposant l'avis de la Commission d'Orientation des Infirmes précitée, avaient été dévolues au contentieux technique et non au contentieux général, en vertu de la loi 71-563 du 12 juillet et du D. 29.01.1972 pris pour application.*

[3] *L'art. R.143-1 nouveau issu D. 2003-614 du 03 juillet et relatif au contentieux de la SS a supprimé l'énumération, qui n'était d'ailleurs qu'indicative, ce qui confirme le sens générique des états visés à l'art. L.143-1 CSS.*

[4] *Cass. soc. 15 janvier 1964 D. J. 773-2ème espèce réglant un conflit négatif de juridiction.*

[5] *Cass. soc. 20 avril 1967 BC IV-321.*

handicapé, mais sur les conséquences quant à savoir si la victime pouvait poursuivre son ancien métier ou devait en exercer un autre, à la suite de la divergence d'appréciation entre le MT et la commission d'orientation des infirmes, le plus surprenant étant qu'il put s'agir là d'une question préjudicielle au profit du contentieux général[1]. Il s'agissait donc de décisions très hétérogènes, cette dernière préfigurant toutefois la formulation expresse de l'élargissement de la compétence du contentieux technique par la loi du 30 juin 1975.

On pouvait donc penser que la volonté du législateur de 1975 serait bien entendue quant à la dévolution des contestations à la CDH pour l'orientation, et au contentieux technique pour la désignation des établissements, et qu'en tout état de cause serait exclue l'intervention du contentieux général et de l'EM, ce qui devait réduire considérablement les risques de conflit, mais il n'en fut rien.

- En effet, on devait assister à une remise en cause de ce schéma avec une position divergente des deux ordres de juridictions, qui se disputèrent les contestations.

Le Conseil d'Etat, juge de cassation des décisions de la CDH, se reconnaissait compétent "rationae materiae" pour celles relatives à l'orientation, visées à l'art. L.323-11-I 2° du Code du Travail, tout en considérant et faisant implicitement l'exégèse de l'art. L.323-34 du même code, que le législateur n'avait pas prévu la compétence de la CDH au sein de l'ordre administratif [2].

Et les juridictions du fond du contentieux général et du contentieux technique, inopportunément saisies et se plaçant sur le terrain de l'art. L.323-11-I 3° Code du Travail, qui ne prévoyait la compétence du contentieux technique que pour la désignation des établissements, en tiraient, sans autre explication, la compétence du contentieux général pour l'orientation, s'agissant du principe même du reclassement professionnel.

L'EM avait donc un droit de cité inattendu sur un terrain qui n'était manifestement pas le sien, soit que les juridictions du fond du contentieux général l'aient ordonnée, après s'être reconnues compétentes quand le litige concernait "la rééducation d'un aide-comptable avec stage préparatoire"[3], ou "une orientation professionnelle sans préciser le centre d'accueil"[4], ou "l'orientation professionnelle d'un accidenté du travail"[5], ou encore "la rééducation professionnelle sous forme d'un stage de carreleur-solier-maquettiste avec stage préparatoire"[6], soit que les juridictions du fond du contentieux technique l'aient induite en estimant que c'était le contentieux général qui était compétent[7], tandis que la Cour de cassation les approuvait[8], à moins que le commissaire de la République (ou le préfet) exerçant le déclinatoire de compétence n'ait décidé d'élever le conflit par arrêté de conflit.

Ce fut le cas pour l'arrêt précité de la cour de Dijon, laquelle rejetait le déclinatoire en approuvant le TASS d'avoir retenu la compétence du contentieux général et ordonné le recours à l'EM, ce que devait annuler le Tribunal des conflits à la suite de l'arrêté de conflit pris par le Commissaire de la République (qui prônait quand même la compétence du tribunal administratif !), et dont l'arrêt peut être qualifié de remarquable "puisqu'il résultait de la

---

1 *Cass. soc. 20 novembre 1974 BC V-553.*

2 *CE 14 avril 1982-BEN SALAH, rec. 764 ; CE 16 octobre 1985-PAYET, RDSS 85-231-note LEVY ; CE 22 novembre 1985-BENAMOUR, RDSS 1986-332 note LEVY ; CE 24 janvier 1986-SAJA, RDSS 1987-520 note LEVY ; CE 5 juillet 1987-CHORNICKH, Réq. 86309 non publiée.*

3 *Cour de Rennes 18 novembre 1982-X c/CPAM Nantes.*

4 *Cour de Bordeaux 3ème Chambre 19 janvier 1984, Cahiers de jurisprudence de la Cour – 1984.2 p. 142.*

5 *Cour d'Orléans 18 septembre 1986 Préfet Loiret c/cour d'appel.*

6 *Cour de Dijon 15 septembre 1987-CPAM Saône et Loire c/COTOREP, Préfet Saône et Loire C/TASS.*

7 *Commission nationale technique 27 juin 1980 CPAM Gironde c/DANVERS ; Commission nationale technique 27 janvier 1981 CPAM Gironde c/ROY/.*

8 *Cass. soc. 16 juin 1982 BC V-396 ; Cass. soc. 24 novembre 1982 BC V-642.*

combinaison des art. L.323-10 et L.323-11-I 1° et 2° Code du Travail éclairés par les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1975 dont ils étaient issus, que la CDH était seule compétente pour statuer sur les contestations relatives à la décision de la COTOREP concernant l'orientation de la personne handicapée et les mesures propres à assurer son reclassement, la cour d'appel ayant retenu à tort la compétence du contentieux général de la SS".

Le commissaire du Gouvernement avait lui-même remarquablement exposé cette analyse et, pour la première fois dans son histoire et comme pour faire cesser cette invraisemblable querelle, le Tribunal des conflits ne se bornait pas à arbitrer entre les deux ordres de juridiction, réglant également le problème à l'intérieur de l'ordre administratif, ce qui infirmait donc la position du Conseil d'Etat[1].

Il est regrettable que cette jurisprudence n'ait pas été entendue comme il se devait, les organismes de PEC continuant de saisir leur "juridiction naturelle", le TASS, lequel retenait sa compétence, ce qui conduisait le préfet à élever de nouveau le conflit et le Tribunal des conflits à confirmer sa jurisprudence[2].

- On pouvait croire que c'en était fini des difficultés en la matière quand les juridictions du fond capitulèrent devant le déclinatoire de compétence du préfet, aussi bien le TASS que la cour d'appel, mais la caisse, pourtant parfaitement recevable à nos yeux devant la CDH, saisissait la Cour de cassation, laquelle "relançait le débat" en cassant l'arrêt d'incompétence quant au coût de l'erreur d'orientation par la COTOREP d'un travailleur handicapé[3], la Cour de renvoi admettant quant à elle la compétence du contentieux général en infirmant le jugement du TASS initialement saisi et en renvoyant devant ledit tribunal pour jugement au fond, tandis qu'elle rejetait le déclinatoire de compétence du Préfet. Et ce dernier, non tenu par un nouveau déclinatoire de compétence, prenait un arrêté de conflit, le Tribunal des conflits réaffirmant sa jurisprudence en réduisant à néant les décisions susvisées retenant la compétence du contentieux général[4], tandis que le Conseil d'Etat s'inclinait[5].

Cette jurisprudence du Tribunal des conflits a largement contribué à simplifier le contentieux des décisions prises par la COTOREP et à recentrer les compétences respectives du contentieux technique et du contentieux général au travers de celles de la CDH, l'EM ne pouvant donc que demeurer inutilisable, tant pour les contestations relatives aux états d'incapacité eux-mêmes qu'à leurs conséquences, lesquelles ne peuvent donc désormais qu'échoir au contentieux technique et à la juridiction administrative.

On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité du transfert de la compétence de la CDH supprimée par la loi du 11 février, 2005 au profit de la juridiction administrative de droit commun devant laquelle s'annoncent de nouvelles difficultés à propos de la nature du recours, pour excès de pouvoir, et limité à l'erreur manifeste d'appréciation[6], ou de plein contentieux[7], contre les décisions de l'ex COTOREP ou de la CDAPH, tel qu'il avait été admis pour les recours portés devant la CDH[8].

---

1 *Tribunal des conflits 14 mars 1988 – RDSS 1988-604 note MJ LEVY.*

2 *Tribunal des conflits 10 juillet 1990 – Rec. CE p. 646 et 948 Préfet Hauts-de-Seine c/TGI Nanterre et CPAM Hauts de Seine c/COTOREP.*

Tribunal des conflits 11 mai 1992 – Rec. CE p. 484 Préfet Hauts-de-Seine c/TASS et autres.

3 *Cass. soc. 17 janvier 1991.*

4 *Tribunal des conflits 12 octobre 1992 Préfet Essonne c/Cour d'Orléans – Rec. CE p. 490-491.*

5 *CE 13 mars 2002 RJS/908 CPAM Montpellier.*

6 *TA Versailles 25 mai 2005 RDSS 2005.1039.*

7 *TA Cergy-Pontoise 02 février 2006 AJDA 32-2006.*

8 *CE 04 novembre 1994 – ABDERHAMANE-LEBON T 1110 ; 06 novembre 1995 – HASSINI-LEBON T 1058.*

Ce transfert se heurte d'ailleurs à l'aptitude toute relative des tribunaux administratifs à connaître de telles contestations, dont la dévolution à une juridiction spécialisée n'était, en tout état de cause, pas sérieusement contestable et il serait fâcheux qu'il fût tiré prétexte du transfert des dispositions contentieuses du Code du Travail dans le CASF, à la suite d'une loi sur l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées, pour remettre en cause le recours de plein contentieux.

Le Conseil d'Etat, heureusement saisi de cette question pour avis, par le tribunal administratif (TA) de Lyon, a su éviter cette remise en cause en estimant que le législateur n'avait pas entendu que les recours portés désormais devant la juridiction administrative de droit commun soient d'une autre nature que celle de plein contentieux, reconnue par la jurisprudence aux recours portés devant l'ex CDH[1], et on ne peut qu'espérer que cet avis fera "jurisprudence".

En outre, les juridictions administratives, inopportunément saisies, ne sauraient connaître des contestations des décisions de la CDAPH concernant l'attribution de la prestation de compensation du handicap ou la désignation des établissements ou services d'accueil pour le placement d'une personne handicapée, seules les juridictions du contentieux technique étant compétentes(art. L. 241-9 al. 1 CASF)[2].

B/ L'existence d'une mesure induisant l'évaluation des états en cause et la dévolution de sa contestation à l'EM

Cette mesure s'est en effet avérée nécessaire et il a bien fallu régler la question de la procédure applicable à sa contestation.

- Si l'on excepte donc l'inaptitude au travail qui s'inscrit dans le cadre de l'assurance vieillesse, c'est bien avant tout sur le terrain de l'indemnisation de l'ITT et de l'IPT que s'est située la question de la mesure préalable à la reconnaissance des états d'invalidité ou d'IPT, et qui n'est donc autre que celle de la délimitation propre du champ de l'EM par rapport à celui du contentieux technique, ce qui a bien fait naître la nécessité d'un paramètre établissant la fin de l'évolution de l'état d'ITT "préexistant" et qui ne pouvait donc être que médical, mais qu'il a bien fallu introduire dans la législation, ne serait-ce que pour marquer l'entrée en jeu de l'autre évaluation, celle de l'IPT et donc du contentieux technique.

En matière d'invalidité, la loi dit qu'après la consolidation et la blessure, au cas d'accident non régi par la législation sur les AT, ou après stabilisation, est apprécié l'état d'invalidité (art. L.341-3 CSS).

En matière d'AT/MP, la loi ne dit pas expressément quand il y a appréciation de l'IPT et il faut faire appel à l'analyse conduisant à une distinction.

Si l'on s'attarde un peu sur sa lecture, on se rend compte que l'art. L.141-1 CSS mentionne, à côté de la généralité de ses dispositions, un exemple de contestation en matière d'AT/MP, celle de la date de consolidation. Comme c'est une notion que l'on retrouve dans la législation, notamment pour le versement de l'IJ pendant toute la période d'ITT qui précède la consolidation de la blessure (art. L.433-1 CSS), ou pour le paiement de la rente, prestation de l'IPT, du lendemain du jour de la consolidation (art. R.434-36 CSS), on peut considérer à travers l'évocation de l'art. L.141-1 CSS que la consolidation s'entend de la seule fin de l'évolution de l'état, c'est-à-dire à partir du moment où, à la suite de l'état transitoire que constitue la période de soins, l'état de la victime prend un caractère sinon définitif du moins durable, tel qu'un traitement

---

[1] *CE (avis) 06 avril 2007 n°29 3238, s/demande du TA de Lyon en date du 04.mai.2006 réf. RDSS 2005.1116 à 1119.*

[2] *TC 1ère espèce 14 mai 2012, B… c/MDPH Côte d'Or, n° 3851 ; 2ème espèces 14 mai 2012, M… c/MDPH Essonne, n° 3823.*

n'est plus nécessaire si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il paraît possible d'apprécier l'état d'incapacité permanente consécutive à la blessure ou à l'accident[1].

Stabilisation et consolidation n'ont donc pour seul effet que d'induire l'attribution des prestations de l'invalidité et de l'IPT et de déterminer au cas de contestation, la compétence du contentieux technique et, par-delà leur existence à ce titre, elles ne peuvent que conforter le sens générique des états liés à l'art. L.143-1 CSS, cette compétence devant alors s'entendre pour l'ensemble des prestations qui peuvent s'ensuivre, c'est-à-dire non seulement celles relatives à l'incapacité elle-même mais aussi celles propres à leurs conséquences, étant alors rappelé ici la compétence de la juridiction administrative de droit commun (et non plus de la CDH depuis la loi du 11 février 2005), pour les contestations relatives à la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et à l'orientation des adultes handicapés (art. L.241-9 al. 2 CASF).

Mais compte tenu de cet effet, stabilisation et consolidation (et la guérison d'autant) peuvent elles-mêmes être contestées et demeure donc à déterminer la procédure à suivre en la matière.

- Contester l'estimation d'un état stabilisé ou consolidé revient à considérer qu'il n'y a pas lieu à attribution des prestations de l'invalidité ou de l'IPT et que, par voie de conséquence, le cas échéant, il convient de maintenir les prestations de l'ITT.

Mais quelle est donc la procédure applicable ? Le contentieux technique pour confirmer ou infirmer cette estimation ou l'EM pour régler cette question préalablement ?

La question peut paraître délicate car s'il s'agit de contestations sur l'état du malade ou de la victime, il faut bien que le contentieux technique apprécie à une certaine date l'existence et le taux de l'état invoqué, et on serait même tenté de dire qu'il serait approprié pour fixer le point de départ de la rente ou de la pension, qui n'est autre que celui de la consolidation ou de la stabilisation. En outre, ces mesures n'ont d'autre but, comme nous l'avons déjà souligné, que d'induire l'évaluation des états en cause relativement aux prestations qu'elles supposent, n'étant pas par elles-mêmes des mesures de fin de l'ITT.

Mais on peut prétendre que ce n'est pas au contentieux technique de fixer cette date et qu'il faut bien apprécier, à une certaine date, l'existence et le taux de l'état invoqué, et ce n'est qu'accessoirement qu'il fixe cette date car, logiquement, la question de la fin des IJ ne peut être éclatée entre l'EM et le contentieux technique, selon qu'elle serait consécutive à l'aptitude à la reprise du travail ou à la consolidation ou à la stabilisation, d'autant que si celles-ci ne coïncident pas nécessairement, elles se confondent souvent, l'observation ne pouvant que valoir pour la guérison.

- Ce pouvoir conféré à l'expert n'est donc pas incompatible avec la compétence du contentieux technique, sur lequel il n'y a aucun empiètement dans la mesure où les explications fournies par l'expert sur la nature de l'état des lésions pourront être regardées comme les justificatifs et la motivation de la stabilisation ou de la consolidation, dont il appartiendra au contentieux technique de tirer les conséquences sur le plan de l'état d'invalidité ou d'IPT, sans que pour autant on puisse le considérer comme tenu par l'avis de l'expert médical, ni lui reprocher d'avoir excédé sa compétence et méconnu l'autorité de la chose jugée[2] ni donc, inversement, que le contentieux général puisse remettre en cause ce qu'il a décidé[3], ou qu'on puisse lui reprocher de ne s'être prononcé que sur le taux d'IPP alors qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la date de consolidation fixée par l'expert[4].

Par suite, nous ne pouvons qu'approuver le législateur d'avoir dévolu, depuis l'origine, les contestations sur la consolidation (ou la guérison), à laquelle on doit assimiler la stabilisation,

---

[1] *Définition donnée dans l'arrêté du 8 juin 1951(art. 93) fixant le RICP pour le service des prestations et indemnités en matière d'AT (JO du 3 juillet).*

[2] *Cass. civ. sect. soc. 12 novembre 1959 BC IV-1131.*

[3] *Cass. soc. 13 mai 1971 BC V-364.*

[4] *Cass. soc. 17 novembre 1982 BC V-626.*

à la PEM[1], et la guérison supposant qu'il n'existe plus de séquelles, l'expert est compétent pour dire s'il existe ou non des séquelles au moment où l'état de la victime, ne paraissant plus susceptible d'être modifié par l'application d'un traitement médical, doit être tenu pour définitif[2].

- S'il n'a donc jamais été contesté, hormis un écart vite réprimé de la Cour de cassation[3], que la divergence d'appréciation sur la date de consolidation constituait bien une DOM conduisant à l'EM, en revanche de nombreuses difficultés sont apparues au sein même de la contestation sur cette date.

Les juges du fond ont en effet largement utilisé l'EM sur le terrain de l'invalidité ou de l'IPT, méconnaissant ses limites, en demandant à l'expert de se prononcer sur le taux[4] ou, tout en confirmant la date de consolidation qu'il avait déjà retenue, de préciser l'IPT dont la victime était atteinte et d'en déterminer le taux[5], ou de fixer le taux d'IPP pour une invalidité préexistante à l'accident du travail, ainsi que pour celle résultant d'une aggravation imputable à cet accident[6], ou encore de déterminer si l'assuré restait atteint d'une incapacité permanente[7] ou même, pour régler la contestation sur le refus de la caisse d'attribuer une pension d'invalidité, faute de documents permettant d'apprécier l'état d'invalidité du malade, de dire si l'assuré présentait à la date du 21.07.1974, un taux d'incapacité de travail supérieur à 66 %[8] ou, enfin, de fixer à la fois la date de consolidation et le taux d'IPP[9].

En conclusion de ce chapitre, on peut dire que cette distinction entre EM et contentieux technique, ce dernier désormais conforme aux exigences du procès équitable posées par l'art. 6 § 1er conv. EDH, et dont le principe tend plutôt à être renforcé, ne soulève plus de critique majeure.

Mais il nous appartiendra cependant de confronter ce principe au dispositif existant pour les AT/MP dans le domaine de l'agriculture, largement inspiré des règles du NCPC (CPC) dans le cadre du contentieux général, excluant donc cette distinction pour l'ensemble des contestations et dont certains auteurs se réclament, pour savoir dans quelle mesure l'avenir de l'EM elle-même peut être menacé[10].

Pour l'heure, si ce cloisonnement n'a pas été sans poser des problèmes de compétence, il apparaît que les états d'incapacité visés à l'art. L.143-1 CSS ne peuvent s'entendre dans leur sens littéral au profit du contentieux général pour les contestations afférentes à des prestations concernant les conséquences de ces états, auxquelles il y a donc lieu d'ajouter celles afférentes à des prestations liées au handicap et à ses conséquences. N'échappent en définitive au contentieux technique que les contestations liées à la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et à l'orientation de l'adulte handicapé, du ressort désormais de la juridiction administrative de droit commun.

Cet ensemble illustre la distinction fondamentale entre les décisions "d'orientation générale" et celles de "prise en charge spécifique", n'étant ni les unes ni les autres relatives à l'application d'un régime de SS et confirme donc, pour leur contestation, l'exclusion de l'application du contentieux général et élimine donc les risques d'utilisation de l'EM sur des terrains qui ne sont pas les siens.

---

1 *Art. L.141-1 modifié CSS ; art. R.142-24 modifié CSS.*

2 *Cour de Paris 2 février 1962 S. 1962-p. 261 note JP BRUNET.*

3 *Cass. soc. 23 octobre 1959 BC IV-1053 ; Cass. soc. 21 novembre 1963 BC IV-818.*

4 *Cass. soc. 28 mars 1968 BC V-262.*

5 *Cass. soc. 9 janvier 1974 BC V-29.*

6 *Cass. soc. 26 octobre 1976 BC V-527.*

7 *Cass. soc. 16 juin 1977 BC V-409.*

8 *Cass. soc. 18 décembre 1985 BC V-619*

9 *Cass. soc. 2 juin 2000 CPAM Côtes d'Armor c/LE PENNEC.*

10 *Voir infra 2ème partie – chap. II "L'avenir de l'EM".*

Et il y a encore moins de raisons, lorsque l'EM est mise en œuvre dans le cadre du contentieux général, que les juges du fond, lors de la contestation sur la date de consolidation (ou de stabilisation), dont il n'a jamais été contesté qu'elle constituait bien une DOM, ajoutent aux difficultés en demandant à l'expert de se prononcer sur l'état et le taux d'incapacité, méconnaissant ainsi cette règle essentielle, qui nous préoccupe au premier chef, de la distinction entre l'appréciation de l'état du malade ou de la victime et l'appréciation d'états donnés d'incapacité dont, somme toute, la mesure apparaît nettement plus technique.

L'EM ainsi démarquée de sa procédure concurrente, nous pouvons aborder la mise en œuvre de la procédure, ou encore phase préparatoire.

CHAPITRE II

L A M I S E E N OE U V R E D E LA PROCEDURE

Cette procédure, que ses auteurs ont voulu simplifiée et rapide, avec un caractère "juridictionnel", en dehors de toute intervention du juge, sous l'égide de la caisse, n'a jamais manqué de susciter l'inquiétude de ceux qui estiment que simplification et rapidité, ce qui a donné à penser que c'était une procédure "expéditive", vont à l'encontre d'une garantie de bonne justice, le formalisme ne pouvant être trop ignoré sous prétexte de fixer rapidement les droits des assurés qui doivent être l'objet d'une protection égale à ceux des organismes de Sécurité Sociale.

On imagine aisément que face à une organisation puissante, dotée de moyens exorbitants et chargée de mettre en œuvre la procédure, la valeur de l'expertise et sa fiabilité peuvent dépendre de son organisation et des soins apportés à son établissement, ce qui a permis d'affirmer qu'elle revêtait un caractère d'ordre public, même si la compétence et l'impartialité de l'expert demeurent les éléments essentiels.

Si l'expertise reste fondamentalement organisée par les organismes de Sécurité Sociale et notamment la mission de l'expert fixée dans le cadre d'un protocole[1], on ne peut passer sous silence la première et grande intervention du juge dans la procédure quand, en présence d'une difficulté d'ordre médical (DOM) survenant en cours d'instance, il fixe lui-même la mission de l'expert[2].

Cette "dualité" n'a pas été sans soulever des difficultés avec, au centre, l'entendement incorrect de la notion de difficulté d'ordre médical (DOM), de telle sorte qu'après le déclenchement de la procédure, que ce soit à l'initiative du malade ou de la victime, ou sur demande de la caisse ou des juridictions (Section I), et la désignation de l'expert, selon le principe de base du commun accord entre le MC et le MT et, à défaut d'accord, par le DASS[3] (Section II), nous distinguerons nécessairement, pour la délicate question de la fixation de la mission de l'expert, selon que la procédure est initiée par l'une ou l'autre des parties au niveau de la caisse, ou bien ordonnée par la juridiction (Section III).

---

1 *Art. R.141-1 à 3 CSS.*

2 *Art. R.142-24 al. 2 CSS issu D. 20 mai 1965 complétant art. 20 D. 22 décembre 1958.*

3 *Le dir. gén. de l'ARS depuis le D. 2010-344 du 31 mars modifiant l'art. R.141-1 CSS.*

SECTION I – LE DECLENCHEMENT DE LA PROCEDURE

- L'idée maîtresse ayant donc été de permettre, par une procédure spécifique, de régler, en de brefs délais et en dehors de toute intervention du juge, les litiges mettant en jeu l'appréciation de l'état du malade ou de la victime, c'est donc à ces derniers, dont les droits étaient en cause, qu'a échu avant tout le droit de solliciter sa mise en œuvre en contestation d'une décision de la caisse, et même en dehors de toute décision, par la victime (art. R.141-2 al. 1 mod. CSS), le juge s'étant vu, parallèlement pourrait-on dire, imposer dès l'origine l'obligation d'y recourir quand le litige surgissait au cours d'une instance contentieuse (art. R.142-24 al. 1 CSS).

Nous ne reviendrons pas ici sur les difficultés mises en exergue concernant la tendance des caisses à orienter vers le contentieux général des litiges impliquant le recours à l'EM, ni celle des juges à régler eux-mêmes la DOM, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, pour nous attacher plus particulièrement aux spécificités du déclenchement de la procédure en matière d'accident du travail/maladie professionnelle (AT/MP), celle-ci ayant été imposée à la caisse depuis l'origine, dès l'instant qu'apparaissait, dans certains cas, une divergence entre le MC et le MT sur l'état de la victime, et donc sans qu'une décision ait été prise, dans le souci évident de ne pas laisser peser sur la victime la charge d'une contestation et aussi de ne pas laisser dépérir des éléments de preuve.

Pour avoir fait l'historique de ces cas, dans le sens où ils constituent bien une DOM[1], nous nous limiterons ici à préciser qu'en matière d'assurance maladie l'initiative de la procédure ne fut jamais donnée qu'au malade en contestation d'une décision de la caisse, jusqu'à ce que le D. 88-421 du 20 avril (art.3 codifié à l'art. R.141-2 al. 2 ancien CSS), conférât à la caisse la possibilité d'y recourir avant toute décision ce qui, manifestement, avait pour but de permettre de précipiter le règlement du litige en matière d'affection longue durée (ALD), en évitant la multiplication des procédures.

Cette initiative était en effet assortie, dans le décret, de la considération que les contestations relatives à l'état du malade s'entendaient également de celles concernant les affections longue durée (ALD) mentionnées à l'art. L.324-1 CSS (même art. 3 codifié à l'art. R.141-2 al. 2 ancien CSS).

Ces dernières donnaient lieu en effet à une expertise dite "thérapeutique", au cas de désaccord entre le MC et le MT, après l'examen spécial pratiqué conjointement par eux, en vue de déterminer le traitement dont le malade devait faire l'objet, s'étant agi ici, avant tout, des conditions d'attribution des prestations en la matière, visées dans le RICP et non pas tant d'une procédure contentieuse, de telle sorte qu'une seule et même expertise permettait désormais de régler l'ensemble des questions.

L'art. 39-LFSS 1370-2004 en date du 20.décembre a parachevé le processus d'unification des expertises, la PEM étant applicable désormais également quand la divergence ne portait que sur le seul traitement du malade, et qu'il a d'ailleurs étendue aux divergences sur le traitement de la victime en matière d'accident du travail/maladie professionnelle (AT/MP), en complétant l'art. L.141-1 CSS qui vise désormais, non seulement les contestations relatives à l'état du malade ou de la victime, mais aussi celles relatives à leur PEC thérapeutique. L'ordonnance du 18.07.2005 (art. 9) créait par suite, pour la victime, un protocole de soins similaire à celui visé à l'art. L.324-1

---

[1] *Supra Chap. I – Section I – § 2.*

Voir art. L.442-6 et R.443-17 CSS pour le désaccord sur la date de guérison ou de consolidation, art. R.433-15 CSS pour le désaccord sur la reprise d'un travail léger de nature à favoriser la guérison ou la consolidation, art. R.442-1 CSS pour le désaccord sur l'état de la victime et notamment sur le caractère professionnel de la lésion ou de la maladie.

CSS pour le malade, en cas de soins continus ou d'arrêt de travail de plus de six mois, avec recours à l'EM visée à l'art. L.141-1 CSS en cas de désaccord, et l'art. R.141-2 al.2 CSS à nouveau modifié par D. 2006-546 du 12 mai pour tenir compte de cette extension.

S'il apparaît donc que la caisse peut désormais recourir à l'EM en matière d'assurance maladie, plus particulièrement quand existe une DOM à propos de la reconnaissance d'une ALD, la suppression de la distinction des procédures ne saurait pour autant avoir pour effet de dispenser la caisse de l'obligation de recourir à l'expert, qui n'a pu que demeurer la sienne, fût-ce donc désormais l'expertise de l'art. L.141-1 CSS, dès qu'apparaît un désaccord entre le MC et le MT à propos du traitement du malade ou de la victime.

Sinon, sous le couvert d'une simplification des procédures, ce serait un recul du principe qui régit depuis l'origine la détermination du traitement en matière d'ALD, conjointement par le MC et le MT et, à défaut d'accord, par un expert saisi directement, selon l'art. L.324-1 CSS, en dehors de toute intervention du malade, à travers l'insertion de cette expertise, partie intégrante des conditions d'attribution des prestations en matière d'ALD, dans une procédure d'expertise essentiellement contentieuse. Et il pourrait alors appartenir au malade dont le traitement ferait l'objet d'une divergence, d'avoir à solliciter l'expertise pour contester ce que la caisse aurait unilatéralement refusé[1], cette dernière méconnaissant ainsi son obligation de recourir à l'expert et laissant donc la divergence pendante avec offre des voies de recours… Et le raisonnement ne peut que valoir pour la divergence sur le traitement de la victime puisque l'art. L.141-1 CSS vise aussi bien la victime que le malade.

- Ce qui nous préoccupe essentiellement ici, face au droit général de la victime de solliciter l'expertise en dehors de toute contestation est celui, "parallèle" en quelque sorte, mais dénué de tout fondement, qui a été formulé en faveur de la caisse en matière d'AT/MP (art. R.141-2 al.1 CSS), en dehors des cas susvisés où elle doit obligatoirement y recourir (§ 1er). Revenant ensuite au déclenchement de l'expertise sur l'initiative de la victime ou du malade, qui constitue le principe de base, nous en exposerons les formes et délais (§ 2). Enfin, nous envisagerons le déclenchement de l'expertise sur demande des juridictions compétentes, en présence d'une DOM survenant en cours d'instance (§ 3), le déclenchement de la nouvelle expertise par le juge ne trouvant donc sa place, pour l'heure, que dans le cadre de la portée de l'avis de l'expert, puisque subordonné à la demande d'une partie et laissé à l'appréciation du juge, l'expertise vue alors ici comme mesure palliative de l'insuffisance de qualité de cet avis (voir infra 2ème partie – Chap. II).

§ 1 – L'absence d'initiative propre de la caisse (ou expertise facultative) en matière d'AT/MP, ou l'exigence d'une divergence entre le MC et le MT

- C'est donc à la suite de la suppression du chapitre afférent à l'assurance longue maladie (ALM) dans l'ord. du 19 octobre 1945 et de la référence à son art. 33 (al. 2, 3 et 4), pour le règlement des divergences sur l'état de la victime selon le même principe que le faisait cet article pour régler la divergence entre le MC et le MT pour le traitement du malade en la matière (recours obligatoire à un expert désigné d'un commun accord ou, à défaut d'accord, par le directeur départemental de la santé (DDS) sur une liste établie par ce dernier)[2], que fut abrogé l'al. 2 de l'art. 27 loi du 30 octobre 1946, un article 27 bis énonçant le même principe pour le compte

---

[1] *Il est vrai que même si les MT peuvent parfois forcer le contenu du protocole de soins visé à l'art. L.324-1 CSS, le MC peut, pour l'heure, exclure d'office de l'ETM en les cochant, des éléments proposés par le MT, et qu'en sera-t-il pour les exclusions pures et simples ?*

[2] *Art. 12 D. 20 mai 1955, l'art. 5 reprenant le même principe, en cas d'ALD et en cas d'interruption de travail ou de soins continus supérieurs à 6 mois, et devenu art. 293 puis L.324-1 CSS.*

des AT, quand, la caisse pouvant toujours faire procéder à un examen médical de la victime par son MC, survenait un désaccord avec le MT[1].

L'art. 43 du D. du 31 décembre 1946 portant RAP pour l'application de la loi, lui-même modifié en conséquence, avait précisé que le désaccord s'entendait bien d'entre le MC et le MT, et devait porter sur l'état de la victime et notamment sur une question d'ordre médical touchant au caractère professionnel de la maladie ou de la lésion (devenu R. 442-1 CSS).

La procédure, dont certaines modalités avaient été intégrées dans le Règlement Intérieur des caisses Primaires (RICP) pour le service des prestations propres aux AT/MP, pris en application de l'art. 98 ord. du 19 octobre 1945[2], (sans qu'un texte spécifique aux contestations n'ait été pris, comme en matière d'assurances sociales (AS), avec l'arrêté du 27 mai 1946 puis celui du 30 juillet 1955, pris en application de l'art. 99 ord. du 19 octobre 1945)[3], fut donc redéployée dans le cadre d'un arrêté, cette fois prévu par l'art. 27 bis précité de la loi du 30 octobre 1946[4], et "synthétisant" les personnes ou instances pouvant recourir à la PEM, en précisant que l'expertise devait être pratiquée sur demande de la victime, sur l'initiative de la caisse, ou sur demande des juridictions compétentes.

Il ne fait pas de doute, si l'on en juge par les articles cités en référence, que les auteurs de ce texte n'avaient pu entendre, au travers de "l'initiative" de la caisse, et par distinction avec la demande de la victime ou de la juridiction, que viser les cas de recours obligatoire à l'EM en présence d'une divergence entre le MC et le MT, tels que nous les avons mentionnés, sans autre distinction, y compris donc celui concernant l'état de la victime et touchant notamment au caractère professionnel de la maladie ou de la lésion.

Mais les auteurs du D. du 07 janvier 1959 (art. 13 devenu R.141-2 al. 1 CSS), abrogeant l'art. 27 bis précité, codifié à l'art. 486 CSS, devaient reprendre purement et simplement la formulation de cet arrêté à travers "l'initiative" de la caisse, laquelle faisait donc son chemin, dans le cadre de dispositions générales, sans mention et indépendamment des cas dans lesquels la législation spécifique aux AT/MP imposait le recours à l'EM, ces auteurs ayant sans doute, malgré eux, "creusé le lit" pour une telle initiative, sans autre condition et qui, au fond, n'a jamais pu exister.

Ainsi a pu être disjointe de la subordination générale du recours à l'EM à une divergence d'ordre médical entre le MC et le MT, une initiative laissée à l'appréciation de la caisse, la circulaire 53 SS du 04.06.1959 affirmant bien cette prérogative sous forme d'expertise facultative :

"Puisqu'il appartient à la caisse d'apprécier en fonction des éléments de l'affaire, s'il est préférable de déclencher l'EM avant de prendre la décision ou, au contraire, de prendre sa décision sur l'avis de son MC en indiquant à la victime les voies de recours dont elle dispose", non sans mesurer les dangers qui en résultaient :

"Puisqu'il va de soi que si la caisse peut déclencher une expertise à tout moment de la procédure de contestation du caractère professionnel, une expertise ne saurait, à peine de nullité, avoir pour effet de remettre en cause le caractère professionnel implicitement admis"[5] [6].

---

[1] *Art. 2 et 3 D. 13 août 1955, et l'art. 20 D. 20 mai 1955 créant un nouvel art. 99 ord. 19 octobre 1945 au compte propre des AS, pour les mêmes raisons.*

[2] *Arr. du 8 juin 1951 (JO du 3 juillet).*

[3] *Et qui n'ont jamais été, pour autant, applicables aux AT/MP.*

Voir A. CHAZAL : "l'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale" – Thèse 1966 Clermont-Ferrand – p. 12 n° 24.

[4] *Arr. 24.juillet.1956 (JO du 9 août).*

[5] *Titre I – Chap. 2 – Paragr. 2 – a/ :"expertise facultative", ce qu'avait déjà formulé la circulaire 83 SS en date du 24 juillet 1956, à la suite de l'arrêté précité du même jour.*

[6] *Aucune des circulaires antérieures à celle du 24 juillet 1956, et notamment 35 SS du 29 janvier 1948, 322 SS du 19 octobre 1949 et 116 SS du 6.juin.1950, n'a en effet fait mention de*

• C'est donc à l'encontre, en quelque sorte, de la volonté de ses auteurs, et au détour d'une "redéfinition" de la procédure, qu'a pu prospérer cette idée d'un droit d'initiative propre de la caisse, et il nous a bien été donné de lire que : "pendant la phase d'instruction la caisse pouvait aussi bien faire pratiquer l'expertise au cas de divergence d'opinions médicales, qu'à l'inverse prendre l'initiative de la procédure en dehors de toute opposition médicale"[1], et d'observer que la Cour de cassation avait censuré la caisse qui avait recouru à l'EM en l'absence d'indication de la date de consolidation par le MT, alors que n'était établie aucune divergence avec le MC et que la décision devait être prise sur avis du MC, elle seule pouvant ouvrir le recours à l'EM à l'initiative de la victime[2].

§ 2 – Le principe du déclenchement de l'expertise sur demande du malade ou de la victime

• Il s'applique au cas de contestation d'une décision de la caisse, s'agissant du rôle que doit normalement jouer cette procédure spéciale comme voie de recours (art. L.141-1 modifié CSS), non pas tant, exceptionnellement et spontanément pourrait-on dire, qu'au cas de divergence d'ordre médical entre le MC et le MT sur l'état du malade ou de la victime dans l'attente de la décision.

Et son caractère "juridictionnel" implique que l'organisme de SS soit particulièrement attentif quant à la nature du litige pour offrir la voie de recours qui soit celle de l'EM et non pas celle du contentieux général quand la divergence entre le MC et le MT est avérée[3].

• Mais si la victime peut donc, comme le malade, demander l'EM en contestation d'une décision de la caisse, elle peut "toujours" requérir l'EM, même lorsque la matérialité de l'accident est contestée (art. R.141-2 al. 1 CSS issu des art. 27 puis 27 bis loi du 30 octobre 1946), et même avant toute décision de la caisse, et lorsque le MT est en complet accord avec le MC[4], ce qui ne serait donc pas le cas si la caisse avait pris sa décision sur la base de l'avis de l'expert.

Cette initiative possible de la victime en l'absence de toute divergence d'opinions médicales, et alors même que nous avons dénié à la caisse le droit d'y recourir en pareil cas, nous conduit à rappeler qu'il s'agit d'une victime, ce que n'est pas la caisse. Et il faut y voir la traduction de la sollicitude qu'a toujours exprimée à son égard le législateur, lequel manifestement a voulu, au cas d'absence d'initiative de la caisse pour l'examen de la victime par le MC et donc de recours à l'EM au cas de divergence avec le MT, que cette victime ne soit pas privée d'un moyen d'investigation pouvant s'avérer déterminant pour l'appréciation de ses droits face à un organisme de SS doté de pouvoirs exorbitants.

En outre, notre droit de la procédure civile connaît d'actions dites "préventives", ne supposant pas que la violation du droit allégué ait été consommée, l'intérêt pouvant être actuel, en commandant de ne pas laisser dépérir des éléments de conservation pouvant être indispensables à la manifestation de la vérité.

"l'initiative" de la caisse en dehors des cas de recours obligatoire à l'EM en présence d'une divergence entre le MC et le MT.

[1] *A. CHAZAL : "L'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale" – Thèse 1966 – Clermont-Ferrand – n° 146 p. 65.*

[2] *Cass. soc. 4 avril 1996 – RJS/1996 n°606 ; Cass. soc. 26 octobre 2000 BC V-350.*

[3] *Voir supra chap. 1 – Section I – Paragr. 3 – A/: "les difficultés propres à la mise en œuvre de l'EM" et circulaire CNAM 302/77 du 6 septembre 1977 sur le contentieux de la Sécurité Sociale.*

[4] *Circulaire 53 SS en date du 4 juin 1959 – Titre I – Chap. 2 – § 1er.*

Ainsi, l'expert peut être conduit à des constatations médicales pouvant influer sur le droit aux prestations, ce qui explique que les caisses soient dotées de moyens propres leur permettant, en présence d'une divergence entre le MC et le MT et dans certains cas à tout le moins, de recourir à la PEM pour activer l'indemnisation des victimes et cette particularité, pour la victime, de pouvoir "toujours" requérir l'expertise, ne nous paraît pas pouvoir constituer une "curiosité" juridique.

Reste que la demande doit revêtir certaines formes et être formulée en tout état de cause dans un certain délai.

- La forme que doit revêtir la demande traduit le souci du législateur de simplifier au maximum la saisine de la caisse, par lettre recommandée certes, mais aussi par lettre déposée au guichet contre récépissé, en indiquant l'objet de la contestation et le nom et l'adresse du MT (art. R.141-2 al. 3 CSS issu art. 3 du D. du 07 janvier 1959).

Il n'est pas nécessaire de joindre un certificat médical indiquant la nature de l'affection ou de l'accident, comme ce fut le cas en matière d'assurances sociales antérieurement au D. du 07 janvier 1959, ce dernier ayant supprimé cette exigence et unifié la procédure pour l'ensemble des risques afin d'éviter une quelconque restriction de la possibilité de requérir l'expertise. La victime et l'assuré devaient en effet pouvoir demeurer, en pareille hypothèse, seuls juges de leur état et pouvoir contester en toute liberté une décision d'ordre médical de la caisse[1] même si, cela étant, et selon la circ. 53 SS en date du 04.06.1959, "il n'est pas douteux cependant que le requérant a intérêt à préciser de façon aussi complète que possible les points d'ordre médical sur lesquels devra porter l'expertise et qu'à cet égard la production d'un certificat médical ne peut que faciliter la solution du différend"[2].

Il est important de noter que la jurisprudence admet la demande d'EM formée par le MT du patient lorsqu'il agit en complet accord avec ce dernier[3], ce qui ne nous paraît pas critiquable dans la mesure où le MT joue en principe un rôle essentiel dans le déroulement de la procédure, et que l'art. 219 Code civil autorise le conjoint à demander la mise en œuvre de l'EM pour suppléer la volonté défaillante de son époux[4].

- Quant au délai, aucun n'avait été exigé pour solliciter l'EM en contestation d'une décision de la caisse, quand le D. du 07 janvier 1959 (art. 3 devenu R.141-2 al. 2 CSS) imposa, en matière d'assurance maladie, un délai d'un mois, visiblement pour éviter que l'expert, au cas de demande tardive, ne puisse que difficilement se prononcer sur un état qu'il devait apprécier en se plaçant à une époque pouvant remonter à plusieurs mois.

En l'absence de précisions quant à la nature de ce délai, la Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour de Paris (17 janvier 1962), laquelle s'en était prévalu pour admettre l'assuré à demander l'expertise après son expiration[5], appliquant un principe qu'elle avait antérieurement dégagé selon lequel "les délais prévus pour l'accomplissement des actes saisissant des organismes de SS sont fixés à peine de forclusion ou de déchéance"[6], le juge ne pouvant en aucun cas relever de la forclusion l'assuré dont la demande est tardive[7].

---

1 *Il paraît impératif que soit rectifié l'art. R.613-54 CSS issu originellement art. 14 D. 69294 du 31 mars, dont l'art. 13 visait le rattachement des contestations à la PEM pour le régime des TNS (devenu RSI), car il exige (toujours !) que la demande de l'assuré soit accompagnée de l'avis sous pli cacheté de son MT.*

2 *Titre III – Chap. 1 – b/.*

3 *Cass. soc. 15 janvier 1976 BJ CNAMTS n°46-1976, BC V-33.*

4 *Lettre CNAM 31 mars 1976 BJ 15-76.*

5 *Cass. civ. 22 octobre 1964 – Dalloz 1965-J.42.*

6 *Cass. civ. 2ème 1er juillet 1959 – BC II-541.*
Cass. civ. 16 janvier 1968 – BJ FNOSS 12-1968.

7 *Cass. soc. 17 avril 1985 – JCP 1985-IV-229.*

Mais la jurisprudence admet malgré tout les prolongations de délais telles que visées par le code de procédure civile (CPC), et notamment au cas de force majeure ou en raison de la distance[1] et somme toute, cet "équilibre" entre la volonté de préserver d'utiles constatations et le souci de ne pas perdre de vue que le droit social contemporain ne saurait complètement ignorer qu'il puisse y avoir de déchéance ou de forclusion sans texte, nous paraît convenable.

L'absence de délai est donc demeurée la règle instaurée à l'origine en matière d'AT/MP en ce sens que la victime peut "toujours" requérir l'expertise, et même si la matérialité de l'accident est contestée, la loi du 30 octobre 1946 n'en ayant fixé aucun, ce dont il a pu être déduit, les auteurs du D. du 07 janvier 1959 n'en ayant d'ailleurs fixé aucun eux non plus, que la victime pouvait "toujours" demander l'expertise jusqu'à prescription du délai du droit aux prestations, qui ne pouvait être que celui de deux ans visé à l'art. 78 de la loi (art. L.431-2 CSS)[2].

Quand on sait que l'objectif était bien de protéger la victime d'un préjudice pouvant résulter d'un défaut de recours à l'expertise (et notamment quand la caisse s'abstenait de prendre l'avis de son MC ou de solliciter l'examen de la victime de nature à induire la divergence entre le MC et le MT et donc le recours à l'EM), on ne peut qu'être surpris de la solution donnée au "conflit" ayant surgi entre les décisions administratives survenues dans le cadre du contentieux général et l'exercice ultérieur de ce droit par la victime, et dont le résultat lui fut favorable quant à l'imputabilité de la lésion à un accident du travail, mais dut céder le pas devant la décision défavorable déjà prise par la commission de recours amiable (CRA), la forclusion encourue.

En effet, la cour d'appel devait être approuvée d'avoir considéré que la caisse n'avait pas pour autant renoncé à la décision de la commission de recours amiable (CRA) déniant l'existence d'un AT, et que si l'avis de l'expert s'imposait aux parties, il n'en était pas de même s'il s'agissait d'une question juridique relative à l'existence, à la matérialité et à la nature d'un accident, ou à l'application d'un délai de forclusion[3].

On ne saurait donc reprocher aux auteurs du D. du 07 janvier 1959 de ne pas avoir fixé de délai en matière d'AT/MP, à la différence de l'assurance maladie[4] si ce n'est, implicitement, celui de deux ans propre au droit aux prestations et approuvé par les services ministériels.

Il est regrettable, même en admettant que la question de la matérialité de l'accident ait pu être soustraite de la présomption d'imputabilité, que l'EM n'ait pu remplir son office, alors même que la matérialité de l'accident et la causalité furent donc ainsi déduites de l'examen de la victime, le plein droit de cette dernière vidé de son sens et enserré dans le délai de deux mois, propre au contentieux général, au sein duquel il n'avait pas été recouru à l'EM, ce qui méconnaissait gravement la portée de ce droit de la victime.

Et l'instauration d'un délai par le D. 2006-546 en date du 12 mai modifiant l'art. R.141-2 al.2 CSS, le délai d'un mois applicable comme en assurance maladie quand la décision prise est d'ordre médical, ne saurait donc remettre en cause ce droit, quand il n'a pas été recouru à l'EM et que la décision prise a été d'ordre purement administratif, avec ouverture du recours du contentieux général[5], ni dispenser la caisse de son obligation d'y recourir dans certains cas de divergence entre le MC et le MT, à charge pour la victime de contester alors la décision…

---

1 *Cour de Paris 2 décembre 1964-Dalloz 1965-J.162.*

2 *Circ. 53 SS en date du 4 juin 1959 – Titre I – Chap. 2 – § 1er reprenant les dispositions de la circ. 83 SS en date du 24 juillet 1956 ; Lettres des 4ème et 6ème bureaux de la DGSS n° 1456 et A 271 en date du 17 août 1959 adressées aux directeurs régionaux.*

3 *Cass. soc. 9 mai 1967 BC V-391.*

4 *Voir A. CHAZAL : "l'expertise médicale dite" technique" en matière de Sécurité Sociale" – Thèse 1966, Clermont-Ferrand – p. 91 n° 200.*

5 *Voir circ. CNAM 9/2007 en date du 20 février.*

§ 3 – Le déclenchement de l'expertise sur demande des juridictions compétentes

Nous savons, pour avoir amplement démontré les difficultés rencontrées à ce sujet[1], que les juridictions ont l'obligation, en présence d'une DOM survenant en cours d'instance et relative à l'état du malade ou de la victime, notamment à la date de consolidation ou de guérison en matière d'AT/MP, de ne statuer qu'après mise en œuvre de la PEM prévue à l'art. L.141-1 CSS (art. R.142-24 al.1 CSS issu de l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958).

Cette obligation existe depuis l'origine, même si, contrairement à l'ord. du19 octobre 1945 (art. 99), la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP ne faisait pas état de cette obligation, et même si la formulation était moins nette dans l'art. 22 loi 24 octobre 1946 sur le contentieux, en ce qui concernait les AT/MP pour lesquels n'était visée que la DOM sur la date de consolidation, ce qui avait suscité l'interrogation du Ministre du Travail quant à la mesure appropriée en dehors de ce cas, et qu'il souhaitait être l'EM[2], les auteurs du D. du 13 août 1955 devaient lever toute ambiguïté. En effet, pour tenir compte, eux aussi, de la suppression de l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945, ils créaient dans la loi du 30 octobre 1946 un art. 27 bis qui disposait que la PEM était applicable au cas de différend soumis aux commissions prévues par la loi précitée du 24.10.1946 sur le contentieux, lorsque le différend faisait apparaître une DOM.

Comme le souligne la circulaire 53 SS en date du 04.06.1959[3], l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 dont est issu l'art. 142-24 al.1 CSS n'a donc fait que préciser la règle qui figurait antérieurement dans ces articles[4], la procédure étant applicable devant la cour d'appel, comme elle l'avait été depuis l'origine devant la commission régionale d'appel.

Au fond, il ne s'est jamais agi que de permettre le règlement du litige médical au niveau de la juridiction, quand il survenait devant elle, et selon la même procédure à laquelle elle ordonnait donc aux parties de recourir, sauf à ce que la décision soit prise par elle-même et non pas par la caisse.

Ces cas auraient donc dû normalement constituer l'exception, le but ayant bien été d'éviter la sphère judiciaire, mais nombre de ces litiges médicaux, comme nous l'avons déjà souligné[5], furent trop souvent orientés par les caisses vers le contentieux général et non pas vers l'EM, souvent tus comme tels, pour surgir ensuite devant la juridiction, quand bien même il fut parfois difficile, sinon impossible, de les détecter à la source.

Ainsi que nous l'avons annoncé en début de section, nous n'aborderons pas à ce stade la délicate question de la solution à donner au cas où, la PEM ayant déjà été utilisée, surgit une difficulté dans l'application de l'EM, y compris au cas de demande de nouvelle expertise qui peut être ordonnée par le juge sur demande d'une partie (art. L.141-2 modifié CSS), car elle est intiment liée, du moins pour l'heure, à cette difficulté, ce qui confine bien à la portée de l'avis de l'expert, objet du chap. I de la 2ème partie de notre ouvrage.

Il nous paraît donc utile de préciser, d'ores et déjà, que la DOM survenant en cours d'instance contentieuse telle que visée à l'art. R.142-24 al. 1 CSS, n'a jamais pu recouvrir cette difficulté-là, comme cela a été écrit et même appliqué, non sans avoir suscité de nombreuses

---

1 *Voir supra Chap. I – Section I – § 3 B/.*

2 *Circ. 222 SS en date du 19 octobre 1949.*

3 *Titre I – chap. 3 – a).*

4 *L'art. 99 ord. 19 octobre 1945 devenu 402 CSS, l'art. 22 loi 24 octobre 1946 devenu 226 CSS et l'art. 27 bis loi 30 octobre 1946 devenue 486 CSS avant, donc, leur abrogation lors de la réforme de 1958.*

5 *Voir supra chap. 1 – Section 1 – § 3 A/.*

difficultés de procédure[1], n'ayant jamais pu s'agir que d'une difficulté proprement judiciaire quant à la mesure à appliquer face à un acte irrégulier ou insuffisant au fond (et qui ne fut donc pas réglé par les textes sur l'EM mais par la jurisprudence) et non pas de la DOM proprement dite, qui a, d'ailleurs, ses effets propres.

* Bien que l'intervention de l'employeur dans la PEM ait été amplement développée dans un ouvrage de même nature que le nôtre[2], nous n'y consacrerons pas de développement particulier car nous pensons qu'il n'a jamais été possible de considérer l'employeur comme ayant pu avoir l'initiative de la procédure, ce qui n'a pas empêché de susciter de nombreuses difficultés, non pas au niveau du déclenchement à la source auprès de la caisse, mais devant les juridictions. Ainsi en fut-il quand, la victime n'étant pas demanderesse, l'employeur sollicitait lui-même la mise en œuvre de la PEM ou quand, dans le cas contraire, et étant partie incidente ou appelée en la cause par cette victime, il prônait l'inopposabilité de l'expertise à son encontre, tandis que le DRASS prônait pour sa part le caractère d'ordre public de la PEM, avec un effet "erga omnes".

Il est donc essentiel de souligner que les cas de DOM survenant en cours d'instance contentieuse ne peuvent qu'être les mêmes que ceux naissant à la source auprès de la caisse, c'est-à-dire opposant à tout le moins cette dernière au malade ou à la victime.

On ne peut donc qu'approuver la jurisprudence d'avoir extirpé la PEM de toute action de l'employeur, sauf que, pour le cas où la victime et l'employeur sont "associés" à l'instance, et comme dans le droit fil de l'instruction de la déclaration par la caisse, nous pensons que le fond du droit aurait pu conduire à une PEM commune, ce que la Cour de cassation avait admis un temps.

Le lecteur voudra bien se reporter au développement que nous avons consacré, parmi les autres difficultés, à celles nées de l'intervention de l'employeur[3]

La demande formulée ou la DOM avérée, se pose immédiatement la question du choix de l'expert[4].

SECTION II – LE CHOIX DE L'EXPERT

• On peut affirmer que la désignation de l'expert d'un commun accord entre le MC de la caisse et le MT du malade ou de la victime, et à défaut d'accord par le directeur départemental des affaires sanitaires et sociales (DDASS) (le directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS) depuis le D. 2010-344 du 31 mars), constitue le principe de base, eu égard à sa durée et aux choix qu'il a impliqués. On le retrouve en effet aujourd'hui à l'art. R.141-1 modifié CSS, tel qu'il avait été énoncé à l'origine à l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945 sur les assurances sociales qui avait créé une expertise dite "thérapeutique" pour le règlement de la divergence entre le MC et le MT, sur le traitement du malade en matière d'assurance longue maladie (ALM) et auquel renvoyaient l'art.

---

1 *Voir infra Section III – § 2 – B/ – b) – 1).*

2 *A. CHAZAL "l'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale" Thèse 1996 – Clermont-Ferrand – n° 173 à 179.*

3 *Voir supra chap. I – Section I – § 4 D/.*

4 *Sur la nature de décision sur le fond du recours à la PEM avec appel ou pourvoi immédiat possible, ces derniers en principe exclus en matière d'expertise judiciaire de droit commun, voir infra 2ème partie chap. II – Section I - § 1er.*

99 de l'ord. puis les art. 27 et 45 notamment de la loi du 30 octobre 1946, pour le compte des AT/MP, pour le règlement des contestations sur l'état du malade ou de la victime.

Ce principe devait toutefois subir un aménagement important quand l'EM avait lieu dans les régimes spéciaux de Sécurité Sociale[1], auquel cas, si le MT était un médecin soit attaché à l'entreprise ou à l'établissement employeur, soit à l'organisation spéciale de Sécurité Sociale, l'expert était alors désigné directement par le directeur départemental de la santé (DDS), de telle sorte qu'on restait dans le droit commun si le MT appelé par le bénéficiaire du régime spécial n'était pas un médecin se trouvant dans l'une de ces situations (avec désignation de l'expert par le même DDS au cas de désaccord entre le MC et le MT), et ces dispositions ont toujours cours de nos jours[2].

Mais le MC et le MT d'une part, le directeur des services extérieurs du ministère de la santé d'autre part (le DDASS, qui avait remplacé le DDS, lequel avait remplacé le DRS), n'étaient plus les acteurs exclusifs de ce choix, qu'ils opéraient en toutes circonstances, quel que fut l'initiateur de la procédure, malade ou victime, caisse ou juridiction, depuis que la loi 90-86 du 23 janvier (art. 3 modifiant l'art. L.141-2 CSS) avait conféré au tribunal compétent la possibilité d'ordonner une nouvelle expertise sur demande d'une partie, auquel cas, en vertu des dispositions du D. 92-460 du 19 mai pris à la suite (art. 3 codifié art. R.142-24-1 CSS), le tribunal désigne lui-même l'expert (et fixe la mission).

Ces dispositions, nouvelles, puisque, antérieurement, il ne pouvait y avoir de nouvelle expertise, sauf cas d'annulation d'une expertise précédente et retour à la procédure initiale, traduisaient donc l'introduction franche et massive des prérogatives habituelles du juge dans la PEM lorsque l'expertise n'avait pas permis la solution du litige.

• A cette question de l'initiative du choix s'ajoute celle, corrélative, de l'étendue du choix, c'est-à-dire de l'étendue de la liberté de ce choix.

Outre le principe de l'expert unique, le même art. 33 ord. du 19 octobre 1945 auquel il était donc fait référence, instaurait le "libre choix" du MC et du MT parmi l'ensemble des médecins, donnée presque aussi constante, sans que pour autant on puisse parler de principe, le "libre choix" reposant avant tout, et en l'absence de statut de l'expert, sur des considérations sociales et pratiques, n'importe quel médecin ayant vocation à être improvisé expert[3].

L'art. 33 de l'ord. du 19 octobre 1945 prévoyait également, à défaut d'accord entre le MC et le MT, le choix du directeur régional de la santé (DRS) sur une liste établie par lui-même, après avis du ou des syndicats de professionnels intéressés et du conseil d'administration de la caisse régionale de Sécurité Sociale. Et on peut affirmer qu'il s'agissait là d'un principe, eu égard aux attributions de ce haut fonctionnaire, et dont la combinaison avec le commun accord du MC et du MT faisait bien ressortir que, si les auteurs de l'ord. du 19 octobre 1945 avaient bien entendu établir une liste d'experts en la matière, ils n'avaient pas pour autant souhaité que le DRS, autorité administrative, ait l'apanage de l'étendue du choix limité à une liste dans le cadre d'une procédure contentieuse (ce que nombre d'auteurs et de juridictions crurent cependant…). Et ils firent donc preuve d'un pragmatisme remarquable en ne renfermant pas le choix du MC et du MT dans ladite liste.

Mais, depuis le D. précité du 18 mars 1986, le directeur départemental des affaires sanitaires et sociales (DDASS) ne pouvait plus choisir que sur la liste nouvelle d'experts judiciaires spécialisés en matière de Sécurité Sociale et dressée dans les conditions du droit commun pour l'établissement des listes d'experts judiciaires, et dont on peut dire qu'il s'agit

---

1 *Visés à l'art. 62 D.8 juin 1946 et aujourd'hui à l'art. R.711-1 modifié CSS.*

2 *Successivement art. 2 § 1er D.47-38 du 10 janvier, art. 2 et 3 D.56-1203 du 26 novembre, et actuellement art. 1 et 2 Arrêté du 17 décembre 1959.*

3 *Voir § 1er – B/ - L'étendue du choix pour les incompatibilités et tempéraments.*

également d'un principe, puisque la juridiction compétente doit se référer à ladite liste au cas de demande de la nouvelle expertise instaurée par la loi précitée du 23.01.1990 (art. L.141-2 modifié CSS), et que le pas avait été franchi avec ce D. du 18 mars 1986 pour l'exclusivité de cette liste imposée dans tous les cas[1], et donc au MC et au MT, ce qui autorisait à concevoir que les experts soient des spécialistes en la matière, en l'occurrence celle de Sécurité Sociale, laquelle confine énormément à l'exercice de leur art.

Aussi, nous ne pourrons que nous interroger sur la rétractation intervenue deux ans plus tard (art. 1er du D. du 20 avril 1988 modifiant l'art. R.141-1 al.1 CSS), le recours à cette liste ne s'imposant plus au MC et au MT, pour tenter de savoir si elle présente un caractère durable ou si elle n'est que partie remise.

A la suite de ces considérations, notre plan pourrait paraître tout indiqué à travers l'initiative et l'étendue du choix, pour une approche la plus complète de la question, mais celle-ci ne nous plaît guère, car elle revient à masquer cette réalité qu'en fait les deux médecins sont plutôt hégémoniques dans le choix, et ne sauraient donc avoir été mis en "parallèle" avec le DDASS, qui n'intervenait que de façon très subsidiaire, ni avec les prérogatives des juridictions, dont le choix est subordonné à une demande de nouvelle expertise par une partie.

L'abord de la question nous paraît donc beaucoup plus réaliste de façon "verticale" en partant de la clé de voûte que constitue le choix de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT (§ 1er), pour envisager ensuite le choix de l'expert par le directeur général de l'Agence Régionale de santé (ARS) à défaut d'accord, ou directement, le cas échéant, dans les régimes spéciaux (§ 2), enfin la désignation par le magistrat au cas de demande de nouvelle expertise, ce qui confine bien, pour l'heure, à la portée de l'avis de l'expert (§ 3).

§ 1 – La désignation de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT

L'initiative du choix incombant donc au MC et au MT, il conviendra de se demander pourquoi et ce que recouvrent les expressions de "médecin conseil" et de "médecin traitant", puis se pose ensuite la question de l'étendue et des modalités de leur choix.

A/ L'initiative du choix

• Les auteurs de l'ord. du 19 octobre 1945 (art. 99 renvoyant à l'art. 33) ont donc pensé que, pour la recherche d'une solution rapide et efficace et éviter tout excès de formalisme en présence d'une contestation d'ordre médical (COM) après une décision de la caisse, le mieux était de confier cette initiative aux auteurs mêmes de la divergence mettant en jeu l'appréciation de l'état du malade, c'est-à-dire le MC et le MT qui étaient censés représenter et caisse et le malade pour ce choix.

Cette circonscription du litige entre ses auteurs, qui établissaient eux-mêmes leur propre loi, en ce sens que l'avis de l'expert qu'ils allaient choisir revêtirait un caractère décisif, traduisait la volonté de faire échapper ce litige à la compétence générale du juge lequel, en principe, instruit et règle les litiges en choisissant lui-même l'expert si les besoins de l'instruction le nécessitent et sans être tenu par l'avis de cet expert.

---

[1] *Art. 1er complétant l'art. R.141-1 al.1er ancien CSS.*

C'était donc un choix fondamental, mais pas tellement surprenant[1], puisque le litige était essentiellement médical et que dès l'instant qu'était écartée toute participation du juge à la procédure, il apparaissait tout à fait naturel que ce fut le MC, parfaitement qualifié et habilité à participer à la mise en œuvre de cette procédure, qui représente la caisse, et le MT lequel, dans la quasi-totalité des cas, est à l'origine de la divergence avec le MC, qui représente le malade. Et les auteurs de la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP devaient donc purement et simplement s'aligner (art. 27 et 45 notamment renvoyant à l'art. 33 ord), le D. du 07 janvier 1959 unifiant les procédures porteuses de ce principe jusqu'à nos jours (art. R.141-1 CSS).

Mais le plus remarquable fut l'obligation faite au juge, quand le différend faisait apparaître une DOM, (et qui persiste toujours aujourd'hui)[2], de recourir à la PEM, laquelle avait été conçue comme transposable au plan judiciaire sans aucune participation de sa part, si ce n'est qu'il devait rendre la décision de telle sorte qu'on ne lui laissait ni le choix de l'expert, ni la fixation de la mission[3], ni l'appréciation de l'avis, comme c'est le cas en matière d'expertise judiciaire, et auquel il devait donc se conformer.

• Ainsi s'ancra la désignation de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT, les propositions faites concernant le choix de l'expert (dans tous les cas) par la juridiction, dans l'important rapport de 1983[4], n'ayant donc pas été retenues.

La direction générale de la sécurité sociale (DGSS) avait d'ailleurs en son temps estimé que l'obligation des juridictions de SS de recourir à l'EM au cas de DOM n'existait que pour autant que le litige n'avait pas déjà fait l'objet de la PEM[5], ce qui est totalement exclu aujourd'hui, quelle que soit la cause de la nouvelle procédure, mais on doit rappeler que l'avis de l'expert ne s'impose plus au juge, lequel peut, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise pour laquelle il désigne l'expert (et en fixe la mission), les autres règles sur la PEM étant applicables, et notamment la convocation du MC et du MT et l'examen obligatoire du malade ou de la victime[6]. Et en dehors de ce dernier cas, les deux médecins sont donc restés souverains quant au choix de l'expert, au niveau des litiges initiaux pourrait-on dire, c'est-à-dire tant pour les COM à l'initiative de l'assuré ou de la victime (ou même de la caisse) que pour les DOM survenant en cours d'instance contentieuse et générant donc une première expertise, car si le juge a "récupéré", si l'on peut dire, la fixation de la mission, la Cour de cassation a rappelé qu'il ne lui appartenait pas de désigner l'expert[7].

• Le régime hybride de ce qui pourrait apparaître comme l'expression d'un véritable "jeu de pouvoirs", quand la procédure est initiée par le juge, n'est pas satisfaisant. Du point de vue de l'orthodoxie juridique, rien ne paraît justifier que les parties reprennent l'initiative dans la procédure, pour le choix de l'expert, avec les dangers qui en résultent pour les termes de sa mission arrêtée par le juge et exposée à des risques d'influence auprès de l'expert choisi, voire des

---

1 *Dans le système antérieur issu des lois de 1928, de 1930 et du décret-loi de 1935 sur les AS, l'appréciation de l'état du malade était confiée à une commission technique composée de trois médecins, le MC de la caisse, le MT du malade et un médecin désigné par le juge de paix puis par le président du tribunal et dont l'avis n'était pas susceptible de recours (Cass. soc. 17 octobre 1947).*

2 *Voir supra Section I – § 3.*

3 *Jusqu'au D. 20 mai 1965 au cas de DOM survenant en cours d'instance (art. R.142-24 al.2 CSS).*

4 *Rapport de 1983 au Ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité Nationale et au Ministre de la justice : "le contentieux de la Sécurité sociale : bilan et perspectives", par H. GAILLAC, Conseiller à la Cour de cassation, avec le concours de M. YAHIEL, membre de l'IGAS – Annexe 7 p.124, proposition de M. LEBLANC, Conseiller à la Cour de Paris.*

5 *Lettre 28 octobre 1955 de la DGSS à FNOSS-BJ FNOSS 47-1957.*

6 *Voir art. 3 D. 19 mai 1992 codifié art. R. 142-24-1 CSS.*

7 *Cass. soc. 13 février 1997 BC V-67 ; Cass. soc. 14 octobre 1999 BC V-384 ; Cass. civ 2ème 21 juin 2005 – RJS/2005/1047.*

modifications de ces termes, comme nous le verrons dans la section suivante consacrée à la mission de l'expert[1].

En outre, ce régime peut aboutir à imposer au juge des experts ne figurant pas sur la liste des experts judiciaires spécialisés en matière de SS puisque la référence exclusive à cette liste a donc été abandonnée suite au D. du 20 avril 1988, le MC et le MT ayant retrouvé leur entière liberté de choix sous réserve (art. 2 codifié art. R.141-1 al. 2 nouveau CSS) que le médecin choisi soit spécialiste ou compétent pour l'affection considérée, quand celle-ci relève d'une discipline mentionnée au règlement de qualification.

Antérieurement à l'instauration de cette nouvelle liste, une observation pertinente avait déjà été formulée en ce sens à propos du choix de l'expert qui n'appartenait pas à la commission de première instance :

"Cela est déjà regrettable car la commission peut estimer qu'il y a lieu de recourir à un expert figurant sur la liste d'experts judiciaires et par conséquent particulièrement qualifiés, alors qu'on sait que n'importe quel médecin peut être choisi dans la procédure du D. du 07 janvier 1959, et pas nécessairement un spécialiste de l'affection en cause (Cass. soc. 04 mai 1962 BC IV-399 – Cass. civ. 2ème 20 novembre 1963 BC II-751)"[2].

Dans le premier de ces arrêts, la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond, lesquels avaient relevé que les conclusions de l'expert étaient claires, nettes et précises…, et que l'art. 486 CSS ne faisait aucune allusion à une spécialisation prescrite à peine de nullité ou d'irrégularité de l'avis. Et dans le deuxième, elle avait censuré ces mêmes juges du fond, lesquels avaient estimé, pour annuler l'expertise technique, que l'expert n'était pas un spécialiste des voies digestives dont souffrait le malade, en considérant que le texte n'imposait pas, pour que l'avis soit régulier, la désignation d'un médecin spécialiste. Et le paradoxe fut l'étonnement exprimé devant cette inadéquation, eu égard à la qualité de l'auteur qui considérait "que force est de constater que le médecin expert choisi n'est pas toujours spécialiste de l'affection présentée par l'assuré…"[3]. Au demeurant, la modification précitée apportée en conséquence par le D. du 20 avril 1988 quant à l'exigence d'un médecin spécialiste compétent dans certains cas, ne devait pas fondamentalement remettre en cause cette jurisprudence quand les résultats de l'expertise sont, de l'avis des juges du fond, suffisants pour éclairer le litige et en permettre la solution[4].

Il apparaît donc plus que jamais nécessaire que le magistrat désigne lui-même l'expert, de la même façon qu'il en fixe la mission au cas de DOM survenant en cours d'instance, et on peut d'autant plus sérieusement le penser qu'il est doté de ces attributions au cas de demande de nouvelle expertise.

De leur côté le MC et le MT, demeurant maîtres de leurs prérogatives pour les contestations à la base (et le protocole toujours établi sous l'égide de la caisse, même au cas de DOM survenue en cours d'instance), doivent garder à l'esprit ces nouvelles dispositions en n'oubliant pas que si elles sont, aux yeux de la jurisprudence, d'application hypothétique, elles n'en continuent pas moins de constituer légalement une condition essentielle de la validité de l'expertise.

---

1 *Section III - § 2 – B – a – 1°).*

2 *Obs. JP BRUNET sous arrêt Cass. soc. 13 mai 1976 – JCP 1978-II-18884.*

3 *Rapport préc. de 1983 au Ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité et au Ministre de la Justice p. 123.*

4 *Cass. soc. 9 mai 1996 RJS 1996 n° 850.*

Mais l'arrêt eut été cassable du fait que le tribunal avait désigné lui-même l'expert, en violation des dispositions de l'art. R.142-24 al. 2 CSS.

• C'est donc dans ce contexte de quasi-exclusivité du choix de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT, dont l'intervention se justifie tant sur le plan de la nature de la contestation que juridique[1], sauf à nos yeux lorsque c'est le juge lui-même qui recourt à l'EM au cas de DOM survenant en cours d'instance, que nous nous interrogerons sur les expressions de "médecin-conseil" et de "médecin traitant" au sens de la PEM et qui peuvent, même si la qualité de ces auteurs est le plus souvent indiscutable, donner lieu à des difficultés d'application.

1°) Le médecin traitant

On est tenté d'affirmer que ne peut être MT , au sens de la procédure de désignation de l'expert, que celui qui, à la suite de sa prescription ou de son appréciation de l'état du malade ou de la victime, est à l'origine du litige, et donc le mieux à même de les représenter dans sa contribution à la meilleure adéquation possible du choix de l'expert à la nature de l'affection en cause.

Ainsi peuvent revêtir cette qualité le médecin prescripteur d'un arrêt ou d'une prolongation d'arrêt de travail, ou bien celui qui impute des lésions à un AT, ou encore celui qui a estimé que le transport du malade nécessitait le recours à un VSL, et même celui qui fait hospitaliser son patient dans un service donné, quand leurs estimations font l'objet d'un avis contraire ou différent du MC.

Dans ce cas, le litige étant bien circonscrit, il paraît donc essentiel, du moins dans l'esprit sinon dans la lettre du texte, que le MC s'adresse, pour le choix de l'expert, au médecin dont il ne partage pas l'avis, d'autant que l'avis du MT doit figurer dans la procédure et que c'est donc ce médecin qui est le mieux à même d'éclairer le litige, puisqu'il en est à l'origine.

Mais la question n'est pas aussi simple et se complique quand on sait que le malade ou la victime doit, depuis le D. du 07 janvier 1959 (art. 3 codifié art. R.141-2 al. 3 CSS), indiquer le nom et l'adresse de son "médecin traitant" lorsqu'il sollicite l'EM (la mesure existait auparavant depuis l'arrêté du 24.07.1956 propre aux AT/MP) et il ne fait pas de doute que, dans son esprit, ce médecin est celui auquel il fait appel de façon plus ou moins régulière et en lequel il a placé sa confiance pour bénéficier de soins attentifs et éclairés. Et il s'agit là le plus souvent d'un médecin généraliste ou "de famille" qui ne manque pas, si le besoin s'en fait sentir, de lui prescrire toute mesure d'investigation ou de l'adresser à un médecin spécialiste, et qu'il désigne donc spontanément, de façon "affective" pourrait-on dire, pour l'assister dans la procédure.

Et ce n'est donc pas la désignation possible d'un MT dans le cadre d'un parcours de soins coordonné (art.3 loi 2004-810 du 13 août codifié art. L.162-5-3 CSS) qui change quoi que ce soit à la question de la pluralité de MT potentiels ou du changement allégué de MT.

a) La pluralité de médecins potentiels

• Le médecin désigné n'est par forcément celui à l'origine des soins ou de l'estimation litigieux et il n'est par suite pas évident que le MC se mette en rapport avec ce dernier, au risque de ne pas respecter la volonté du malade ou de la victime, ce que n'ont sans doute pas voulu les auteurs de la PEM, au contraire même, pour éviter des choix pouvant aller à l'encontre des intérêts du malade.

En outre, l'évolution de la médecine moderne contribue à accroître les difficultés pour désigner le MT, le patient étant conduit de nos jours, en raison de la spécialisation à outrance et du développement considérable des techniques médicales, à recevoir des soins de plusieurs spécialistes lesquels, Contribue d'ailleurs à cet accroissement des difficultés la dispersion des individus et du groupe familial résultant des nécessités économiques, ce qui entraîne

---

[1] *Ce qui explique peut-être que la proposition de réforme dans le rapport de 1983 préc. quant au choix de l'expert par le magistrat, n'ait pas été retenue.*

l'"étiolement" de la notion de "médecin de famille", qui n'a pas disparu pour autant, de telle sorte qu'il y a lieu, à notre avis, de conférer à l'indication de ce MT une valeur toute relative, pour éviter les risques d'aller à l'encontre des intérêts de la procédure, voire des intérêts du patient, si devait être systématiquement retenu le MT indiqué lequel, au demeurant, pourrait parfaitement se récuser.

Enfin, il existe des cas de déclenchement automatique de l'EM, en dehors de toute demande du malade ou de la victime, toujours laissé à l'appréciation de la caisse en matière d'assurance maladie (mais plus particulièrement pour les ALD) et obligatoire en matière d'AT/MP, dès qu'apparaît une divergence entre le MC et le MT sur l'état du malade ou de la victime[1], pour lesquels il n'a pas été prévu pour autant qu'ils fassent connaître leur MT, de telle sorte qu'il apparaît que l'indication donnée ne saurait s'apparenter à une désignation, cette dernière ne pouvant, par suite, constituer la référence décisive pour la détermination de la qualité de MT.

Cette qualité ne peut donc obéir qu'aux exigences de la procédure dans l'intérêt des droits du malade ou de la victime, ce qui exclut toute notion de libre choix, comme l'a pourtant affirmé la Cour de cassation[2], et aussi toute latitude pour le MC de choisir le MT qu'il veut, et on comprendra par suite que la jurisprudence ait fait en sorte que le MT, agissant es qualité, ne soit pas tenu pour exercer son choix de justifier d'un pouvoir de son client[3], ou encore que son choix soit subordonné à une approbation de son client[4], étant alors fondé à ne pas tenir compte d'une désapprobation éventuelle, et que ce MT ne soit pas forcément celui contacté par le MC ou indiqué par le malade ou la victime.

L'espace juridique ainsi défini, il apparaît donc que la détermination de la qualité de MT n'est ni l'affaire du malade ou de la victime, ni une question pure de médecin, sans donc qu'ait été édictée une règle permettant de traiter la question qui ne peut être résolue qu'en fonction de considérations de fait.

• Bien que la jurisprudence soit peu importante en la matière, il existe quelques décisions intéressantes qui ne sont pas forcément récentes, mais dont certaines peuvent être considérées comme véritablement jurisprudentielles.

Ainsi, une cour d'appel[5] n'a pas retenu l'argument de la victime d'un AT qui considérait, pour la désignation de l'expert, que son MT devait être celui qui l'avait examiné initialement, en estimant que pouvait avoir la qualité de MT celui qui l'avait traitée dans son centre de traumatologie où il avait été adressé et qui avait dû procéder à une amputation de la jambe.

C'est une thèse extrêmement pertinente sur le plan des exigences de la procédure, car elle faisait intervenir le médecin qui avait eu la connaissance la plus complète de l'état de la victime et dont le rôle avait été essentiel dans son traitement, alors que le médecin qui l'avait examiné initialement après l'accident n'avait fait qu'établir un diagnostic et une prescription sommaires et que l'état de cette victime empirant, il avait dû se résigner à la faire transporter dans un centre de traumatologie.

Il semble donc que ce soit l'élément essentiel lorsque se pose, comme c'était le cas en l'espèce, une question d'imputabilité quant à savoir si la blessure est en rapport avec l'AT, ce qui nous conduit à penser que les considérations médicales doivent l'emporter sur les considérations affectives ou sentimentales, qui avaient pu conduire la victime à exiger que ce fut son médecin "habituel" qui soit pressenti par le MC car, comme le note fort justement l'arrêt de la cour :

---

1 *Voir supra Section I – Le déclenchement de la procédure.*

2 *Cass. soc. 17 décembre 1964 BC IV-867.*

3 *Cass. soc. 20 novembre 1963 – Dalloz 1964-J 103.*

4 *Com. Rég. d'appel de Paris 29 mai 1956 – Dalloz 1956 sommaire 157 P.c/CPSS du Loiret.*

5 *Cour de Colmar 12 juillet 1960 (N. c/CPSS et CRSS de Strasbourg) BJ FNOSS n°15-1961.*

"… ne doit pas nécessairement être considéré comme MT celui qui le premier, a constaté l'accident ou la maladie et a soigné la victime dans les heures qui sont suivi leur déclenchement, mais bien celui qui, dans le traitement du traumatisme ou de la maladie, s'est formé de ceux-ci la plus exacte image clinique et qui est donc le plus à même de renseigner l'expert sur la nature et l'évolution de l'état de l'assuré".

Cette thèse paraît particulièrement applicable de façon plus générale aux cas dans lesquels, et sans que la thérapeutique elle-même ne soit donc nécessairement en cause, l'appréciation vise à sanctionner l'évolution ou la situation de l'état du malade ou de la victime au travers des paramètres médicaux générateurs ou extincteurs de droits. On peut citer la stabilisation, la consolidation, la guérison, ou l'imputabilité d'une lésion à un AT, comme c'était le cas dans l'arrêt précité, de telle sorte que, dépassant le clivage de base entre MC et/ou MT, on peut recourir, dans l'intérêt de la procédure, à un médecin ayant dispensé les soins les plus importants, notamment un spécialiste, et ayant eu l'approche la plus complète de l'état du malade ou de la victime et qui sera le plus souvent, et fort heureusement d'ailleurs, le même, mais pas nécessairement que celui indiqué ou allégué.

Demeurent donc les cas les plus nombreux dans lesquels la thérapeutique elle-même est en cause, tels un diagnostic ou un traitement et des soins, et pour lesquels la mise en jeu de la contribution aux soins n'a guère de sens, car comment ne pas circonscrire le litige au médecin qui en est à l'origine pour éclairer l'expert, au regard de ce qu'il a prescrit pour l'affection en cause.

Par suite, nous ne pouvons que désapprouver la croyance qui s'est répandue que le malade ou la victime avait, quant à la désignation de l'expert, le libre choix du MT qui aurait été par définition celui indiqué par eux, ce dont il ne peut résulter que des dysfonctionnements en ce sens que peuvent être engagés dans la procédure des médecins qui ne sont pas en mesure d'intervenir en pleine connaissance de cause dans la technicité du litige, ce qui, d'une certaine façon, contrevient aux exigences de la procédure.

Que serait-il advenu du choix judicieux du MC confirmé dans l'arrêt précité de la cour d'appel, dans l'hypothèse d'une désignation du MT par la victime qui aurait argué que son libre choix n'avait pas été respecté ?

On peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas eu le souci de ces exigences dans deux espèces où était contesté le MT choisi par le MC pour la désignation de l'expert, au motif qu'il n'était pas le MT, en ne recherchant pas, chez ce dernier, la qualité correspondante abandonnée à la constatation souveraine des juges du fond, au travers de la seule désignation de ce médecin par la victime[1] et par le malade[2].

Dans deux autres cas où était également contesté le choix fait par le MC, sans qu'aucune désignation n'ait été faite par la victime et le malade, la Cour de cassation, dans le premier d'entre eux afférent à une date de consolidation en matière d'AT, abandonnait l'attribution de la qualité de médecin traitant aux juges du fond, lesquels, pour confirmer le choix, avaient estimé que dans un service hospitalier c'était le médecin qui avait délivré de plus nombreux certificats que le médecin professeur chef du service revendiqué par la victime, qui avait été entre-temps reçue par lui[3]. Mais dans le second cas, mettant en jeu l'applicabilité de la législation AT, la Cour estimait que les juges du fond avaient donné une base légale à leur décision en estimant, pour écarter le MT choisi et faire droit à la malade, que pouvait être MT celui qui avait délivré une ordonnance quelques jours auparavant[4].

---

1 *Cass. soc. 6 octobre 1955 BC IV-691.*

2 *Cass. soc. 5 juin 1969 BC V-390.*

3 *Cass. soc. 7 novembre 1959 BC IV-1101.*

4 *Cass. soc. 20 décembre 1961 BC IV-1081.*

Cet abandon à l'appréciation des juges du fond de la qualité de MT au nombre de certificats ou au dernier certificat, sans qu'on sache quel avait été le rôle exact des médecins écartés et si, par leurs estimations ou leurs prescriptions, et qui plus est, en tant que spécialistes, ils n'avaient pas contribué aux soins de façon significative ou étaient à l'origine du litige, ne saurait satisfaire aux exigences de la procédure.

Cette question de la spécialité est d'autant plus importante que l'expert, depuis le D. du 20 avril 1988 (art. R.141-1 al. 2 nouveau CSS), doit être un spécialiste de l'affection en cause si celle-ci peut être considérée comme relevant d'une spécialité médicale et que la Cour de cassation abandonne également cette question, rappelons-le, à l'appréciation des juges du fond en estimant "que la méconnaissance de cette règle échappe en définitive à sa censure lorsque les résultats de l'expertise sont, de l'avis des juges du fond, suffisants pur éclairer le litige et en permettre la solution"[1]. Par suite, nous estimons qu'il y a lieu, dans l'intérêt de la procédure, d'introduire un élément de spécialité à travers le choix de l'expert, quand c'est un spécialiste qui est à l'origine du litige.

En définitive, et de façon plus générale, quand est en jeu le bien-fondé d'un diagnostic ou d'une prescription, seul l'auteur de ces derniers peut être choisi comme MT, le litige ne mettant en jeu l'appréciation de l'état du malade qu'au regard de l'affection ou du traitement et des soins litigieux.

Il nous paraît heureux que la Cour de cassation, grâce pourrait-on dire, à l'absence de désignation de MT par la victime, ait pu accéder à cette considération, approuvant les juges du fond qui avaient estimé "que le service médical de la caisse, tenu de se mettre en rapport avec le MT dans les trois jours suivant la réception de la demande d'expertise, ne pouvait s'adresser en l'espèce qu'au médecin qui, après examen de l'intéressé, avait établi et adressé à la caisse les derniers certificats d'arrêt de travail, le litige étant limité au bien-fondé de ceux-ci", même s'il s'agissait en l'occurrence du médecin du travail de l'entreprise, ce qui était d'ailleurs contesté par la victime[2].

Certaines juridictions paraissent en effet avoir le souci de conférer à la qualité de MT une réelle consistance en énonçant "que le MT était celui qui avait donné les soins et administré les traitements nécessités par l'affection ou la maladie et dont les conséquences faisaient l'objet du litige"[3], ou "que le MT n'était donc pas nécessairement celui choisi par le MC ou désigné par le malade ou la victime mais, de façon plus générale, celui qui a signé la prescription objet de la contestation ou qui a dispensé les soins"[4], l'appréciation de la Cour de cassation selon laquelle le malade ou la victime avait le libre choix du MT apparaissant très critiquable, quand le MT ne peut justement être le médecin de la compagnie d'assurance de protection juridique[5]-[6].

Mais la question n'est pas pour autant réglée quand est allégué un changement de MT.

b) Le changement de médecin traitant

La Cour de cassation a eu à connaître de deux cas dans lesquels le MT choisi initialement pour l'estimation ou la prescription litigieuse n'était plus manifestement, au moment de l'organisation de l'expertise, MT du malade ou de la victime.

---

1 *Obs. sous arrêt Cass. soc.9 mai 1996 RJS 1996 n°850.*

2 *Cass. soc. 20 juin 1974 BC V-380.*

3 *Cour de Nancy 27 novembre 1963 CPSS Longwy c/BEN MOUSSA BJ FNOSS n°34-1965.*

4 *Cour de Paris 26 février 1998 (18ème Cham. B CPAM Val de Marne c/BADAOUI et autres).*

5 *Cass. soc. 17 décembre 1964 BC IV-867.*

6 *Cass. civ. 2ème 8 janvier 2009 NP 08-11425 préc.*

Les deux organismes de Sécurité Sociale en cause avaient recouru au médecin choisi initialement en vue de la désignation du médecin expert, ce qui n'était pas dénué de tout fondement au regard de l'essence du litige, dans lequel est avant tout à son origine le médecin prescripteur de la mesure litigieuse, mais que contestait donc le malade ou la victime.

Dans le premier cas, la question était plus délicate qu'il n'y paraissait, puisque il avait trait à la consolidation d'une blessure en matière d'AT fixée en application d'une première expertise, les juges du fond, d'abord saisis par la victime d'une contestation sur les conclusions elles-mêmes dont ils reconnurent le bien-fondé, puis par la caisse d'une difficulté sur la qualité de MT dans le cadre de la nouvelle expertise, la caisse persistant à faire désigner le médecin choisi initialement, admirent qu'il y avait bien lieu de tenir compte du changement de MT indiqué par la victime.

Le second cas concernait la PEC d'une cure thermale, les juges du fond, saisis par la malade d'une difficulté identique, mais après cette fois que l'expertise ait été réalisée, refusèrent au contraire de prendre en compte le changement de MT signalé par la victime en temps utile, et décidèrent que c'était à bon droit que la caisse avait sollicité le MT choisi initialement et prescripteur de la cure.

La Cour de cassation a mis fin aux points de vue convergents des caisses et à ces divergences de vue des cours d'appel, en décidant dans les deux cas qu'il y avait bien lieu de prendre en compte le changement de MT, ce dernier ne pouvant être que celui qui traitait la victime ou le malade lors de la mise en œuvre de l'expertise.

Dans son arrêt du 17.12.1964[1], la Cour, pour parvenir à cette conclusion, devait considérer de façon surprenante "que la caisse ayant prescrit la désignation d'un expert technique "en conformité des dispositions du D. du 07 janvier 1959, c'était nécessairement la procédure instituée par ce texte qui devait être intégralement suivie, sans qu'on put se référer pour partie aux errements d'une procédure antérieure instituée par un texte différent et d'ailleurs abrogé. Qu'il s'ensuit que le MT de la victime ne pouvait être que celui qui l'a soignée lors de la mise en œuvre de la deuxième expertise, praticien dont elle avait d'ailleurs le libre choix…".

La Cour faisait donc dépendre exclusivement la qualité de MT du changement de procédure et d'un libre choix de la victime alors que, s'il était bien établi que la procédure initiale retenue sous l'empire des dispositions de l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945 n'était plus applicable, il n'était pas acquis pour autant que le MT initial ne put plus, de ce seul fait, revêtir cette qualité, partie intégrante au regard de la nouvelle procédure, et dont l'appréciation se serait bien posée en tout état de cause, ne pouvant par suite s'improviser au hasard d'un changement de procédure, seules des circonstances nouvelles, peu important ce changement, pouvant y mettre fin. En l'occurrence, si l'on ne peut qu'approuver que la considération de cette circonstance nouvelle qu'était le changement de MT, ait laissé sans valeur l'argumentation de la caisse, alléguant que la victime avait laissé passer sans protester sa référence au MT initial, on aurait apprécié que ce ne fut pas à l'aide d'une simple déclaration de la victime quant à son nouveau MT, d'autant que le MT initial ne s'était pas récusé, sauf alors à réputer acquise la qualité de MT au nouveau médecin à travers le changement de procédure, sans que par suite ait été énoncée la moindre consistance de cette qualité.

Aussi, il est heureux que dans son autre arrêt du 12.02.1975[2], la Cour ait conféré à la qualité de MT une consistance qu'on était en droit d'attendre en considérant, pour censurer les juges du fond qui avaient donc maintenu le recours de la caisse ou médecin prescripteur de la cure thermale, sans tenir compte du changement invoqué par la malade :

"…que le Docteur N. s'était récusé, dame V. lui ayant retiré sa clientèle, que l'intéressée avait, par ailleurs, informé en temps utile la caisse, ce qui n'était pas dénié, qu'elle désignait le

---

1 *Cass. soc. 17 décembre 1964 BC IV-867.*

2 *Cass. soc. 12 février 1975 BC V-66.*

Docteur J. comme étant son MT, que ce praticien était resté en possession d'un dossier médical complet et était le mieux à même, parmi ses médecins successifs, d'éclairer l'expert sur l'évolution de son état de santé et sur l'opportunité des différentes cures thermales qu'elle avait suivies…".

Mais s'il semble que le MC remplit normalement ses obligations en se référant au dossier médical qu'il a sous la main pour connaître le nom du MT avec lequel il doit se mettre en relation, on peut par contre s'étonner qu'au cas de changement de MT l'assuré soit tenu d'avoir à informer la caisse, la cour de Nancy ayant estimé pour sa part "qu'il appartenait à l'assuré de notifier à la caisse tout changement intervenu dans la personne de son MT, dès lors qu'il n'ignore pas que le nom du nouveau praticien auquel il s'est confié ne figure dans aucun des documents du dossier médical de la caisse et que son litige avec cette dernière est de nature à entraîner une procédure d'expertise technique…"[1]. C'est en effet au MC qu'il appartient de régler cette question quand il se met en rapport avec le médecin pressenti, car on ne peut raisonnablement exiger du malade ou de la victime qu'ils puissent songer à un contentieux médical possible, et de quelle nature, lors du changement de médecin traitant.

En définitive, il apparaît que la qualité de MT a acquis une consistance telle qu'on ne peut plus parler de libre choix du malade ou de la victime ou de choix direct du MC, quand ils ont l'initiative de la procédure, laquelle ne saurait être déterminante, sauf à affecter le fond du droit, et la définition précitée de la cour de Paris[2] nous paraît la plus complète pour qu'on puisse retenir la thèse du médecin prescripteur des soins ou à l'origine de l'estimation litigieuse, sauf à ce qu'elle cède le pas quand il y a changement de MT. Ce dernier doit en effet bénéficier de la confiance de son patient et, à tout le moins, toujours bénéficier de sa clientèle, sans que pour autant le MT soit automatiquement celui revendiqué, sinon pour l'appréciation de sa qualité.

Il importe que des recommandations soient faites aux MC pour qu'ils procèdent, autant que possible, de façon consensuelle avec le malade ou la victime, pour éviter toute contestation sur leur choix, et à propos desquels nous allons maintenant nous interroger quant à la définition de "médecin-conseil" dans la procédure de désignation de l'expert.

2°) Le médecin-conseil

Compte tenu de ce que les régimes autres que le régime général présentent des particularités quant à la situation du MC, nous sommes conduits à établir une distinction en conséquence.

a) Dans le régime général, les MC (comme les dentistes et les pharmaciens-conseils) font partie intégrante du personnel des organismes de Sécurité Sociale en tant que salariés bénéficiaires d'une Convention collective nationale spéciale, c'est-à-dire qui leur est propre, et dont la mise en vigueur a d'ailleurs mis fin à l'application du statut qui leur était conféré depuis l'origine (art. 61 II loi 2004-810 du 13 août codifié art. L.123-2-1 CSS).

- Rattachés à l'origine aux caisses régionales de sécurité sociale (CRSS) qui avaient été chargées d'organiser le contrôle médical pour l'ensemble des caisses primaires de sécurité sociale (CPSS) de la région (art. 20 du D. du 29 décembre 1945), ils relèvent, depuis le D. du 30 avril 1968 modifié [3], d'un service médical national sous l'autorité du Directeur de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS), ce dernier assisté d'un médecin-conseil national, avec des échelons régionaux et locaux (art. R.315-2, 3 et 4 CSS).

---

[1] *Cour de Nancy 27 novembre 1963 (CPSS Longwy c/BEN MOUSSA) BJ FNOSS n°34-1965-préc.*

[2] *Cour de Paris 26 février 1998 CPAM Val de Marne c/BADAOUI et autres préc.*

[3] *Pris en application de l'ord. 67-606 du 21 août.*

Cette situation nouvelle a fait écrire que leur indépendance hiérarchique des organismes payeurs, auprès desquels ils sont affectés, leur garantissait l'indépendance technique des avis donnés à ces organismes[1].

Un des traits fondamentaux du statut supprimé[2] avait été de reprendre à leur profit les dispositions de l'ex art.418 CSP[3] disposant que :

"Les médecins chargés d'un service public et inscrits au Tableau de l'Ordre ne peuvent être traduits devant le Conseil Régional à l'occasion des actes de leur fonction publique que par le Ministre de la Solidarité, le représentant de l'Etat dans le département ou le Procureur de la République".

Alors que le médecin libéral peut être poursuivi devant le Conseil de l'Ordre par toute personne (sous réserve de dispositions de filtrage), il n'est pas douteux que les médecins-conseils tombent toujours sous le coup de ces dispositions depuis qu'un arrêt du Conseil d'Etat a reconnu une "mission de service public" au système français de Sécurité Sociale[4], ce qui aboutissait en fait à faire échapper presque totalement les intéressés au contrôle disciplinaire ordinal[5], et qu'on avait donc voulu protéger contre les réclamations qu'on pouvait craindre, en échange de quoi il avait été prévu dans le statut une procédure disciplinaire interne qui, par suite de la suppression de ce statut, a été reprise dans la nouvelle convention collective nationale propre aux praticiens-conseils.

Plusieurs projets de modifications de cet ex art. 418 CSP n'ont pas abouti, dont un datant de 1994 et prévoyant pour la première fois le cas du MC, le Conseil Départemental de l'Ordre pouvant informer le MC national de la plainte, et ce dernier devant motiver son désaccord, auquel cas le Conseil Départemental pouvait saisir le tribunal administratif à l'encontre de ce refus.

Il n'en reste pas moins que les MC demeurent soumis au code de déontologie médicale (CDM) par suite de leur inscription obligatoire au Tableau de l'Ordre, et tenus à ce titre d'entretenir avec les autres médecins des rapports de bonne confraternité, et soumis par ailleurs aux dispositions concernant l'exercice salarié de la médecine, n'excluant pas les dispositions concernant le secret professionnel et l'indépendance de leurs décisions et celles concernant l'exercice de la médecine de contrôle, qui doivent être considérées comme englobant les fonctions de MC et notamment l'obligation nouvelle de se récuser s'ils estiment que les questions qui leur sont posées sont étrangères à leurs connaissances ou à leurs possibilités, ce qui paraît légitimer le recours à des médecins consultants. S'y ajoute l'interdiction d'être à la fois, sauf urgence, médecin de contrôle et médecin-traitant d'un même malade, avec son corollaire, l'interdiction de s'immiscer dans le traitement ou de le modifier mais si, à l'occasion d'un examen, le MC se trouve en désaccord avec le MT sur le diagnostic, le pronostic, ou s'il apparaît qu'un élément important du traitement semble avoir échappé à son confrère, il doit le lui signaler personnellement.

Cette énumération non exhaustive nous est apparue particulièrement nécessaire pour appeler l'attention sur le fait que l'activité de MC s'exerce dans le cadre d'une réglementation déontologique qui dépasse largement la situation contractuelle de salarié à laquelle il est soumis, et dont l'exercice lui impose notamment "en toute circonstance, de ne pas accepter de limitation à

---

1 *"Le point de vue du médecin-conseil de Sécurité Sociale"' par G. TERRASSON de FOUGERES dans "journal de médecine légale, droit médical 1998" n° 3-4 p. 291.*

2 *D. 24 mai 1969 modifié par D. 18 décembre 1987 et D. 20 décembre 1992.*

3 *Issu art. 35 ord. préc. du 24 septembre 1945 sur l'organisation des professions médicales et devenu art. L. 4124-2 CSP.*

4 *Arrêt Conseil d'Etat 13 mai 1938 – X. PRETOT : "les grands arrêts du droit de la Sécurité Sociale", SIREY 1988 p. 127.*

5 *Pour un cas atypique de harcèlement d'un médecin libéral par le MC, ce dernier sanctionné – Voir : "le Procureur, le MC et l'Ordre", décision du Conseil de l'Ordre de Franche-Comté dans Journal de médecine légale, droit médical 1999 p. 529 à 534.*

son indépendance dans son exercice médical de la part de l'organisme ou de l'entreprise qui l'emploie"[1].

Ces dispositions interdisent de ne voir en lui que le garant des intérêts de l'organisme qu'il représente, lesquels, en définitive, apparaissent comme largement dictés par les avis qu'il donne dans le cadre de son éthique de MC, cette dernière demeurant fondamentalement l'éthique médicale. Par suite, on peut considérer que le MC est placé dans des conditions convenables pour que soient garanties de sa part des propositions, quant au choix de l'expert, conformément à cette éthique et notamment celles concernant le MT contacté et les experts proposés à ce dernier.

• La référence à une Convention collective et au code de déontologie médicale (CDM) élimine toute possibilité de controverse en ce qui concerne la notion de "médecin-conseil", ce dernier se trouvant automatiquement doté de ce titre du moment qu'il en remplit les conditions, de telle sorte qu'on ne saurait contester le bien-fondé de son intervention dans la désignation de l'expert en qualité de représentant de la caisse à laquelle il est rattaché.

Mais s'en tenir à ce seul titre reviendrait à réduire la question, si l'on considère la possibilité de recours à des médecins consultants à titre occasionnel. Ces médecins interviennent en effet quand les décisions qu'ont à prendre les caisses font surgir, du point de vue médical, des difficultés particulières qui supposent l'avis plus ou moins "pointu" d'un médecin spécialiste, le MC étant pratiquement un praticien de médecine générale, ce qui conduit à se demander si ces médecins consultants peuvent revêtir cette qualité.

Sous l'empire des dispositions initiales prévoyant expressément le recours à des médecins consultants (art. 18 § 2 du D. du 29 décembre 1945 modifié), la Cour de cassation[2] a eu à connaître du cas d'un médecin qui, ayant examiné en cette qualité la victime d'un AT à la demande du MC de la caisse, avait fixé la date de consolidation des blessures et conclu à l'absence de tout lien de causalité entre l'accident et les troubles apparus après la consolidation. Il en était résulté une expertise annulée par la commission de recours amiable (CRA) au motif que l'expert n'était autre que ledit médecin consultant, qui avait confirmé sa première estimation, et donc une deuxième expertise pratiquée par un autre expert qui admettait, partiellement tout au moins, un lien de causalité.

Pour contester la prétention de la victime de faire appliquer cette deuxième expertise, la caisse régionale de sécurité sociale (CRSS) faisait valoir devant la commission régionale d'appel, la lettre de l'art.76 loi 30.10.1946 sur les AT (à l'origine de l'art. R.141-1 dernier al. CSS) qui prévoyait que l'expert ne pouvait être ni le MT, ni le MC, ni le médecin attaché à l'entreprise, le médecin consultant n'ayant pas le titre officiel de MC et pouvant dès lors être désigné comme expert.

Telle n'a pas été l'opinion de la Cour de cassation, qui a considéré que la commission régionale d'appel était fondée à décider que le médecin consultant devait être assimilé au MC de la caisse et qu'en conséquence il ne pouvait être désigné comme expert en application des dispositions précitées. Et il résulte donc de cet arrêt que la notion de MC ne doit pas être entendue seulement au sens d'un titre afférent à l'exercice d'une fonction officielle et permanente dans le cadre d'une situation "statutaire", mais qu'elle peut résulter des circonstances particulières de l'affaire et que, par suite, le médecin de fait peut intervenir pour la désignation de l'expert, à condition qu'en raison de ces circonstances il ait eu qualité pour le faire.

---

[1] *Voir art. R.4127-1 à 112 CSP (modifié par décret 2012-694 du 7 mai) issu D. 29 juillet 2004 qui a codifié le D. 06 septembre 1995 portant CDM qui avait abrogé le D. 28 mai 1979, ce dernier ayant abrogé le D. 28 novembre 1955, lequel avait abrogé le RAP 27 juin 1947 pris en application de l'ord. 24 septembre 1945 sur l'organisation des professions médicales (art. 66 devenu L.366 puis L.4127-1 CSP).*

[2] *Cass. soc. 24 octobre 1958 BC IV-1103.*

b) Dans les régimes autres que le régime général, les MC font également partie intégrante du personnel, en tant que salariés de l'organisme ou de l'entreprise qui les emploie, bénéficiant, soit d'une CCN qui leur est propre et dont l'instauration obligatoire, à la suite de l'art. 61-II loi 2004-810 du 13 août (art. L.123-2-1 CSS), a entraîné, comme dans le régime général, la suppression du statut de MC dans le RSI, soit du statut du personnel pour les régimes spéciaux (SNCF, Mines, RATP, BDF…).

Chargés d'une mission de service public ils ne peuvent, comme ceux du régime général, que tomber sous le coup des dispositions de l'art. L.4124-2 CSP (ex art. 418), ce qui les fait pratiquement échapper au contrôle des chambres disciplinaires mais pas pour autant, eux non plus, aux dispositions relatives au CDM (art. R.4127-1 à 112 CSP).

Il faut toutefois noter cette particularité dans le RSI et le régime agricole, celle de leur rattachement administratif aux caisses de base et non pas nationales, comme pour ceux du régime général, et on ne peut que souhaiter que cette disparité soit supprimée, pour qu'on ne puisse réellement voir en eux que les garants des intérêts de l'organisme qu'ils représentent, même si le contrôle médical y constitue un service national, comme dans les régimes spéciaux.

Mais le MC et le MT n'interviennent pas dans les régimes spéciaux quand le MT est soit un médecin attaché à l'entreprise ou à l'établissement employeur, soit un médecin au service de l'organisation spéciale de Sécurité Sociale, auquel cas l'expert est désigné par le directeur général de l'ARS[1].

Ainsi peuvent être définis, à notre sens, les deux personnages-clés de la désignation de l'expert et demeure donc la question de l'étendue et des modalités de leur choix.

B/ L'étendue du choix

Comme corollaire de la souveraineté des deux médecins dans le choix de l'expert, dont l'avis, pour régler leur divergence, tiendrait lieu de loi pour ceux qu'ils représentaient, les auteurs de l'ord. du 19 octobre 1945 avaient entendu poser la règle de leur liberté de choix (art. 33 auquel renvoyait l'art. 99)[2].

On aurait d'ailleurs bien mal compris que la totale mise à l'écart du juge dans le déroulement de la procédure eut permis de recourir à une liste d'experts judiciaires ou autres, tant était grande la volonté de définir une procédure simple mais aussi rapide, ce qu'allait traduire la brièveté des délais. Et on ne peut donc jeter l'opprobre sur les auteurs de l'ordonnance d'avoir "déjudiciarisé" la procédure, au point de faire de tout médecin un expert en puissance pour régler une difficulté d'essence médicale.

Cette "puissance" était d'autant plus redoutable qu'était donc retenu le principe de l'expert unique, tandis qu'en droit commun, si le principe était de ne nommer qu'un seul expert, était stipulée la possibilité de nommer trois experts, ce qui devait conduire les auteurs du D. du 07 janvier 1959 (art. R.141-1 al. 3 CSS) à prévoir un comité de trois médecins (médecin expert, MC et MT) pour certains cas déterminés par un arrêté interministériel qui n'est jamais paru[3].

---

1 *Voir § 2.*

2 *Sauf la restriction imposée par cet art. 33 pour le recours obligatoire, dans le cas où l'assuré était atteint d'une affection tuberculeuse, au médecin phtisiologue départemental ou à un médecin désigné par ce dernier, mais qui ne mettait en jeu que les dispositions du RICP visé à cet art. pour le règlement du désaccord entre le MC et le MT sur le traitement du malade, et non celles de l'arrêté visé à l'art.99 et propres à l'EM pour le règlement de la contestation sur l'état du malade.*

3 *Cet al.3 abrogé par D. 2010-344 du 31 mars.*

En outre, plusieurs textes devaient prévoir, en matière de pneumoconioses d'origine professionnelle, et toujours au cas de COM ou de DOM, la réalisation de l'expertise par un médecin agréé ou par un collège de trois médecins particulièrement qualifiés en cette matière, l'un de ces derniers devant avoir la pratique des expertises en matière de maladies professionnelles et figurer sur la liste visée à l'art. R.141-1 CSS. Mais le D. 99 476 du 31 août a supprimé ces institutions, l'expert étant un médecin spécialiste ou compétent en pneumologie ou en médecine du travail, possédant des connaissances particulières dans le domaine des pneumoconioses (art. D. 461-20 CSS) et le D. 2010-344 du 31 mars a abrogé l'al. 3 précité de l'art. R.141-1 CSS, supprimant donc ce comité de trois médecins qui n'a jamais fonctionné.

Le débat sur cette question de l'expert unique paraît dépassé sur le terrain de l'EM[1], car nous ne pensons pas que le principe de l'unicité de l'expert puisse prêter le flanc à la critique, compte tenu de ce que le juge peut désormais, sur demande d'une partie, recourir à une nouvelle expertise laquelle, elle non plus et en principe, ne s'impose pas à lui, et que les progrès de la science médicale permettent de cerner plus facilement les maladies professionnelles et notamment les pneumoconioses.

Reste donc la question de l'étendue du choix au-delà de l'unicité de l'expert et on peut dire que la liberté de choix posée à l'origine est demeurée la règle en dépit de l'introduction d'une liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de Sécurité Sociale, laquelle ne s'est imposée au MC et au MT que l'espace de deux ans entre 1986 et 1988, sans préjudice des règles de procédure civile sur la récusation de l'expert.

1°) Le "libre choix" de l'expert par le MC et le MT

Reprenant la règle posée par l'ord. du 19 octobre 1945, la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP (art.76) énonça quelques incompatibilités qui ne la remettaient nullement en cause, telles le fait d'avoir soigné le blessé, ou d'être un médecin attaché à l'entreprise, ou médecin-conseil de la caisse primaire ou de la caisse régionale de SS, ces dispositions ayant été généralisées par le D. 07 janvier 1959 (art. R.141-1 al. 4 CSS).

C'est donc à juste titre que la jurisprudence a considéré que l'expert ne pouvait être désigné parmi les médecins ayant été amenés à traiter le malade auparavant, peu importe l'ancienneté de l'intervention et qu'ils ne soient plus médecins traitants du malade ou de la victime[2], l'incompatibilité de toujours entre médecin expert et MT pour un même malade, insérée dans le code de déontologie[3], risquant de s'avérer insuffisante au regard de l'incompatibilité plus profonde qu'ont voulu prononcer les auteurs des textes précités, mais le seul examen de l'assuré en qualité de consultant ne fait pas obstacle, en revanche, à la désignation en qualité d'expert[4].

De la même façon, la jurisprudence a été amenée à tenir compte du fait que ces auteurs avaient employé à dessein l'expression de "médecin attaché à l'entreprise", dont l'imprécision permettait à l'évidence de l'entendre dans un sens très large, en considérant que le médecin du travail essentiellement visé par l'expression, devait s'entendre, non seulement d'un médecin à la tête d'un service autonome ou d'un service interentreprises, mais aussi d'un simple préposé comparable à tous les autres salariés[5].

Enfin, la jurisprudence a été amenée à faire une large appréciation de la notion de MC visée par les textes, et dont on peut malade ou la victime, en dire qu'elle est la juste contrepartie de l'incompatibilité qui frappe le médecin ayant soigné le considérant qu'il y avait lieu d'entendre

---

1 *A. CHAZAL : "L'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale", thèse 1966-Clermont-Ferrand n° 270 à 279 p. 124 et suivantes.*

2 *Cass. soc. 8 mai 1961-BC IV-618 ; Cass. soc. 5 décembre 1968-BC V-565 ; Cass. soc. 13 novembre 1970-BC V-614 ; Cass. civ. 2ème 24 mai 2006 NP 03-30558.*

3 *Art. R.4127-104 CSP.*

4 *Cass. soc. 14 juin 1989-RJS 1989 n°726.*

5 *Cass. civ. 16 juillet 1957-Dalloz 1957-J-651.*

par MC, non seulement celui qui en possède le titre, mais également celui qui a été sollicité en tant que simple consultant, ce qui lui interdisait d'être expert, contrairement à ce qu'avait abusivement prétendu la caisse, dans le souci de garantir la défense des droits du malade ou de la victime[1].

En dehors de ces limitations, naturelles pourrait-on dire, sans pouvoir exclure celles d'ordre plus général et qui doivent s'appliquer à toute expertise, comme quand l'expert désigné est membre du conseil d'administration de la caisse avec laquelle l'assuré social est en litige[2], ou au cas d'interdiction de certains droits civiques au rang desquels figure le droit d'être expert, la règle était donc la liberté de choix des deux médecins, qu'on ne saurait avoir limité à la liste établie par le DDS, contrairement à ce qu'avaient cru certaines juridictions du fond, par suite d'une mauvaise lecture de l'art. 2 du D. du 07 janvier 1959, le recours obligatoire à cette liste n'ayant jamais pu intervenir qu'au cas de choix par le DDS, à défaut d'accord des deux médecins[3].

Tel fut le socle de l'étendue de cette liberté qui devait donner lieu à de vives critiques, lesquelles révélèrent de profondes méconnaissances des dispositions en vigueur, notamment avec d'invraisemblables panachages du caractère essentiel de la désignation d'un commun accord entre le MC et le MT et du caractère subsidiaire de l'intervention du DDS, à défaut de leur accord, et que nous nous permettrons d'évoquer, par respect du droit social et en particulier pour la PEM, en analysant l'intervention du DDASS (ex DDS), et désormais du directeur général de l'ARS.

Toujours est-il que cette liberté de choix n'allait pas toujours sans inconvénient, la pierre d'achoppement ayant résidé dans le manque d'adéquation de la qualification de l'expert à la nature de l'affection en cause, sans que la jurisprudence ne s'en émeuve pour autant, la Cour de cassation n'exigeant pas que soit nécessairement choisi un spécialiste de l'affection en cause[4].

Il est vrai que le développement considérable de la science médicale impliquant le recours à des médecins spécialistes, a contribué à accroître la technicité des litiges, à laquelle s'ajoutait la complexité croissante de la législation, avec des questions posées à l'expert de plus en plus "pointues", de telle sorte qu'a pu se faire sentir l'absence d'experts ayant une formation "médico-légale" appropriée.

Mais si la nécessité de faire appel à des médecins qui, en plus de leur qualification professionnelle, possédaient un minimum de connaissances juridiques, s'affirmait avec force, ce n'était pas pour autant que le choix devait se porter sur des médecins légistes. Certes, les cas d'annulation d'expertise pour vice de forme ou irrégularités commises par des médecins dans l'accomplissement de leur mission étaient nombreux et les médecins légistes pouvaient paraître les plus aptes pour pratiquer l'expertise médicale en conformité avec les règles de la procédure.

Mais, outre que la médecine légale n'implique pas nécessairement la connaissance de la législation de Sécurité Sociale, il était parfois indispensable de faire appel à des médecins spécialistes professionnellement, mais sans connaissance des questions de médecine légale à laquelle ils demeuraient parfaitement étrangers, et l'idée se fit ainsi jour d'une liste d'experts médicaux spécialisés en matière de Sécurité Sociale.

2°) L'introduction d'une liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de Sécurité Sociale

Le pas fut franchi avec le D. 86558 du 18 mars dont l'art. 1er disposait que :

"Dans tous les cas, l'expert est choisi parmi les médecins inscrits sous la rubrique "experts spécialisés en matière de Sécurité Sociale", sur les listes dressées en application de

---

1 *Cass. soc. 24 octobre 1958-BC IV-1103 préc.*

2 *TA de Paris 12 jui1let 960 (CPSS Boulogne-sur-Mer c/Ministère du Travail) Recueil Conseil d'Etat décembre 1960 p.815.*

3 *Cass. soc. 5 novembre 1970 BC V-600.*

4 *Cass. soc. 4 mai 1962 BC IV-399 ; Cass. civ. 2ème- 20 novembre 1963 BC II-751 préc. ; Cass. soc. 26 juin 1985 (M… c/CPAM) BJ CNAMTS 10-86.*

l'art. 2 loi 72-498 du 29.06.1971 et de l'art. 10 du D. 74-1184 du 31 décembre relatifs aux experts judiciaires. Les cours d'appel procèdent à l'inscription des experts de cette spécialité dans les conditions prévues par les art. 6 à 10 du D. du 31 décembre 1974 susmentionnés, après avis du DRASS" (art. R.141-1 al. 1 modifié CSS)[1].

Et on pouvait donc penser à l'irréductibilité de la mesure, lorsque survint le D. 88-421 du 20 avril qui la remettait en cause en ne maintenant le recours obligatoire à cette liste que pour le DDASS, tout en ayant le souci dans le cadre de la liberté de choix retrouvée pour le MC et le MT que fut garantie l'adéquation de la qualification de l'expert à la nature de l'affection en cause :

"Lorsque la contestation porte sur le diagnostic ou le traitement d'une affection relevant de l'une des disciplines mentionnées par le règlement de qualification prévu à l'art. 67 D .79 506 du 28 juin, l'expert est dans tous les cas choisi parmi les médecins spécialistes ou compétents pour l'affection considérée" (art.1 et 2 modifiant et complétant l'art. R.141-1 CSS).

Le décret susvisé n'était autre que le CDM abrogé par un nouveau décret 95-100 du 06 septembre[2], dont l'art. 67 reprenait les mêmes dispositions mentionnant, pour les indications qu'un médecin est autorisé à indiquer sur les feuilles d'ordonnance ou dans un annuaire professionnel "la qualification qui lui a été reconnue dans les conditions déterminées par l'Ordre National des Médecins avec l'approbation du ministre chargé de la santé", l'expert étant donc choisi parmi les praticiens spécialistes ou compétents, au sens dudit règlement de qualification, pour l'affection considérée.

On se perd en conjectures sur ce quasi-retour à l'état antérieur[3], à propos duquel on a pu lire qu'il s'expliquait pas le fait que le nombre des experts spécialisés en matière de Sécurité Sociale était peu important[4], ou encore que c'était pour répondre au nombre et à la technicité des expertises[5], tandis qu'était affirmé par ailleurs que les Assemblées Générales des cours d'appel s'étaient cru obligées d'inscrire sur la nouvelle liste les candidats présentés par le DRASS et qui, selon toute vraisemblance, n'étaient autre que ceux figurant sur la liste du DDASS à laquelle il n'était plus recouru, de telle sorte que le nombre d'experts dépassait largement les besoins[6]…

Cette liste s'imposant au directeur général de l'ARS et à la juridiction quand ce sont eux qui opèrent le choix, c'est donc au niveau du choix par le MC et le MT que se situe le cœur du débat, quant à savoir si cette rétractation présente un caractère durable ou si, au contraire, la "judiciarisation" totale des experts voulue en 1986 n'est que partie remise, et la réponse à cette question nous paraît intimement liée à celle de l'avenir de l'EM, en ce sens que seule la suppression de cette dernière pourrait mettre un terme au dispositif existant, dans le sens d'une "judiciarisation" totale.

---

[1] *Une liste également dressée par le Cour de cassation depuis D. 2004-1463 du 23 décembre relatif aux experts judiciaires et ayant abrogé par le D. 31 décembre 1974, l'avis du DRASS supprimé par D. 2003-614 du 3 juillet et l'art. R.141-1 à nouveau modifié en conséquence.*

[2] *Lui-même abrogé par D. 29 juillet 2004 et inséré comme tel dans CSP art. R.4127-1 à 112.*

[3] *Rappelons que la Cour de cassation n'exige pas que le médecin expert soit un spécialiste du moment que les juges du fond ont pu estimer que les résultats de l'expertise étaient suffisants pour éclairer le litige et en permettre la solution. Cass. soc. 9 mars 1996-RJS 1996 n°850 préc.*

[4] *Circulaire CANAM 88/80 du 19 juillet.*

[5] *Circulaire du Ministre de la Solidarité, de la Santé et la Protection Sociale, 89/15 du 25 septembre p.6.*

[6] *"De nouveaux venus sur la liste nationale des experts judiciaires spécialisés en matière de nomenclatures d'actes professionnels et de biologie médicale", à propos des médecins experts spécialisés en matière de Sécurité Sociale, par M. OLIVIER dans Journal de Médecine légale – Droit médical 1997 n°3 p.184.*

3°) La récusation de l'expert

Cette possibilité paraît indiscutable en dépit du mutisme des textes sur cette question, les art. 234 et 341 du code de procédure civile (CPC) (ex art. 309 à 314 NCPC) pouvant alors recevoir application au nom du droit des parties d'assurer la défense de leurs intérêts, l'intéressé, informé par la convocation à l'expertise par l'expert désigné, devant alerter immédiatement la caisse qui doit lui faire connaître la décision qu'elle aura prise, soit qu'il soit procédé à une nouvelle désignation, soit que l'intéressé puisse saisir le contentieux général, la juridiction exerçant en la matière son pouvoir d'appréciation, et le médecin, sur le nom duquel l'accord n'a pu se faire sans qu'aient été invoqués contre lui aucun des motifs de récusation visés aux art. 234 et 341 CPC, pouvant parfaitement être désigné par le DDASS comme expert[1].

Avant d'aborder les conditions de l'intervention du DDASS (auquel a donc succédé le directeur général de l'ARS et du magistrat, il nous reste donc à analyser les conditions du choix de l'expert par intervention conjointe du MC et du MT, c'est-à-dire de leur commun accord.

C/ Les modalités de désignation de l'expert par le MC et le MT ou leur commun accord

Les auteurs de l'ord. du 19 octobre 1945 ont donc posé la règle du commun accord des deux praticiens (art.33 al.2 auquel renvoyait l'art.99 instaurant l'EM), à laquelle se référèrent les auteurs de la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP, et que devaient reprendre ceux du D. du 07 janvier 1959 (art. R.141-1 al. 1 CSS), sans qu'aucune autre précision n'ait jamais été donnée, si ce n'est que le MC devait se mettre en rapport avec le MT dans un délai déterminé aux fins de désignation de l'expert.

Ce délai est de trois jours depuis l'origine et court à compter de la date d'apparition de la COM ou de la réception de la demande d'expertise ou de la notification du jugement la prescrivant (art.R.141-2 al. 4 CSS), et sans aucun délai jamais imparti au MT pour faire connaître sa réponse et, au fond, beaucoup plus que de dégager les moyens de réalisation de ce commun accord, il s'agissait avant tout, comme nous l'avons déjà souligné, d'éviter le formalisme et la procédure, afin de parvenir le plus rapidement possible aux opérations d'expertise et à la prise de décision par l'organisme de Sécurité Sociale.

La brièveté de ces dispositions explique, sans doute, qu'à la suite de la généralisation de la procédure par le D. du 07 janvier 1959, la circulaire ministérielle en date du 04.06.1959[2] ait apporté quelques commentaires en indiquant notamment que :

"Le texte n'a prévu aucune formalité particulière pour cette consultation entre les deux praticiens, il importe seulement qu'elle intervienne le plus rapidement possible, elle peut au besoin avoir lieu par téléphone", la circulaire ajoutant qu'ils devaient s'assurer de l'acceptation de l'expert choisi et de l'absence d'incompatibilité (art. R.141-1 dernier al. CSS).

La réalisation de l'accord de façon aussi rapide que possible, peu en important les moyens, et constituant donc la considération majeure quant à la désignation de l'expert, ne donna pas pour autant lieu à des difficultés importantes, mais on doit souligner tout l'intérêt qui s'attache à ce que, non seulement le caractère bilatéral de la désignation soit respecté, mais également son effectivité garantie.

---

1 *Cass. soc. 15 juillet 1987-BC V-474.*
TA Châlons-sur-Marne 28 avril 1987, Dalloz 1989-Sommaire 84-obs. X. PRETOT.

2 *Titre III – Chap. 2 – § 1er.*

1°) L'existence du commun accord

• C'est donc au MC qu'il incombe de prendre l'initiative aux occurrences susvisées, et dans le délai de trois jours stipulé à l'origine dans l'arrêté du 27.05.1946 propre aux assurances sociales (AS), et que devait reprendre l'arrêté du 24.07.1956 propre aux AT/MP, lequel étoffa la procédure de façon considérable[1], et que le D. du 07 janvier 1959, généralisant la procédure, énonça telles quelles, ces occurrences correspondant bien aux divers cas de figure générant l'expertise, et notamment la décision du juge d'y recourir au cas de DOM survenant en cours d'instance, auquel cas c'est bien à la caisse (MC) qu'incombe l'initiative lors de la réception du jugement comportant la mission de l'expert.

Quant au bref délai de trois jours , qui s'inscrivait dans un ensemble d'autres brefs délais à tous les stades de la procédure et que la jurisprudence considère comme n'étant pas prescrits peine de nullité sauf atteinte aux droits de la défense, ce qui fit l'objet de vives critiques, il n'a pas lui-même donné lieu à jurisprudence, mais on peut penser qu'il en serait de même au cas ou sa méconnaissance serait alléguée.

En corollaire de ce bref délai si l'on peut dire, de la même façon qu'aucune formalité n'est imposée au MC, toute latitude est laissée au MT qui jouit de la même liberté pour répondre aux propositions qu'il a reçues, de telle sorte que la concertation entre les deux médecins peut avoir lieu sous forme de leur rencontre ou bien par échange de lettres, ou encore par téléphone, lequel représente, eu égard à l'impératif de rapidité, le moyen le plus adapté, tant il est évident, rappelons-le, qu'un moindre formalisme doit présider à ce contact, auquel le législateur a entendu laisser un maximum de souplesse. La jurisprudence n'exclut donc pas que les deux praticiens puissent s'entendre par téléphone[2].

Mais cette absence de formalisme ne saurait conduire à admettre que le MT fasse attendre sa réponse au MC aussi longtemps qu'il lui plairait, et à laquelle on ne saurait subordonner le caractère "expéditif" de la procédure et les intérêts du malade ou de la victime, après qu'une juridiction eut considéré, de façon très laconique, que l'absence de réponse du MT dans un délai raisonnable valait accord[3], et qu'une cour d'appel, qui avait eu à se prononcer par ailleurs sur les conditions de désignation de l'expert, n'ait pas critiqué le délai de huitaine observé par le MC, lequel avait considéré qu'à son terme l'accord du MT était acquis[4].

Si, dans la majorité des cas, l'accord se fait de façon instantanée, lors d'une communication téléphonique, demeurent les cas dans lesquels la réponse ne peut être immédiate et notamment lorsque les propositions sont faites par écrit, et l'Administration avait en son temps estimé que le MT pouvait être invité à formuler ses propositions dans le délai maximum de huit jours[5], au terme duquel il y a lieu de considérer, faute de réponse du MT, que se produit le "défaut d'accord" auquel doit être assimilé l'absence du MT[6].

• Reste donc que la désignation doit résulter d'un véritable "commun accord", l'obligation de la caisse de recueillir par l'intermédiaire du MC, l'approbation du MT, supposant, comme le souligne la cour de Nancy dans son arrêté précité du 16.03.1960, une prise de contact effective avec ce médecin. En l'espèce, la cour avait considéré que "le dossier ne contenant aucun

---

1 *A la suite du protocole visé à l'art. R.141-3 CSS et créé par le D. 21 janvier 1956 modifiant l'art. 43 D 31 décembre 1946, et avec l'information par l'expert du MC et du MT qui pouvaient assister à l'expertise.*

2 *Cour Colmar 21 juin 1963 (B… c/CPSS Mulhouse) BJ FNOSS n°40-1965.*

3 *CPI La Roche sur Yon 7 octobre 1949 (B… c/CPSS La Roche sur Yon) BJ FNOSS n°63-1950.*

4 *Cour de Nancy 16 mars 1960 (B… c/CPSS Longwy) Bul. Inf. CANSSM n°15-1961.*

5 *Décision DGSS (4ème Bureau) n°4906 en date du 13 mai 1965 rappelant lettre Ministre du Travail (4ème Bureau) n°2263 du 9 juillet 1959 (bul. doc. SS : juillet 1959-D 233) BJ FNOSS n°40-1965.*

6 *Lettre Ministre du Travail (4ème Bureau) n°3788-4808 du 21 janvier 1960 (bul. doc. SS janvier 1960-D 26).*

document établissant que le MC avait pris contact de manière utile et effective avec le MT, il apparaissait que les droits de la victime n'avaient pas été suffisamment sauvegardés, tant pour le choix de l'expert technique que pour la mission à lui donnée", ce dont elle déduisait la nullité de l'expertise technique, en renvoyant à une nouvelle.

Si la Cour de cassation avait dû rappeler à plusieurs reprises la nécessité de cet accord du MT, l'expertise ayant été directement diligentée par la caisse sans qu'il ait été sollicité[1], ou le DDS ayant été saisi pour le choix de l'expert, sans qu'aucune pièce n'établisse que l'accord du MT avait été vainement sollicité[2], et s'il avait été prétendu en son temps que dans certaines régions "la contact entre le MC et le MT ne se réalisait jamais"[3], il apparaît que de telles pratiques ont quasiment disparu.

Le problème essentiel, aujourd'hui, n'est plus celui de l'existence de l'accord mais celui des conditions de sa réalisation.

2°) L'effectivité du commun accord

Il s'est agi en effet d'éviter que, dans le cadre du contact entre les deux praticiens, lequel, dans l'immense majorité des cas, est effectif, ne s'exerce une pression ou un rapport de force défavorable au MT qui ne ferait qu'avaliser la proposition plus ou moins restreinte ou orientée du MC.

Faute que puisse être valablement réglementée cette question, nous pensons qu'il est indispensable que des recommandations soient faites aux organismes de Sécurité Sociale, et en particulier aux MC, pour que soit proposé aux MT un échantillon valable de médecins "expertables", car nous savons par expérience que le MT n'ose pas, le plus souvent, aller à l'encontre de la proposition du MC, "connotée" parfois sur des médecins réputés pour avoir le préjugé défavorable à l'égard des assurés contestataires. Et, dans ce contexte, on ne peut que louer ce MT qui s'était refusé à désigner l'un des experts proposés par le MC, et n'avait pas hésité à proposer un autre expert, que le MC avait refusé, ce qui avait conduit à un défaut d'accord et à la désignation de l'expert par le DDS, l'expertise intervenue étant régulière[4].

Les auteurs de l'ord. du 19 octobre 1945, dont les dispositions en la matière ont donc été reconduites jusqu'à nos jours, ont dû, faute de l'accord des deux médecins dont ils faisaient une condition impérative de la régularité de la désignation, prévoir des dispositions subsidiaires sous forme de l'intervention du DRS (puis DDS, puis DDASS), pour qu'il choisisse l'expert sur une liste confectionnée par lui-même, puis sur une liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de SS, créée par D. précité du 18 mars 1986, ces dispositions s'appliquant toujours et d'emblée dans les régimes spéciaux quand le MT est un médecin attaché à l'entreprise ou à l'établissement employeur, ou au service de l'organisation spéciale de Sécurité Sociale.

§ 2 – La désignation de l'expert par le directeur général de l'ARS

Nous trouvons remarquable qu'ait ainsi pu être imaginée, lorsque les dispositions ordinaires de la procédure ne pouvaient recevoir application, l'intervention d'un haut fonctionnaire des services extérieurs de l'Etat, en l'occurrence de l'Administration de la Santé.

On aurait en effet mal compris que le juge intervint, à titre subsidiaire donc, dans le désaccord, alors que les auteurs de l'ord. du 19 octobre 45 avaient entendu l'écarter délibérément

---

1 *Cass. soc. 30 décembre 1954 – BC IV-864 ; Cass. soc. 18 décembre 1956 BC IV-953.*

2 *Cass. soc. 22 mars 1989 BC V-243.*

3 *Le Concours Médical du 22 avril 1961 p.2343 "pour l'humanisation de la Sécurité Sociale", par J. GUTTIERES, B. NICOURT, D. THIEULLET.*

4 *Cass. soc. 18 juin 1959 4ème espèce BC IV-761.*

de la phase substantielle de la procédure et le DRS (auquel succédèrent donc le DDS puis le DDASS) leur est tout naturellement apparu comme l'autorité la plus adaptée pour la désignation de l'expert. Et rien d'étonnant non plus qu'il ait été imaginé que son choix pouvait être effectué sur une liste qu'il aurait lui-même confectionnée (après avis du ou des syndicats professionnels intéressés et du conseil d'administration de la caisse régionale de sécurité sociale (CRSS)), qui n'était donc pas une liste d'experts judiciaires, et aussi bien en matière d'EM que d'expertise "thérapeutique", au cas de désaccord sur le choix de l'expert, par suite du renvoi de l'art. 99 ord. à l'art. 33[1].

Il convient de signaler à ce sujet que les services extérieurs départementaux de l'Administration de la Santé n'ont jamais exercé sur les organismes de Sécurité Sociale, comme d'aucuns ont pu le prétendre, la tutelle de l'Etat, laquelle fut toujours dévolue aux services extérieurs régionaux de l'Administration du Travail ou des Affaires sanitaires et sociales.

Au-delà des deux cas d'intervention s'impose à nos yeux le contexte de la césure de 1986 quant à l'étendue du choix, car la nouvelle liste "ad hoc" pour remédier aux inconvénients du libre choix intégral laissé au MC et au MT, mettait fin à d'invraisemblables confusions sur l'utilisation de la liste du DDASS, vue comme ayant été la source exclusive pour le choix de l'expert et la cause de tous les maux qui avaient pu justifier la création d'une liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de SS, le problème ainsi réduit à une querelle de listes !

Et dans la mesure où le D. du 20 avril 1988 a remis en cause la référence exclusive à cette liste pour le MC et le MT, ce qui peut paraître surprenant, c'est donc dans le cadre de la référence obligatoire à cette liste pour le DDASS (et auquel a donc succédé le directeur général de l'ARS), que nous examinerons brièvement le régime juridique applicable à ces nouveaux experts, et qui est donc celui des autres experts judiciaires, et tenterons de dégager la consistance de la spécialisation de ces experts en matière de SS.

A/ Les cas de désignation de l'expert par le directeur général de l'ARS

1°) Le défaut d'accord du MC et du MT

• Aucun texte officiel n'a jamais donné de précisions sur les modalités de désignation de l'expert par le DDASS ou ses prédécesseurs. Seule la circulaire ministérielle 53 SS précitée en date du 04.06.1959 a précisé que :

"La caisse doit accompagner sa demande de tous les éléments propres à faciliter le choix de l'expert (précisions sur l'objet du litige, mention du ou des praticiens déjà intervenus dans le règlement de l'accident en qualité de MT, de MC, de médecin consultant de la caisse)"[2], afin que le DDASS puisse opérer son choix en toute connaissance de cause.

Il résulte de ces recommandations que c'est à la caisse qu'il incombe de saisir le haut fonctionnaire de la Santé, qu'elle peut solliciter sans formalité particulière sous forme de lettre ordinaire, en rappelant la référence de l'art. R.141-1 CSS et sans qu'aucun "temps mort" ne vienne freiner le déroulement "expéditif" de la procédure, c'est-à-dire dès la constatation du désaccord.

Le DDASS n'était tenu lui-même par aucune formalité particulière et c'était "immédiatement" qu'il devait, selon l'art. 2 du D. du 07 janvier 1959 aviser la caisse de la désignation de l'expert. Mais des retards ayant été observés, des dispositions particulières ont été prises par le D. du 18 mars 1986 (art. 1er modifiant l'art. R.141-1 CSS) pour enfermer la réponse du DDASS dans un délai d'un mois à compter de la contestation et sur lequel s'impute donc le délai de sa saisine, ce qui revient à dire que la caisse doit réellement faire diligence afin de lui

---

[1] *Rappelons que cette liste avait été prévue en matière d'ALM au cas où, par suite de leur désaccord sur le traitement du malade, le MC et le MT n'avaient pu se mettre d'accord sur le choix de l'expert, le DRS devant lui-même procéder à la désignation de l'expert sur cette liste (art. 33 ord.19 octobre 1945).*

[2] *Titre III – Chap. II – § 2.*

laisser un reliquat de délai convenable pour prendre connaissance du dossier et procéder à la désignation[1]. Et l'existence de ce délai autorise, à notre avis, le SCM de la caisse à rappeler dans sa demande la date-butoir qu'il engendre.

• Mais les textes officiels n'ont pas davantage donné de précisions sur le défaut d'accord qui légitimait l'intervention du DDASS ou de ses prédécesseurs, et la jurisprudence et des lettres ministérielles ont dû apporter les précisions indispensables.

Rappelons que le défaut d'accord est établi lorsque le MT, interrogé par écrit, n'a pas fourni de réponse dans un délai de huitaine ou par suite de l'absence de MT avec lequel le MC n'a pu se mettre en rapport[2].

Mais il semble qu'il y ait lieu de conserver une trace de l'interrogation du médecin traitant, surtout par téléphone ou, en son absence, par tout moyen approprié, la Cour de cassation considérant qu'il y a lieu à nullité de l'expertise pratiquée sur désignation du DDASS, quand aucune pièce n'établit que l'accord du MT sur le choix commun de l'expert ait été vainement sollicité, la charge de la preuve incombant bien à la caisse, ce qui ne constitue pas un renversement de cette charge[3].

Nous ne pouvons que souscrire à cette rigueur car l'intervention du directeur général de l'ARS ne saurait constituer une commodité ou un remède discrétionnaire aux difficultés de réalisation de l'accord et qui revêtirait un caractère "résiduel", à tel point que le DDASS était fondé antérieurement à désigner comme expert le médecin sur le nom duquel l'accord n'avait pu se faire, et alors même que n'avait été invoqué contre lui aucun des motifs de récusation visés aux art.234 et 341 NCPC. Et ceci paraît donc constituer le seul obstacle auquel peut se heurter le pouvoir d'appréciation du directeur général de l'ARS, dont la compétence en la matière paraît relever du contentieux général[4].

2°) La situation particulière du médecin traitant dans les régimes spéciaux[5]

C'est donc en dehors de tout désaccord qu'intervient le directeur général de l'ARS pour procéder à la désignation de l'expert lorsque le MT est, soit un médecin attaché à l'entreprise ou à l'établissement employeur, soit un médecin au service de l'organisation spéciale de Sécurité Sociale, en vertu des dispositions toujours en vigueur de l'arrêté du 17 décembre 1959 (art. 1 et 2), le droit commun retrouvant son empire si le MT n'est pas dans l'une de ces deux situations[6].

Cette adaptation avait été établie dès l'origine dans les mêmes termes[7], par référence aux dispositions de l'ord. du 19 octobre 1945 (art. 33 et 99) et de la loi du 30 octobre 1946 sur les

---

1 *Ce qui ne permet pas d'écrire que le MC et le MT disposent d'un délai d'un mois pour trouver un terrain d'entente – DRASS du Centre, "L'expertise médicale dans le cadre de la procédure judiciaire du contentieux de la SS" Par J. Cl. COLRAT, Inspecteur ; JCP contentieux général de la sécurité sociale, expertise médicale fascicule 784 (29) éd. 2000.*

2 *Voir supra § 1 – C/.*

3 *Cass. soc. 22 mars 1989 BC V-243 préc.*

4 *Cass. soc. 15 juillet 1987 BC V-474 ; TA Châlons-sur-Marne 28 avril 1987 – D.89-Sommaire 84 – obs. X. PRETOT, préc.*

5 *Visés par le D. 8 juin 1946 (art. 62 devenu art. R.711-1 CSS modifié par D. 91-489 du 14 mai.*

6 *Sont moins concernés par ce recours éventuel les régimes spéciaux dits "particuliers" qui ne couvrent que certains risques, les bénéficiaires étant rattachés pour d'autres et notamment pour les prestations en nature de l'assurance maladie, au régime général dans le cadre d'une organisation autonome, tels par exemple le régime des fonctionnaires civils de l'état, des agents des collectivités locales, d'EDF-GDF, tandis que par opposition les régimes de la SNCF, des Mines, de la RATP, des militaires de carrière, constituent des régimes spéciaux à part entière dans lesquels la situation du MT peut ne pas être la même que dans le régime général.*

7 *La Cour de cassation a estimé que la mission de l'expert ne pouvait pas pour autant être fixée par le DDS mais dans les conditions de l'art.4 D. 7 janvier 1959 (art. R.141-3 CSS), c'est-à-*

AT/MP (notamment art. 27 et 45), tant il était apparu à leurs auteurs que le commun accord, quand le MT n'était pas dans une situation d'indépendance vis-à-vis de l'organisme de prise en charge, par suite du conflit d'intérêt auquel il pouvait être en proie, ne pouvait qu'être exposé au risque de dégénérer en "accord maison", qui n'aurait pas ainsi garanti le principe du contradictoire dans la désignation de l'expert et, donc, les intérêts légitimes du malade ou de la victime.

• Ces considérations avaient conduit la Cour de cassation à estimer que, dans le régime minier, l'organisation spéciale de Sécurité Sociale devait s'entendre de la totalité des organismes chargés des différents risques et non de chacun de ces organismes pris isolément, pour considérer que le choix de l'expert devait être opéré par le DDS[1]. En l'espèce, elle n'a pas retenu l'argumentation de l'employeur exploitant chargé du risque AT/MP, et qui estimait que la situation du MT choisi, attaché à la société de secours minière, organisme juridiquement indépendant gérant d'autres risques et relevant de la caisse autonome de Sécurité Sociale dans les mines imposait, pour la désignation de l'expert, le choix d'un commun accord entre les deux praticiens (MC et MT), ce qui excluait donc l'application des dispositions spéciales de l'arrêté du 17.12.1959 pour une désignation par le DDS.

Cette jurisprudence nous paraît tout à fait valable pour d'autres régimes spéciaux d'organisation similaire, et dans lesquels apparaît à tout le moins une différenciation dans la charge des risques[2], sans incidence donc au regard de la considération de l'organisation spéciale.

• Demeure donc la question de l'applicabilité des dispositions de l'arrêté du 17.12.1959 au regard de la seule situation du MT vis-à-vis de cette organisation spéciale qui doit donc s'entendre de la totalité des organismes chargés de la gestion des différents risques.

Il existe en effet, dans la plupart des régimes spéciaux, un régime hybride quant au choix du MT, qui peut ne pas être un médecin attaché à l'entreprise ou à l'organisation spéciale de Sécurité Sociale, mais un MT sans lien juridique avec ces dernières et apparaissant donc comme le MT pouvant négocier avec leur médecin contrôleur, le choix de l'expert au cas de litige[3]. Nous estimons d'ailleurs qu'il y a lieu de considérer comme médecin attaché à l'entreprise ou à l'organisation spéciale de Sécurité Sociale tout médecin choisi comme MT, qui ne dispense ses soins qu'en fonction d'un engagement particulier à l'égard de ce régime, que ce soit sous forme de salariat à temps complet ou à temps partiel, ou de simple agrément pour le cas où le médecin choisi, exerçant exclusivement de façon libérale, a conservé sa propre clientèle.

Mais il faut noter que certains litiges d'ordre médical concernant les arrêts de travail dont l'indemnisation relève le plus souvent de dispositions statutaires, échappent à l'expertise médicale, l'art. 2 arrêté 17.12.1959 disposant que ceux concernant les personnels de l'Etat, des départements et des communes (et de leurs établissements n'ayant pas le caractère industriel et commercial), relèvent du contentieux administratif, ce dont il résulte a contrario que ceux concernant les personnels des entreprises ou services ayant ce caractère, tels par exemple la SNCF, la RATP, EDF-GDF ou les Mines, relèvent du contentieux général de la Sécurité Sociale, la PEM leur étant par suite applicable.

---

dire par l'organisation spéciale de Sécurité Sociale elle-même, Cass. soc. 18 décembre 1963, BC-IV-748.

[1] *Cass. soc. 16 décembre 1976 BC V-689.*

[2] *Par exemple à la SNCF où la caisse de Prévoyance dotée d'une personnalité autonome a la charge des prestations en nature des assurances maladie et AT/MP, tandis que c'est l'employeur qui garantit l'indemnisation des arrêts de travail.*

[3] *Pendant longtemps la jurisprudence n'a admis qu'une conception globale du principe de l'équivalence des prestations du régime spécial par rapport à celles du régime général, avec limitation du libre choix considéré comme compensé par la gratuité des soins ou le tiers payant, avec toutes ses conséquences, sauf cas de force majeure, seules quelques décisions tendant, en dépit des restrictions particulières, à sauvegarder l'application intégrale du libre choix avec remboursement sur la base des principes retenus dans le régime général, mais aujourd'hui la plupart des régimes spéciaux ont admis le libre choix (depuis le 1er janvier 1984, à la SNCF par exemple).*

• Bien que, comme l'art. R.141-1 CSS pour la saisine du directeur général de l'ARS, à défaut d'accord entre le MC et le MT, l'arrêté du 17.12.1959 ne donne aucune indication à ce sujet, nous considérons que c'est au service du contrôle médical de l'organisation spéciale de Sécurité Sociale qu'il incombe de le saisir, comme pour le défaut d'accord, et que les délais de trois jours pour la saisine du MT et de un mois pour la réponse du directeur général de l'ARS, pris à compter de la date de réception de la contestation (art. R.141-1 CSS), sont transposables, l'un pour sa saisine, l'autre pour sa réponse, la procédure devant demeurer enfermée dans de brefs délais jusque dans ses dispositions particulières.

Par ailleurs, les recommandations formulées aux caisses quant au contenu de la demande au cas de défaut d'accord entre le MC et le MT[1], nous paraissent valoir également pour les organisations spéciales de Sécurité Sociale.

Demeure donc, avant d'en terminer avec la désignation de l'expert par le directeur général de l'ARS, la question de l'étendue de son choix.

B/ L'étendue du choix du directeur général de l'ARS

Depuis le D. du 18 mars 1986, le DDASS ne pouvait donc plus choisir l'expert que sur la liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de Sécurité Sociale, créée par le même décret, ce qui mettait fin à l'utilisation de la liste établie par ses prédécesseurs depuis l'origine, mais la modification s'inscrivait dans celle, plus générale, de la suppression de l'entière liberté de choix, en dehors de toute liste, du MC et du MT, lesquels devaient donc eux-mêmes se conformer à cette liste.

Si le choix de ce haut fonctionnaire de l'Administration de la Santé sur sa propre liste a toujours été subsidiaire, n'intervenant qu'au cas de défaut d'accord entre le MC et le MT (ou dans les régimes spéciaux si le MT était considéré comme n'étant pas dans une situation d'indépendance), dont le libre choix ne les obligeait d'ailleurs pas à recourir à cette liste, ce qu'il convient de rappeler eu égard aux nombreuses confusions révélées en la matière lors de cette modification de 1986, en revanche, la liste nouvelle paraît revêtir un intérêt particulier avec l'exigence d'une spécialisation en matière de SS qui lui imprime une vocation d'utilisation générale, y compris donc pour la juridiction compétente au cas de demande de nouvelle expertise acceptée par elle.

Et de la même façon que les conditions de son établissement, calquées sur celles des autres listes d'experts judiciaires avec cette particularité de l'exigence de l'avis du DRASS[2], il nous appartient de mettre en exergue le contenu de cette spécialisation, de même que les conditions d'exercice de ces nouveaux experts, pour savoir en quoi la référence exclusive à cette liste n'a pu répondre à l'attente pour le choix exercé par le MC et le MT.

1°) Le choix du DRS (puis DDS, puis DDASS) sur une liste établie par lui-même jusqu'au D. du 18 mars 1986

• L'art. 33 de l'ord. du 19 octobre 1945 (auquel renvoyait donc l'art. 99 pour l'EM) faisait ainsi obligation au DRS de dresser une liste d'experts, après avis du ou des syndicats professionnels de praticiens intéressés et du Conseil d'Administration de la caisse régionale de sécurité sociale (CRSS), le principe étant repris par l'art. 2 du D. du 07 janvier 1959.

Rappelons que cette liste était commune aux deux types d'expertise, la "thérapeutique" et la "médicale", et sa confection fit l'objet de recommandations ministérielles aux DDS pour la compléter afin qu'il soit possible de s'adresser à plusieurs médecins, si les premiers médecins

---

[1] *Circulaire ministérielle 53 SS en date du 4 juin 1959 – Titre III – chap. 2 – § 2.*

[2] *Mais supprimé par D. 2003-614 du 3 juillet modifiant l'art. R.141-1 al. 1 CSS.*

contactés ne pouvaient effectuer l'expertise dans des délais raisonnables[1]. On alla même, pour ce faire, jusqu'à inscrire des experts figurant sur les listes des départements voisins après les avoir proposés, bien sûr, aux autorités dont l'avis était requis, une telle pratique justifiée à nos yeux, sur le plan médical, le DDS ne faisant jamais que se comporter en médecin plus soucieux des garanties à donner aux parties en cause pour des solutions d'équité, avec des experts possédant l'autorité et les connaissances indispensables, que de ses obligations strictement administratives.

• Mais, comme pour l'invraisemblable emprunt par l'EM de l'examen conjoint propre à l'ALM prévue à l'art. 33, "inspiré" par la doctrine et la jurisprudence, cette autre forme de croyance s'était répandue que ladite liste constituait la référence exclusive pour le choix de l'expert, que ce dernier fut opéré par le MC et le MT ou par le DDS et ce, faute d'une lecture convenable des textes, ainsi dépouillés de leur contexte social.

Il était en effet apparu impossible à certains auteurs, qu'ait pu être imaginée une expertise en dehors de tout recours à une liste, à partir de la seule volonté des deux médecins, et qui était bien, en tout cas, celle du législateur de 1945, ce qu'eut d'ailleurs besoin de rappeler la jurisprudence[2].

C'est ainsi qu'on pouvait lire, dans un document de première importance de 1983[3] :

"Elle (l'expertise) n'est pas pour autant à l'abri de critiques. Il suffit de rappeler que le médecin expert est désigné d'un commun accord par le DDS, sur une liste établie par lui… Nombreux sont les praticiens du droit qui pensent que l'expert ainsi désigné est dans la mouvance des caisses de SS…" ! Et eût-on voulu ne croire qu'au caractère exceptionnel de cette invraisemblable thèse, qu'on ne l'aurait pas pu. En effet, dans un article publié lors de la modification apportée par le D précité du 18.03.1986, on pouvait lire que :

"Le médecin expert est désigné d'un commun accord par le MC et le MT ou, à défaut d'accord, par le DDASS (qui avait remplacé le DDS). Avant le D. de 1986, ce médecin expert était pris sur une liste établie par ce Directeur départemental. Du texte nouveau, il résulte qu'au lieu d'être inscrits sur une liste établie par le DDASS les experts sont maintenant choisis sur la liste établie par la cour d'appel"[4].

Et les mêmes auteurs de confirmer leur confusion, se trompant alors de cible, en fustigeant cette liste du DDS :

"Il n'est pas sans intérêt d'observer également que le mode de désignation est une source de lenteur puisque la caisse doit inviter le MT à faire son choix… et son choix parmi les experts préalablement choisis par le DDS"[5] ! (Mais nous n'avons jamais rencontré de MC qui ait pu procéder à une telle exclusive),

Ou encore :

"L'on ne peut que se féliciter de ce qu'un groupe particulier d'experts regagne le giron de tous ceux inscrits sur une liste générale. Il n'est que temps de pratiquer l'œcuménisme en la matière et de faire cesser les "chapelles" comme les particularismes qui ne s'imposent nullement. Il n'est que temps de ne voir qu'une seule catégorie de techniciens répondant réellement à cette appellation spécifique d'experts. Il n'est que temps d'envisager une liste unique d'experts dans laquelle peuvent puiser tous ceux qui en ont besoin pour toute mesure d'instruction : magistrats, assureurs, juristes, personnes privées et victimes, et qui seraient ainsi assurés de trouver , quand

---

1 *Circulaire 84-SS du Ministre de la Santé et de la Population en date du 5 avril 1946 (non publiée) ; circulaire 119-SS du même Ministre en date du 22 juillet 1954, adressées aux DDS.*

2 *Cass. soc. 5 décembre 1970 BC V-600.*

3 *"Le Contentieux de la SS : Bilan et perspectives", rapport 1983 présenté par H. GAILLAC, Conseiller à la Cour de cassation, et M. YAHIEL, membre de l'IGAS, au Ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité, et au Ministre de la Justice, p.123.*

4 *Journal de Médecine légale – Droit médical 1987, T 30 n°2 : "une nouvelle rubrique sur les listes judiciaires : les experts en matière de SS" par M. OLIVIER, p.96-97.*

5 *Rapport préc. de 1983 p.123.*

ils en ont besoin, les experts dont le mérite, la qualification, la compétence, ont été reconnus par des organismes compétents composés de juristes et de techniciens dont l'impartialité et l'indépendance sont absolument indiscutables"[1].

• Nous ne pouvons que condamner avec la plus grande fermeté cette fausse querelle de listes dont la connotation de plaidoyer "pro domo" a pu conduire à de regrettables erreurs d'appréciation, ironiques de surcroît, et dont la rectification s'est imposée à nous.

Il est heureux que le D. du 20 avril 1988, bien qu'il ait compromis "l'œcuménisme" prétendu de la nouvelle liste, ait révélé en quelque sorte, en maintenant le recours obligatoire à la liste nouvelle pour le choix du DDASS tout en l'excluant pour le MC et le MT, qu'il n'y avait pu y avoir, avant la réforme de 1986, d'autre choix que celui, libre, du MC et du MT, indépendamment de toute liste, ce qui n'excluait pas, évidemment, que le médecin expert choisi put figurer sur cette liste.

La conséquence essentielle de la création de cette liste a donc été, rappelons-le encore, la suppression de l'entier libre choix du MC et du MT pour remédier, avant toute chose, à l'insuffisance de qualification de l'expert par rapport à la nature de l'affection en cause et de ses connaissances en matière de SS, ce qu'on ne pouvait donc essentiellement constater que dans le cadre du libre choix du MC et du MT ne s'exerçant pas nécessairement sur la liste du DDASS. Celle-ci ne pouvait donc être érigée en cause de tous les maux, en réduisant les données du problème à une querelle de listes, qu'inscrit bien en faux le rétablissement de l'entier libre choix du MC et du MT par le D. du 20 avril 1988, avec l'exigence, formulée expressément, de l'adéquation de la qualification de l'expert à la nature de l'affection en cause, du moins pour certaines spécialités.

Reste donc que pour exceptionnelle qu'ait pu être l'intervention du DDASS, il était le seul, au cas de recours initial, à devoir obligatoirement opérer son choix sur la liste nouvelle, et c'est pourquoi nous avons choisi d'évoquer dès ce stade les conditions d'établissement de la liste et le contenu de la spécialisation en matière de Sécurité Sociale, ce qui vaudra nécessairement pour le juge tenu par la liste au cas de demande de nouvelle expertise acceptée par lui (§ 3).

2°) Le choix du DDASS (puis du directeur général de l'ARS) sur la liste nouvelle d'experts judiciaires spécialisés en matière de SS créée par le D 18 mars 1986

a) Les conditions d'établissement de la liste

Elles ont donc été calquées sur celles établies en vertu de la loi 71-498 du 29 juin et D. 2004-1463 du 23 décembre (qui a abrogé le D. 74-1184 du 31 décembre) relatifs aux experts judiciaires, et selon lesquels est dressée une liste nationale par la Cour de cassation et une liste par cour d'appel, et le D. du 12 mai 2006 (art. R.141-1 al.1 CSS modifié en conséquence) ayant étendu l'établissement de la liste des experts judiciaires spécialisés en matière de Sécurité Sociale, limitée initialement à la cour d'appel, à la Cour de cassation, il en résulte une application pure et simple du droit commun en la matière[2].

Mais au-delà de l'intérêt que pouvait revêtir cet alignement, et aussi de l'étonnement qu'il pouvait susciter, compte tenu des conceptions originelles de la procédure, excluant toute "judiciarisation", fût-ce au niveau de la seule étendue du choix de l'expert, c'était bien la création d'une spécialisation en matière de SS qui pouvait paraître remarquable et dont les titulaires ne pouvaient, s'agissant de médecins, n'être inscrits que dans la rubrique générale "Médecine", mais au titre des spécialités, et qu'il n'y avait donc pas lieu de confondre avec la rubrique générale "Sécurité Sociale" exclusive de toute référence médicale.

---

1 *Journal de Médecine légale – Droit médical 1987 préc. p.100.*

2 *Rappel que l'avis du DRASS avait été supprimé par D. 2003-614 du 3 juillet (modifiant art. R.141-1 al.1 CSS).*

S'opérait donc la jonction du "médical", avec la garantie de l'adéquation de la qualification à la nature de l'affection en cause, la liste comportant des généralistes et des spécialistes, et du "légal", avec la spécialisation garantie en matière de SS.

Et ce fut d'autant plus remarquable que les conditions d'établissement des rubriques sur les listes d'experts n'avaient jamais fait l'objet de dispositions légales ou réglementaires[1], si ce n'est que les listes sont désormais dressées, selon l'art. 1er D précité du 23.12.2004, conformément à une nomenclature établie par arrêté du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, avec des branches comportant diverses rubriques, et au sein de laquelle la spécialisation a normalement pris place (rubrique F9 dans branche "Santé").

Demeure donc la question du contenu de la spécialisation en matière de SS.

b) Le contenu de la spécialisation en matière de Sécurité Sociale

Pas plus que sur la forme, quand était requis l'avis du DRASS, aucun texte officiel n'a jamais donné la moindre indication sur le contenu de cette spécialisation. Et c'est d'autant plus regrettable qu'il avait été proposé que le DRASS ou son représentant fut invité par le premier Président de la cour d'appel à venir en personne présenter les dossiers des candidats[2].

Il pouvait d'ailleurs paraître inquiétant que l'impulsion put ainsi venir uniquement d'autorités extérieures à l'autorité judiciaire et notamment de l'autorité de tutelle des organismes de SS, parties à l'expertise, au point de considérer les Assemblées générales des cours d'appel, théoriquement souveraines, comme devant entériner purement et simplement les avis donnés par le DRASS[3]. Et on pouvait penser qu'un vent différent et à tout le moins nouveau, venu de l'autorité judiciaire, soufflerait, porteur d'indications sur le nouvelle spécialisation, mais il n'en fut rien et l'avis du DRASS n'est plus requis…

Des investigations que nous avons pu mener, il résulte qu'actuellement le nombre d'experts spécialisés en matière de SS est conséquent[4], mais aucun "formatage" de spécialisation n'est apparu, l'empirisme paraissant dominer, d'autant qu'aucun diplôme ou UV de Sécurité Sociale n'est prévu dans le cadre des études de médecine, si ce n'est celui, facultatif, de "réparation juridique du dommage corporel" induisant parfois la reconnaissance de la spécialisation en la matière…

Nous avions demandé une entrevue avec le magistrat chargé des relations avec les experts judiciaires, et c'est une audience du président de la chambre sociale de la cour d'appel (Section B) qui nous a été accordée, l'agrégation en médecine pouvant, elle aussi, induire la reconnaissance de cette spécialisation…

On peut regretter ce "flou", car le médecin choisi en dehors de la liste ne présente pas forcément la garantie qu'on est en droit d'attendre de la part d'un expert inscrit sur ladite liste…

---

[1] *La circulaire 75/9 du Garde des Sceaux en date du 2 juin 1975 stipulait, quant aux différentes rubriques que la liste pouvait comporter, que chaque cour d'appel en demeurait maîtresse, en décidant librement en fonction des experts dont elle disposait.*

[2] *Journal de Médecine légale – Droit médical 1987, T 30 n°2 p.95-101 : " une nouvelle rubrique sur la liste des experts judiciaires : les experts spécialisés en matière de SS", par M .OLIVIER – préc. p.99.*

[3] *La circulaire 89/15 du Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale préconisait que fut recueilli l'avis des MC régionaux et du Médecin-Chef de la MSA départementale, ainsi que du ou des syndicats professionnels médicaux membres d'une organisation professionnelle nationale représentative, signataire de la Convention médicale mais, en pratique, ne furent consultés, le plus souvent, que les médecins-inspecteurs régionaux de la santé…*

[4] *Quatre-vingt environ sur les listes 2009 et 2010 de la cour d'appel de Bordeaux, dont la moitié de spécialistes.*

Demeure donc le dernier cas de figure, la désignation de l'expert par la juridiction compétente.

§ 3 – La désignation de l'expert par la juridiction compétente

Elle n'intervient qu'au cas où le juge accepte, sur demande d'une partie, d'ordonner une nouvelle expertise, cette possibilité étant donc assez récente puisqu'issue de la loi du 23 janvier 1990 (art. 3 modifiant l'art. L.141-2 CSS) et elle consacre l'idée que lorsqu'une expertise n'a pu permettre la solution du litige, le recours à une nouvelle expertise suppose que le juge reprenne lui-même en mains la procédure et qu'il ne puisse faire appel qu'à des experts judiciaires spécialisés en matière de sécurité sociale, figurant sur la liste prévue à l'art. R.141-1 CSS.

Il n'y a donc pas à proprement parler de droit à une nouvelle expertise, la désignation de l'expert par le juge étrangère à la procédure initiale, et ce caractère de subsidiarité oblige à cantonner ce cas de figure dans le cadre de la portée de l'avis de l'expert, comme un remède éventuel à l'insuffisance de qualité de cet avis, et non pas comme un cas de désignation de l'expert parmi d'autres.

Rappelons cependant que lorsqu'une expertise est annulée, comme ne répondant pas aux conditions essentielles de régularité ou de validité, il y a lieu de recourir à une "nouvelle expertise" dans les formes initiales, de telle sorte que le tribunal ne peut ni choisir l'expert, ni en fixer la mission[1], quand ce sont les parties qui ont eu recours à l'EM, sauf cependant à dicter lui-même la solution, et ce n'est que dans le cas ou l'expertise annulée avait été ordonnée par lui-même au cas de DOM survenue en cours d'instance, que le tribunal peut, conformément à l'art. R.142-24 al.2 CSS, fixer la mission sans pouvoir choisir l'expert[2].

L'expert choisi, il faut bien lui impartir sa mission, ce qui se fera soit dans le cadre du protocole prévu à l'art. R.141-3 CSS et dressé par la caisse, soit par la juridiction elle-même, qui le saisira par sa décision.

SECTION III – LE PROTOCOLE D'EXPERTISE ET LA MISSION DE L'EXPERT

• L'exigence d'un protocole dressé par le MC et le MT à l'intention de l'expert est apparue dans une procédure propre aux AT/MP, avec l'art. 3 D. du 21 janvier 1956 dont l'al. 4 prévoyait qu'y était incluse la mission de l'expert, avec l'énonciation des questions posées ainsi que des avis respectifs des deux médecins.

On peut s'étonner d'une progression aussi importante de la procédure à l'occasion d'une modification formelle des textes, mais celle-ci devait malgré tout précipiter l'instauration d'une procédure propre aux AT/MP.

En effet, la procédure originelle commune, par le biais de l'art.33 de l'ord. du 19 octobre 1945 propre à l'ALM en assurances sociales et auquel était emprunté par l'art. 99 ord. le principe de l'expertise médicale avec le choix de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT et, au

---

1 *Cass. soc. 13 mai 1976 – M… c/CPAM Haute Marne – JCP 1978-II-18884.*

2 *Cass. soc. 13 février 1997 BC V-67 ; RJS 1997 n°333.*

cas de désaccord, par le DRS, n'avait pas donné lieu, comme le faisait l'art. 99 lui-même propre aux contestations sur l'état du malade, au renvoi à un arrêté fixant les modalités d'applications de la procédure[1], les auteurs de la loi du 30 octobre 1946 et du D 31 décembre 1946 sur les AT/MP s'étant limités au renvoi à l'art.33 et aux textes pris pour son application, en l'occurrence le RICP pour le service des prestations, y compris donc l'ALM.

C'est ainsi que le RICP pour le service des prestations AT/MP[2], développa un certain nombre de mesures administratives sous le titre "Expertises médicales" et notamment au cas de divergence entre le MC et le MT sur l'état de la victime, ou si cette dernière en faisait la demande, un nouvel examen par un expert, la caisse notifiant à ce dernier sa désignation avec la précision par écrit de l'objet de sa mission, le MC et le MT étant informés par l'expert de leur possibilité d'assister à l'expertise.

L'EM était donc vue ici comme mesure d'instruction, indépendamment de tout recours, mais toujours subordonnée à une divergence entre le MC et le MT, sans droit d'initiative propre de la caisse, et empreinte de sollicitude à l'égard de la victime qui pouvait "toujours" la requérir[3], ce qui était loin de garantir une présentation objective du litige, lorsque survint le D. du 20 mai 1955, qui supprimait l'ALM et donc l'art. 33 de l'ord.

Et c'est à cette occasion, si l'on peut dire, que le D. précité du 21 janvier 1956 modifiant l'art.43 du D. du 31 décembre 1946 qui faisait référence à cet art.33, et reprenant les mesures du RICP concernant la mission, fit naître ce document officiel, le protocole, qui permettait donc de saisir l'expert de façon ordonnée. Et il ne semblait pas faire de doute, le protocole ainsi dressé par le MC et le MT, que la question posée à l'expert devait être rédigée de leur commun accord, ce qui, conjugué au fait que devaient y être mentionnés leurs avis respectifs, conférait un caractère substantiel et contradictoire à une procédure qui se voulait avant tout contentieuse. En effet, l'arrêté homologue de celui concernant l'état du malade, et dont nous déplorions l'absence, devait être pris en application des textes supprimant la référence à l'art.33 ord. du 19 octobre 1945, en exigeant notamment que soient mentionnés dans le protocole, le cas échéant, les motifs invoqués par la victime à l'appui de sa demande, et que l'expert avise le MC et le MT qui pouvaient ainsi assister à l'expertise[4].

Propres aux AT/MP, ces dispositions furent généralisées par le D 07.01.1959, le protocole devenant la pièce maîtresse dans tous les cas de saisine de l'expert, à peine de nullité de la procédure[5], avec cette différence, qui peut paraître fondamentale, que c'était la caisse qui établissait le protocole :

"Dès qu'elle est informée de la désignation du médecin expert, la caisse établit immédiatement un protocole mentionnant obligatoirement…" (art.4 codifié R.141-3 CSS), ce qui conférait, à s'en tenir à la lettre du texte, un caractère unilatéral à l'établissement de la mission de l'expert, mais nous ne pensons pas que les auteurs du D. du 07 janvier 1959 aient pu perdre de vue le droit des parties et la saisine de l'expert de façon contradictoire.

Bien que le texte vise la caisse, dans la pratique c'est le SCM qui établit le protocole et l'adresse à l'expert, le MC ayant une part prépondérante dans la procédure. Mais le protocole demeure, en droit, un document médico-légal excluant toute appropriation de ces fonctions par le SCM, comme cela est souvent le cas et supposant donc, pour la rédaction de la mission, en tant que de besoin, une collaboration avec les services administratifs, la question médicale ne paraissant pas détachable de la législation à laquelle elle s'applique et sur laquelle s'exercera donc l'art du médecin expert. Par suite, la compétence de la caisse, flanquée de l'inévitable intervention du SCM dans le déroulement des opérations d'établissement du protocole, doivent reposer non pas sur la détermination rigide des rôles respectifs des services concernés, mais sur le développement de leur esprit de coopération.

---

1 *Arrêté du 27 mai 1946 (JO du 6 juin).*

2 *Arrêté du 8 juin 1951 (JO du 3 juillet).*

3 *Voir supra Section I – Le déclenchement de la procédure.*

4 *Arrêté du 24 juillet 1956 pris en application D. 13 août 1955 créant un art.27 bis dans la loi du 30 octobre 1946 pour tenir compte de cette suppression.*

5 *Cour de Colmar 12 juillet 1960 – BJ FNOSS n°15-1961 préc.*

• Demeure donc la question fondamentale des conditions d'établissement du protocole et, notamment, de la mission de l'expert à l'égard du MT. Il n'y a pas eu, à notre connaissance, de cas où la jurisprudence ait été amenée à se prononcer directement sur la question précise de la communication au MT, sinon pour accord, du moins pour avis, de la mission d'expertise, ce qui s'est trouvé largement occulté à travers la présentation à sa signature du protocole, comportant la rédaction préalable, de façon unilatérale donc, de cette mission.

De telle sorte que, si les exigences du principe du contradictoire et des droits de la défense ont conduit la jurisprudence à faire de l'indication dans le protocole des avis respectifs du MC et du MT et, le cas échéant, des motifs invoqués par le malade ou la victime, des éléments substantiels de la procédure et se suffisant à eux-mêmes en quelque sorte, en revanche le protocole a toujours été déclaré régulier dès lors qu'y était simplement indiquée la mission confiée à l'expert, sans donc qu'ait été jamais soulevée par elle cette question fondamentale des conditions d'établissement de cette mission, dont la portée déborde largement le seul cadre du protocole, au sein duquel elle doit apparaître.

Bien que tous ces éléments présentent une grande importance, nous consacrerons par la suite un paragraphe particulier à celui qui a pour objet de fixer la mission de l'expert car, si cette dernière est indissociable du protocole établi, elle fut tout de même d'apparition antérieure et, au cas de recours à une nouvelle expertise, elle est établie hors de tout nouveau protocole, le juge prenant sa décision au vu du rapport de l'expertise contestée, qui comporte le rappel du protocole afférent…

• Mais, à ces éléments qui doivent obligatoirement figurer dans le protocole, la circulaire ministérielle précitée en date du 04.06.1959 ajoute l'indication de certaines dispositions d'ordre juridique auxquelles l'expert est tenu, et ne pouvant donc que faciliter sa tâche, en évitant que les conditions de déroulement de l'expertise comportent des irrégularités constituant des causes de contestation. Et la même circulaire recommande également d'annexer au protocole un certain nombre de pièces médicales ou administratives susceptibles de permettre l'utilisation la plus fructueuse du protocole.

Il va de soi que la notification de sa désignation à l'expert par le protocole doit mentionner un certain nombre de "coordonnées procédurales", c'est-à-dire le nom et l'adresse du malade ou de la victime et de l'organisme en cause, le mode de désignation de l'expert d'un commun accord ou par le directeur général de l'ARS ou par la juridiction ayant décidé de recourir à l'expertise (copie de la décision jointe), en précisant si celle-ci a été sollicitée par le malade ou la victime ou par la caisse en application d'un texte lui imposant cette obligation. Et eu égard aux incidences que peuvent avoir ces éléments sur la régularité de la procédure au cas de contestation, nous ne pouvons que recommander que ne soit pas perdu de vue le caractère médico-légal du protocole, à travers le formulaire spécial généralement établi par la caisse et sur lequel ces éléments doivent donc apparaître, s'agissant d'une pièce contentieuse susceptible d'être communiquée aux juridictions.

Ces considérations nous paraissent justifier d'un plan traitant d'abord de la question des mentions obligatoires, puis de celle des mentions ou annexes qui ne présentent qu'un caractère complémentaire, toutes constitutives du protocole (§ 1er) avec, comme nous l'avons annoncé, un développement particulier consacré à la question fondamentale de la mission de l'expert (§ 2) avant d'aborder, dernier acte de la phase préparatoire de l'expertise, la saisine même de l'expert (§ 3).

§ 1er – Les mentions constitutives du protocole

Le protocole n'est soumis à aucune formalité particulière, la caisse étant libre de le présenter suivant la formule qui lui paraît la meilleure, mais nous pensons qu'il est essentiel que figure, sitôt après l'indication des "coordonnées procédurales" du litige, la partie médicale qui

présente une importance capitale, en respectant l'ordre de l'art. R.141-3 CSS (A). Ce n'est qu'après que seront indiquées les mentions simplement recommandées, mais il conviendra de faire état, au même titre, des pièces pouvant être utilement annexées au protocole (B).

A/ Les mentions obligatoires du protocole

Ces mentions sont donc celles énumérées à cet art. R.141-3 CSS, c'est-à-dire les avis respectifs du MC et du MT, le cas échéant les motifs invoqués par le malade ou la victime quand ce sont eux qui ont sollicité l'expertise, et elles visent à exposer le problème médical à l'expert, la dernière mention concernant l'indication de la mission et l'énumération des questions posées.

1°) L'avis du médecin traitant

• Ce sera donc la première mention de la partie médicale du protocole, le MT devant exprimer son opinion laquelle, de façon générale, sera en opposition formelle avec celle du MC, que leur divergence ait été suivie d'une décision de la caisse à la base de la contestation du malade ou de la victime, ou qu'elle ait donné lieu directement à expertise, comme c' est prévu dans un certain nombre de cas, la divergence n'en étant pas moins avérée, et l'avis du MT sera d'autant plus important qu'il a en principe pour but de démontrer le bien-fondé de la contestation.

Ne saurait donc par suite être prise en compte, sans nuire aux droits de la défense et à l'éclairage de l'expert, la mention se bornant à affirmer que l'accident doit être reconnu au titre de la législation AT ou bien qu'il s'agirait plutôt d'une consolidation que d'une guérison ou que la pathologie du malade semble relever d'une ALD. Il est évident que de tels avis n'en sont pas, et cette carence est d'autant plus fâcheuse que nombre de MT n'assistent pas à l'expertise et qu'en tout état de cause, l'expert doit disposer d'un écrit comportant les éléments d'ordre médical étayant l'avis du MT, qu'il devra d'ailleurs intégrer dans son rapport à travers la discussion des points qui lui auront été soumis (art. R.141-4 al.5 CSS).

• La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée, à notre connaissance, sur l'insuffisance des motifs ou les mentions incomplètes de l'avis du MT, mais elle a dû prendre position sur le défaut de cet avis en approuvant la commission de première instance (CPI), qui en avait déduit que l'expertise était sans effet entre les parties, ce que nous approuvons, eu égard à la sauvegarde de leurs intérêts et de la saisine de l'expert de façon contradictoire[1].

Par contre, nous n'approuvons pas qu'ait pu être utilisée la fiction juridique pour pallier les manquements à la procédure, le protocole en l'absence de l'avis du MT ayant été considéré régulier, la date et la signature apposées par ce dernier révélant que son avis avait bien été sollicité[2] ou que ledit avis avait bien été sollicité, ce qui n'était pas contesté[3] ou, pis encore, que ledit avis ne pouvait être énoncé qu'autant qu'il avait été formulé, et alors même que l'expert n'avait pas cherché à connaître l'avis du MT[4].

Cette réduction de la question par laquelle les exigences de la procédure sont "circonscrites" et de façon apparemment contradictoire, les parties réputées s'y être conformées, et alors même que la défectuosité du MT dont on ignore totalement la cause face à sa charge d'une obligation personnelle dans l'intérêt de son patient, ne saurait affecter les droits de la défense, ne constitue à nos yeux qu'une commodité de procédure, laquelle nous paraît incompatible avec le caractère d'ordre public, substantiel et contradictoire du protocole en raison des mentions obligatoires devant y figurer. Il est réellement surprenant que n'ait pas à tout le moins été imposée comme condition de la validité de la procédure, en pareil cas, une mise en

---

1 *Cass. civ. 2ème 12 juin 1963 BC V-613.*

2 *Cass. soc. 8 novembre 1977 BC V-613 ; Cass. soc. 9 mars 2000 – RJS 2000 n°458.*

3 *Cass. soc. 4 mai 1983 BC V-233.*

4 *Cass. soc. 11 janvier 1979 – BC V-38.*

garde du praticien avec sollicitation nouvelle de son avis, compte tenu du rôle tenu par la caisse en matière d'organisation de la procédure.

On ne rappellera jamais assez qu'il est absolument nécessaire que les praticiens reçoivent une formation "médico-légale" pour leur participation à la mise en application du droit de la SS, ce genre de manquement, lorsqu'il résulte d'une attitude caractérisée du praticien, ayant conduit le Conseil national de l'Ordre des médecins, dont la sentence a été approuvée par le Conseil d'Etat, à infliger un blâme à un MT qui avait refusé de donner son avis sur une date de consolidation ou de guérison des blessures, ainsi que l'y obligeait la réglementation en matière d'AT[1].

Sans préjudice des poursuites éventuelles devant le Conseil régional de l'Ordre des médecins[2]; nous pensons qu'il est difficilement admissible que le protocole soit transmis à l'expert sans l'avis du MT dont le défaut, heureusement exceptionnel, doit conduire le MC, usant alors de pouvoirs propres lesquels, selon nous, doivent lui être reconnus pour l'organisation de la procédure, à mettre en garde le MT sur les conséquences éventuelles de son attitude dénuée de tout fondement juridique et, à défaut d'obtempération contacter, en procédant de façon consensuelle avec le malade ou la victime, un nouveau médecin, à l'aide d'un autre dossier "qu'il a sous la main" et duquel il extraira le nom.

Toutefois et sans vouloir anticiper sur la délicate question de l'ordre d'inscription des avis dans le protocole[3], nous pensons que la caisse doit prendre en compte la revendication d'un praticien qui refusait d'inscrire son avis dans un protocole ne mentionnant pas celui du MC et le retenait dans l'attente de cette inscription.

2°) L'avis du médecin-conseil

• Comme pour l'avis du MT, l'expert doit faire apparaître la discussion de celui du MC dans son rapport, et il paraît indispensable que cet avis soit formulé de la façon la plus complète, étant généralement à l'opposé de celui de son confrère.

Mais on ne saurait évidemment faire, à l'égard des médecins conseils, les mêmes recommandations que pour les médecins traitants car ils sont bien informés des questions "médico-légales" et connaissent parfaitement les conséquences juridiques qu'entraînerait l'inobservation des dispositions réglementaires, si bien qu'on imagine mal un protocole transmis à l'expert sans leur avis.

Cependant, il peut exister des situations où l'avis du MC (pas plus que celui du MT d'ailleurs), n'est pas mentionné, l'expert étant saisi "pour complément d'expertise", et hormis le cas de demande de précisions à l'expert sur sa pensée sans nouvel examen, notamment sur les causes de l'état et sans que se soit produite une modification de cet état[4], il convient d'être très prudents sur les "simplifications" de l'expertise complémentaire qui ne doivent pas avoir pour but de faire confirmer ou infirmer l'expertise dans le sens souhaité par la caisse, sans mise en jeu des avis respectifs ayant pu y conduire. Ces "compléments d'expertise", constituant en fait de nouvelles expertises, ne peuvent par suite qu'être annulés pour rétablir ou maintenir la portée d'une expertise initiale, ou bien ouvrir la voie d'une nouvelle expertise dans les conditions normales[5].

• Demeure la question, beaucoup plus délicate qu'il n'y paraît, de l'ordre dans lequel doivent être formulés les deux avis. Si l'on se réfère au texte même de l'art. R.141-3 CSS, c'est bien l'avis du MT qui doit être formulé le premier, mais on peut se demander si les auteurs du texte ont entendu, se fondant sur des raisons particulières, établir un ordre déterminé préférable à un autre.

---

1 *La Presse Médicale du 7 juillet 1962 p.363.*

2 *Le MC, en cette qualité, n'a pas le pouvoir de saisir le Conseil de l'Ordre mais il le peut en sa qualité propre de médecin.*

3 *Voir 2°) suivant.*

4 *Cass. soc. 5 janvier 1973 BC V-4 ; Cass. soc. 14 mars 1963 BC IV-254.*

5 *Cass. soc. 13 avril 1961 BC IV-402 ; TASS Gironde 14 juin 1988 B… c/CPAM Gironde.*

C'est qu'en effet le MC est bien, de façon générale, le pourfendeur de l'avis du MT, lequel doit être placé dans les conditions les plus favorables pour la défense de son patient, c'est-à-dire qu'il ait connaissance, au moment d'émettre son avis, de celui de son confrère MC, dont il sera à même de mieux connaître le point de vue et d'accroître les chances de faire prévaloir le sien auprès de l'expert.

C'est ce qu'eût le courage de réclamer le MT d'un malade, en faisant connaître à la caisse qu'il ne répondrait plus à l'avenir à tout protocole d'expertise qui ne mentionnerait pas l'avis de son MC, et en lui renvoyant le document litigieux en vue d'être complété sur ce point. Et on eut par suite une jurisprudence sur cette question qui peut être apparentée au principe général du droit judiciaire français qui veut que le défendeur connaisse la position de son adversaire, initiateur du litige, avant de conclure lui-même, et il paraît évident que ce n'est pas la situation juridique des deux parties en cause, l'assuré demandeur et la caisse défenderesse, qui doit prévaloir, mais les situations respectives des deux médecins à propos du litige purement médical qui les oppose avant toute chose. Il ne nous paraît pas en effet contestable que c'est bien le MC qui fait naître la divergence, ce qui permet bien d'exiger que ce soit lui qui, le premier, dévoile son avis, compte tenu du caractère juridictionnel de l'expertise.

Malheureusement pour l'intérêt de la procédure la question soulevée, ignorée par la caisse, fut éludée de façon très curieuse par la cour de Chambéry laquelle, pour annuler le recours au DDS auquel avait procédé la caisse aux fins de désignation de l'expert à la convocation duquel l'assuré ne devait d'ailleurs pas se rendre sur les conseils de son MT, devait lui reprocher d'avoir manqué à une obligation substantielle en ne sollicitant pas à nouveau le MT, avec une mise en garde contre son attitude dénuée de tout fondement juridique. Cette annulation renvoyait donc les parties à la "case départ", mais la Cour de cassation devait retenir la régularité de l'attitude de la caisse en estimant, de façon non moins curieuse, que c'était à bon droit que la caisse avait saisi le DDS aux fins de désignation de l'expert[1], bien qu'il n'y ait jamais eu de désaccord sur le choix, condition essentielle d'une telle saisine, ce qui renvoyait donc à nouveau les parties à un autre niveau de la "case départ".

L'excellence de cette question n'aura donc pas permis pour autant la solution qu'on était en droit d'attendre, mais il nous a été donné de constater que, le plus souvent, le MC apposait volontiers son avis lors de l'établissement du protocole, et donc avant que ne le fasse le MT dont l'attitude n'est pas critiquable à nos yeux, d'autant qu'en principe le MC a le "monopole" de la rédaction de la mission.

Mais il y a tout autant lieu d'observer qu'en pareil cas le MT a souvent été invité à communiquer son avis par téléphone, pour le "bon ordre" de l'établissement du protocole. De telle sorte qu'il nous apparaît nécessaire que les MT refusent, à l'instar de ce confrère, de communiquer leur avis tant qu'ils ne connaissent pas celui du MC, afin que s'instaure un infléchissement des habitudes tellement, répétons-le, le MT est bien, à ce niveau, dans une situation de défense dont on sait les règles qu'elle implique dans toute procédure pour l'ordre de l'exposé des prétentions respectives, le caractère juridictionnel de l'EM étant indéniable.

3°) Les motifs invoqués par le malade ou la victime

Il n'arrive pas toujours que la demande d'expertise soit accompagnée de motifs, le MT exposant ultérieurement les motifs précis. Mais cette demande peut parfois être étayée de motifs susceptibles d'échapper au MT et qui s'imposent d'autant plus que le malade ou la victime peuvent agir de leur propre initiative, à l'insu du praticien traitant qui a dispensé les soins ou a procédé à l'estimation litigieuse. Et même si les avis du MC et du MT semblent primordiaux, on ne saurait négliger les raisons invoquées par le patient en vertu du principe relatif aux droits de la défense, et on retrouve là en filigrane les règles de la procédure civile (art.317 de l'ancien Code devenu art.232 CPC) qui veulent que les parties puissent formuler des explications ou des dires qui doivent être annexés au rapport de l'expert.

---

[1] *Cass. soc. 17 mars 1982 BC V-108.*

Le protocole doit dont faire mention de ces motifs à peine de nullité de la procédure, la Cour de cassation ayant censuré une cour d'appel qui avait débouté la victime en se fondant sur les constatations d'une expertise technique, tout en reconnaissant qu'ils n'étaient pas reproduits dans le protocole, au motif que la procédure avait été "irrégulière" du fait de l'absence des formalités préalables destinées à sauvegarder les droits des parties et à fournir contradictoirement à l'expert les éléments lui permettant d'accomplir sa mission en pleine connaissance de cause[1]. En fait, la demande comportant les motifs était annexée au protocole, mais on doit préciser qu'à cette "anomalie" s'ajoutait l'absence de convocation du MT, la Cour de cassation considérant cette dernière comme une formalité substantielle. On peut en effet admettre qu'il est préférable d'annexer la lettre de demande de l'assuré au protocole lorsqu'elle est plus ou moins étayée, ce qui suppose alors toute translation des motifs délicate et nous pensons "qu'au travers de l'absence des formalités préalables", c'est le défaut de convocation du MT que la Cour de cassation avait avant tout sanctionné. Mais il apparaît alors indispensable qu'il soit clairement indiqué à l'endroit prévu pour l'indication des motifs dans le protocole, la mention "voir lettre jointe".

4°) L'indication de la mission de l'expert et l'énumération des questions posées

Dernière mention obligatoire du protocole, elle en constitue la partie substantielle et il nous paraît nécessaire, comme nous l'avons indiqué au début de la présente section, de lui réserver un paragraphe particulier[2]; après que nous aurons traité les mentions complémentaires et annexes au protocole, qui ne présentent qu'un caractère facultatif, mais que la circulaire 53 SS en date du 04.06.1959 recommande vivement dans un souci de bon déroulement de l'expertise et de meilleure information possible de l'expert dans l'intérêt des parties.

B/ Les mentions complémentaires et les annexes au protocole

Les caisses n'ont aucune maîtrise sur le bon déroulement de l'expertise dans le respect des dispositions réglementaires, et il est souhaitable qu'elles aient la possibilité de formuler un certain nombre de recommandations concernant les obligations de l'expert, dans l'intérêt de la procédure.

On comprend donc que leurs autorités de tutelle, à ce titre, notamment le ministère chargé de la SS et plus particulièrement de la Direction Générale de la SS au sein de ce ministère, aient pu leur donner, dans le cadre de diverses circulaires édictées à leur intention, des directives quant aux mentions ou pièces pouvant utilement compléter le dossier de demande d'expertise adressé à l'expert. Et on s'attachera donc plus particulièrement à celle, 53 SS en date du 04.06.1959 précitée, adressée aux caisses du régime général, et dont il conviendra de souligner la fermeté des instructions, puisqu'elle prévoit que le protocole devra mentionner les délais impartis à l'expert pour remplir sa mission, fournir ses conclusions, et déposer son rapport, ainsi que l'avertissement concernant la communication de son rapport à la victime, et que doivent être obligatoirement jointes au protocole toutes pièces susceptibles d'éclairer l'expert[3].

1°) Les mentions complémentaires

- S'agissant des délais impartis à l'expert, et que la jurisprudence ne considère d'ailleurs pas comme prescrits à peine de nullité, l'expérience a tout de même montré que certains experts les méconnaissaient, ce qui va à l'encontre des impératifs de la procédure. Mais nous approuvons certaines caisses qui ont pris l'initiative de mentionner d'autres obligations en sus de celles propres aux délais, et dont la méconnaissance entraînerait la nullité de l'expertise, notamment l'information du MC et du MT qui peuvent assister à l'expertise, avec l'indication des date, heure

---

1 *Cass. soc. 21 juin 1962 BC IV-587.*

2 *§ 2 suivant.*

3 *Titre III – Chap. II – § 3.*

et lieu de cette dernière, ainsi que les mentions devant figurer dans le rapport et qui constituent la preuve que l'expert s'est bien prononcé en connaissance de cause et dans le respect des droits de la défense. Il n'est en effet pas exagéré d'affirmer que la méconnaissance de leurs obligations par certains experts résulte soit d'un défaut de connaissance des textes soit d'une négligence des questions sans rapport avec la technique médicale pure et, ainsi que nous l'avons observé, ce ne serait pas surcharger le protocole que d'y mentionner ces obligations, ce qui devrait inciter l'autorité de tutelle à compléter ses instructions, compte tenu des enseignements de l'expérience depuis la parution de la circulaire.

• S'agissant, en matière d'AT/MP, de l'avertissement imposé aux caisses à l'intention de l'expert en ce qui concerne son obligation de transmission à la victime d'une copie de son rapport, les services ministériels ont manifestement voulu, en vertu de considérations extra juridiques, éviter les inconvénients pouvant résulter d'une communication à la victime de lésions plus ou moins graves dont elle n'avait pas connaissance. Il appartient donc à l'expert d'apprécier l'opportunité de toute mesure visant à éviter cette communication et à le mentionner dans son rapport, et il nous semble que le MT est alors tout indiqué pour recevoir le rapport, comme c'est d'ailleurs le cas en assurance maladie.

Mais ces mêmes services ont entendu, dans les cas exceptionnel où le MC estimerait lui-même, bien que la mesure d'avertissement de l'expert ait été précisée, qu'il est inopportun d'adresser le rapport à la victime, que ledit rapport puisse être adressé au MT ou bien à la famille par l'intermédiaire d'une assistante sociale. Mais cette dernière recommandation nous paraît critiquable, seul le MT étant à même de faire preuve du discernement nécessaire en la matière, tout en répondant, en tant qu'autorité composante essentielle de la procédure, aux exigences du principe du contradictoire.

2°) Les annexes au protocole

Ce sont donc, selon la circulaire précitée, "toutes pièces susceptibles d'éclairer l'expert", que ne vise pas l'art. R.141-3 CSS, leur production n'ayant par conséquent aucune portée réglementaire, mais on rappellera l'intérêt qui s'attache à ce que l'expert reçoive toutes les pièces de nature à parfaire sa connaissance de l'affaire.

Sur le plan médical, la circulaire indique le dossier médical, radiographies ou comptes-rendus d'analyses comme pouvant être joints au protocole, mais il nous paraît essentiel que le MT soit informé, lors de la signature du protocole, des pièces ainsi communiquées de façon contradictoire.

Sur le plan extra médical, la circulaire stipule que dans le cas où l'expertise est demandée par une juridiction du contentieux général, doit être jointe au protocole copie de la décision prescrivant l'expertise. La jonction de cette pièce nous paraît nécessaire à un double point de vue. Dans le cas où l'expertise est prescrite par la juridiction à la suite d'une DOM survenue en cours d'instance, il est d'une garantie essentielle pour la régularité de la procédure que l'expert connaisse, par le biais de la copie de la décision, la mission qui lui a été confiée par le tribunal[1], la caisse (en pratique le MC) ne pouvant exercer ses prérogatives habituelles comme dans le cas où l'expertise est initiée par les parties, et donc tenue de ne reproduire dans le protocole que la mission arrêtée par le tribunal[2]. Dans l'autre cas où la juridiction a, au premier chef, annulé une expertise initiée par la caisse, sans avoir pu arrêter elle-même la mission dont la rédaction, par suite de la reprise de la procédure dans ses formes initiales, incombe à la caisse[3], il importe tout autant que l'expert chargé de la nouvelle expertise en connaisse les raisons, qui peuvent résulter de l'inobservation par l'expert des formalités, ce qu'il devra donc prendre soin d'éviter.

---

[1] *Depuis le D. 20 mai 1965 complétant l'art.20 . 22 décembre 1958 (art.R.142-24 al. 2 CSS).*

[2] *Pour un cas de remodelage par le MC des termes de la mission de l'expert fixée par la juridiction : voir § 2 B/ 2°) a)-2.*

[3] *Cass. soc. 13 mai 1976 – JCP 1978-II-18884-Obs. JP. BRUNET préc.*

Il apparaît donc que ces mentions complémentaires ou annexes, loin d'alourdir la procédure comme on pourrait de prime abord le penser, ne peuvent que conduire à un meilleur déroulement, la caisse ne devant pas se cantonner à la situation restrictive d'une partie à l'instance, mais assumer pleinement son rôle.

Reste donc la question fondamentale de la mission donnée à l'expert avant la saisine proprement dite de ce dernier.

§ 2 – La mission de l'expert

• Les auteurs des textes initiaux sur l'EM ne s'arrêtèrent guère sur la façon qu'il pouvait y avoir de saisir l'expert, de telle sorte qu'il put prendre connaissance de façon précise des termes du litige et put répondre utilement aux questions qui se posaient. Sans doute pensèrent-ils, dans leur souci d'une procédure sommaire, que les réponses apportées par l'expert pouvaient se déduire des éléments médicaux du litige en sa possession[1]. Et on comprend que l'absence ou l'insuffisance de la mission confiée à l'expert ait été une source de difficultés, c'est-à-dire d'avis imprécis ou équivoques, car l'expert répondra d'autant plus valablement à la question litigieuse que sa mission aura été exposée par écrit de façon précise pour bien circonscrire le cadre dans lequel doit se situer son avis.

C'est donc, rappelons-le, dans l'élaboration de la procédure propre aux AT/MP, qu'est apparue la notion de mission confiée à l'expert[2]; avec une progression considérable sous forme de l'exigence d'un protocole établi par le MC et le MT et comportant, outre leurs avis respectifs, l'énonciation des questions posées à l'expert[3], dispositions que devaient reprendre le D. du 07 janvier 1959 en précisant que le protocole était établi par la caisse (art. R.141-3 CSS) et donc, en principe, la mission rédigée par elle (pratiquement le MC).

On ne peut manquer de rapprocher ces dispositions de celles de l'art.232 du code de procédure civile (CPC) homologues de celles qui figuraient dans l'ancien Code (art.302), et qui stipulent que le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations ou une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien, et on doit en effet considérer que l'expert, communément qualifié d'expert technique, ne peut être missionné que selon les règles du droit commun et plus particulièrement de celles qui régissent l'expertise en matière civile[4].

Mais si la mission du médecin expert paraît être de même nature que celle confiée à l'expert de droit commun en ce sens qu'elle poursuit le même objectif, éclairer les parties ou le juge sur un ou plusieurs point(s) technique(s), en revanche, une différence fondamentale existe quant à la fixation de la mission puisque, en droit commun, et selon l'art. 265 CPC, c'est le juge qui rédige la mission à l'intention de l'expert, tandis que la PEM implique que c'est la caisse de SS qui établit le protocole susmentionné.

---

1 *La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient estimé, à l'époque ou l'indication par écrit de la mission confiée à l'expert était devenue obligatoire, que l'expertise était régulière dès lors que le seul point du litige avait trait à l'existence ou à la non-existence de la maladie professionnelle du bénéficiaire et que, partant, il était inutile de préciser par écrit la seule mission qui s'imposait en l'espèce, et sur laquelle les deux médecins ne pouvaient diverger. Cass. soc. 16 janvier 1958 BC-IV-108.*

2 *Arrêté du 8 juin 1951 propre au RICP pour le service des prestations en matière d'AT/MP (JO 3 juillet).*

3 *D. 21 janvier 1956 (art. 3) modifiant art. 43 D. 31 décembre 1946 (voir § 1er).*

4 *Voir art. 263 et s. CPC.*

C'est bien ce qu'exprimait l'art.22 loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux, selon lequel, au cas de DOM relative à l'état du malade ou à la consolidation, la procédure applicable à ces contestations s'imposait à la commission de 1ère instance, sans autre précision, et donc dans sa globalité pourrait-on dire. Bref, le juge n'intervenait en quelque sorte que de façon formelle, sinon pour prendre la décision, l'avis s'imposant à lui, les parties demeurant souveraines quant au choix de l'expert et à la fixation de sa mission.

Cette volonté d'écarter toute phase judiciaire avait conduit, au cas de désaccord entre les deux praticiens sur la désignation de l'expert, au choix du DRS, au lieu du magistrat chargé de la juridiction compétente, et donc à ne pas tenir compte d'importantes solutions proposées ultérieurement et notamment, comme il était souligné dans une thèse sur le sujet[1], que "ce devrait être ainsi au DDS (qui avait succédé au DRS pour le choix de l'expert) de trancher les divergences éventuelles relatives au contenu de la mission".

Mais l'auteur de cette proposition, estimant que "dans l'état actuel des choses", ce fonctionnaire serait souvent incapable de jouer ce rôle en toute connaissance de cause, "puisque le dossier ne lui est pas communiqué", concluait à une réforme radicale qui priverait le DDS de toute prérogative, "la désignation de l'expert et la rédaction de sa mission pouvant être utilement confiées au magistrat présidant la commission du contentieux de la SS"[2].

Cependant, une telle réforme aurait introduit une phase judiciaire dans une partie substantielle de la PEM, de nature à remettre en cause son particularisme voulu par le D. du 07 janvier 1959 qui avait repris les conceptions fondamentales de ses promoteurs.

• Mais si la PEM a donc conservé ce caractère d'unicité extra judiciaire, les parties étant en l'occurrence le MC pour le compte de la caisse et le MT pour le compte du malade ou de la victime, ce n'est que dans la mesure où elle a été initiée par ces dernières.

En effet, celles-ci ont dû, au cas de DOM survenant en cours d'instance contentieuse, céder une partie de leurs prérogatives, le tribunal fixant lui-même la mission et l'énoncé des questions posées[3], et l'intégralité au cas de demande de nouvelle expertise acceptée par le tribunal lequel, outre qu'il fixe la mission et l'énoncé des questions posées, désigne lui-même l'expert[4]. Et on ne peut que se féliciter de cette évolution, car il pouvait paraître choquant que le magistrat fût privé de ses prérogatives habituelles pour la fixation de la mission de l'expert (et aussi pour le choix de ce dernier) lorsqu'il exerçait ses fonctions juridictionnelles habituelles, et tous les pouvoirs qui s'y attachent, en décidant de recourir à l'expertise. Et on peut donc se demander quels qu'en aient été les mobiles, s'il n'y avait pas là une violation du principe général de procédure civile qui veut que je luge puisse prendre toute mesure d'investigation de nature à faciliter la solution du litige, et dont il découle que ce ne peut être que lui-même qui en détermine l'auteur et l'objet.

De telle sorte que demeure donc le problème du choix de l'expert qui continue d'être opéré par les parties (MC et MT) avec l'établissement du protocole par la caisse, dans le cas où le juge a recouru à l'expertise à la suite d'une DOM survenue en cours d'instance, et il nous semble indispensable que cette évolution dans le sens d'un accroissement des pouvoirs du juge soit parachevée, en lui permettant de choisir l'expert, de même qu'il en fixe la mission, ce qui n'irait pas davantage à l'encontre de la souveraineté des parties, conforme aux conceptions originelles, quand ce sont ces parties qui initient le procédure.

• La jurisprudence a d'ailleurs entendu préserver ces prérogatives des parties, du moins quand était en jeu l'une ou l'autre des mentions devant figurer dans le protocole, ce dernier salvateur en quelque sorte de la PEM face au pouvoir traditionnel du juge, et dans le dédale des

---

1 *A. CHAZAL "l'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale" – Thèse 1966 Clermont-Ferrand n°402-403 p.181-182.*

2 *Le Concours Médical 2 août 1958 p. 3602 – (note P. DOURIEZ).*

3 *D. 65-390 du 20 mai complétant art.20 D. 22 décembre 1958 devenu art.142-24 al.2 CSS.*

4 *Art.3 D. 92-460 du 19 mai codifié art. R.142-24-1 al.4 et 5 CSS.*

solutions qui défilèrent au cas d'irrégularité de l'expertise[1], en décidant, quand s'ensuivait l'annulation de l'expertise initiée par elles, qu'il y avait lieu de recourir dans les mêmes formes à la procédure, ce qui excluait donc que le juge put fixer lui-même la mission et, a fortiori, qu'il pût recourir à l'expertise judiciaire[2]. Et la question ne semblait plus faire de doute, la juridiction n'ayant pas à se substituer aux caisses dans l'établissement du protocole mentionnant notamment la mission conférée à l'expert[3], jusqu'à ce qu'intervint le D. précité du 20 mai 1965 quant à la fixation de la mission par le tribunal au cas de DOM survenant en cours d'instance.

En effet, il avait été prétendu en vertu de ce texte, que la commission de 1ère instance, saisie d'une difficulté d'application de l'expertise qu'elle devait annuler, pouvait rédiger elle-même la mission afférente à la nouvelle expertise, mais la Cour de cassation devait condamner cette manière de voir au motif que la mission avait été fixée initialement par les parties, confirmant que la juridiction n'avait pas à se substituer aux caisses dans l'établissement du protocole et notamment dans la mission conférée à l'expert[4].

• Tel se présente donc l'état du "rapport de forces" entre le pouvoir du juge et celui des parties, et ces considérations d'ensemble nous conduisent à examiner d'abord l'objet de la mission, c'est-à-dire en quoi consiste-t-elle exactement (A), sans pouvoir échapper, pour son mode de fixation, et pour les raisons exposées, à la distinction selon que la procédure est initiée par les parties ou par le juge (B), de telle sorte que nous aurons à nous demander, le bloc de procédure s'effritant, si ce n'est pas là le reflet d'une lente mais inexorable évolution vers l'expertise judiciaire, celle-ci dût-elle être aménagée, comme c'est le cas pour les AT/MP dans le domaine agricole[5].

A/ L'objet de la mission

• Si les promoteurs de l'EM ont conçu une procédure exorbitante du droit commun, qui les a conduits à écarter les pouvoirs généraux du juge de recourir librement à un technicien, sous la forme de l'expertise pour obtenir les constatations techniques de nature à faciliter la solution du litige et en apprécier souverainement la portée (principe découlant des art. 22 et 23 loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux, repris par les art. 19 et 20 du D. 22 décembre 1958, puis par les art. R.142-22 al.1 et 24 al.1 CSS), il ne s'est cependant agi pour eux, comme en matière d'expertise de droit commun, que de faire poser à un technicien, homme de l'art, une ou des questions dont les réponses étaient essentielles pour la solution du litige.

Et pour essentielle précisément qu'apparaisse la solution de la difficulté d'ordre médical, ce qui a été fondamental dans l'instauration de la "compétence liée" du juge pour recourir à la procédure, la mission conférée à l'expert ne peut pour autant porter que sur des questions techniques et non sur des points de droit appelant des réponses qui comprendraient l'appréciation directe des droits du malade ou de la victime au regard de la législation de la SS.

---

1 *Voir infra 2ème partie – Chap. I – Section III.*

2 *Cass. soc. 8 juin 1961 BC IV-618. ; Cass. soc. 13 avril 1961 BC IV-402.*

3 *Cass. civ. 2ème 17 mai 1966 BC II-365.*

4 *Cass. soc. 13 mai 1976 JCP 1978-II-18884 note JP BRUNET préc. Cette prétention révélait le contexte d'égarement de la notion de DOM survenant en cours d'instance, qui a ses effets propres, et confondue avec la difficulté d'application de l'expertise, proprement judiciaire, et mettant en jeu les règles de la mesure appropriée, au cas d'acte irrégulier ou insuffisant – Voir B/ 2°) a-1.*

5 *Voir infra 2ème partie – Chap. II "l'avenir de l'expertise médicale".*

En droit commun, le recours aux lumières d'un technicien sous forme de l'expertise (art.302 ancien code devenu 232 CPC) suppose bien que la mission qui lui est confiée ne peut porter que sur des questions techniques, et la jurisprudence a été bien établie à ce sujet[1].

Et il ne peut qu'en être de même en matière d'EM, qu'on qualifie donc communément de "technique" (de même que l'expert d'ailleurs), par suite du fait que la DOM présente par définition un caractère technique. Et sans vouloir établir un parallèle avec des situations dans lesquelles les juges, en droit commun, ont pu déléguer leurs pouvoirs à une personne non habilitée par la loi à régler le litige, la frontière est cependant parfois ténue entre les questions techniques et les questions juridiques, ce qui ne doit pas conduire l'expert à se substituer à la caisse ou au tribunal pour en tirer les conséquences juridiques.

L'exemple le plus frappant a été celui d'un expert qui avait déclaré manifestement abusive la contestation élevée par le malade, la Cour de cassation ayant alors estimé que, "si l'avis technique de l'expert ne peut faire l'objet d'aucun recours, c'est uniquement dans la mesure ou cet avis est resté dans le domaine de la technique médicale, et non quand il s'étend à la nature de la contestation et à son caractère abusif qui est laissée d'abord à l'appréciation de la caisse, en suite à celle de la juridiction contentieuse, laquelle ayant seule qualité pour prononcer la condamnation demandée, a nécessairement le droit de décider si la contestations était ou non manifestement abusive et que, d'autre part, la décision critiquée énonce que la caisse ne justifiait pas que la demande d'expertise ait été abusive"[2].

En effet, depuis l'origine, la caisse a toujours eu la possibilité de demander à la juridiction compétente que les frais soient mis à la charge du malade ou de la victime, lorsque la contestation est manifestement abusive (art. R.141-7 CSS), et c'est là une appréciation souveraine à laquelle ne saurait être substituée celle de l'expert, dont l'avis ne peut avoir que valeur indicative. Sinon, en effet, la caisse et la juridiction compétente consentiraient la délégation de pouvoirs à laquelle nous avons fait allusion en matière de droit commun et, par suite, si l'initiative de l'expert pour émettre une appréciation en la matière peut être admise, en revanche il nous paraît impossible que la question lui soit posée sur le point de savoir si le malade ou la victime a formulé une contestation manifestement abusive, la caisse, et elle seule, pouvant tirer cette conclusion juridique de l'analyse des données médicales du litige par l'expert.

- Cette nécessaire distinction des questions techniques et juridiques fait surgir l'importance de la formulation de la mission confiée à l'expert. Force est sans doute de constater que le rejet de la PEC d'un transport ou d'un arrêt de travail ou d'une prétendue rechute d'un AT ou encore d'une demande d'ETM pour une ALD, génère une sorte d'irréductibilité de l'objet de la contestation, ce qui n'est pas le cas dans la plupart des expertises de droit commun. Celles-ci peuvent en effet être décidées "ex nihilo", nous voulons dire par là sans les contours techniques qui font la substance de la difficulté dans l'expertise médicale, laquelle requiert beaucoup de précision, ce qui conduisit ses promoteurs à ne pas se soucier de cette formulation, un peu comme si la question pouvait se déduire aisément des termes du litige.

Mais il apparut vite que des questions plus ou moins complexes se posaient et que l'imprécision de la mission était source de difficultés, de telle sorte que le D. du 07 janvier 1959 généralisa les exigences de la mission formulée par écrit de façon précise dans un protocole, et qui avaient été stipulées dans le cadre de la procédure propre aux AT/MP[3], ce qui rejoignait les dispositions applicables en matière de procédure civile pour la formulation de la mission par écrit, la jurisprudence en faisant, par suite, une condition de validité de l'expertise.

L'exigence d'une question rédigée de façon précise se comprend donc aisément si l'on considère le caractère très technique de la difficulté qui doit permettre une rédaction de la mission brève et sans précisions inutiles, de telle sorte que ne subsiste dans l'esprit de l'expert aucun doute quant à la difficulté à régler.

---

1 *Cass. com. 2 mai 1960 – JCP 1960-IV – 3782 obs. MADRAY ; Cass. civ. 1ère 10 octobre 1960 BC I-423.*

2 *Cas. civ. 2ème 14 mars 1967 – BJ FNOSS 1967 n° 35-1967 et BC II-126.*

3 *Rappel art. 3 D. 21 janvier 1956 et art. 3 arrêté du 24 juillet 1956.*

Demeure donc la question, beaucoup plus délicate, du mode de fixation de la mission de l'expert.

En droit commun, la mission est fixée par un tribunal, dont il y a lieu de présumer la neutralité et l'impartialité, mais en revanche, pour l'EM, la mission est en principe rédigée par la caisse (en pratique le MC) pour la contestation ou la divergence à la base, sinon par la juridiction au cas de DOM survenant en cours d'instance ou au cas de demande de nouvelle expertise, de telle sorte qu'il y a donc lieu de distinguer les deux cas de figure, l'EM initiée par les parties et l'EM ordonnée par le juge.

B/ Le mode de fixation de la mission de l'expert

1°) Cas où la procédure est initiée par les parties

• L'expertise médicale a été conçue de façon extrajudiciaire et elle a conservé ce trait de caractère fondamental lorsque ce sont les parties qui prennent l'initiative d'y recourir. Nous voulons dire par là que les parties règlent elles-mêmes les modalités essentielles de la procédure, choix et mission de l'expert, en dehors de toute intervention du juge. Et se pose alors la question, sur le plan plus particulier de la mission de l'expert, de savoir quelle distribution de leurs rôles respectifs en la matière peut être retenue.

Le respect des droits des parties voudrait que la mission soit rédigée d'un commun accord entre les deux médecins censés les représenter en l'occurrence, mais on sait que la caisse, tout en étant partie au litige, a reçu pour mission d'organiser l'expertise au regard de la législation de SS. Et il n'est pas inconcevable, dans le cadre de cette mission de service public, que ce soit elle-même, par le biais de son MC, qui rédige la mission, d'autant que, faut-il le rappeler, dans le régime général, le MC n'est pas salarié de la caisse auprès de laquelle il officie, mais de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS)[1], établissement public national à caractère administratif ce qui, somme toute, lui donne une certaine indépendance vis-à-vis de la caisse, de nature à lui permettre de ne pas rester prisonnier de son point de vue et de faire abstraction de son opinion personnelle, en établissant la mission de l'expert avec l'objectivité nécessaire.

Conception contradictoire respectueuse des droits des parties impliquant l'accord des deux médecins pour la rédaction de la mission ou, au contraire, conception unilatérale fondée sur des prérogatives dans le cadre d'une mission de service public ?

Telle est, au fond, la question essentielle qui se pose.

• En disposant que la caisse établissait le protocole au sein duquel devait figurer la mission conférée à l'expert et l'énoncé précis des questions posées, l'art. 4 du D. du 07 janvier 1959 (art. R.141-3 CSS) pris dans son sens littéral, en exprime un caractère unilatéral.

Mais on peut se demander si les auteurs du décret ont bien entendu confier la rédaction de la mission d'expertise à la seule caisse de SS sans que l'autre partie, en l'occurrence le MT du malade ou de la victime, ne puisse y être associé pour sauvegarder les droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure.

En effet, si les promoteurs de la PEM, en 1945, ne s'étaient donc guère souciés de cette question de la mission confiée à l'expert, estimant sans doute qu'elle était "déductible" des termes du litige[2], les auteurs de l'arrêté du 08.06.1951 propre au RICP pour le service des prestations en

---

[1] *Mais il l'est dans le régime agricole et dans le RSI où le MC est le salarié de la caisse de MSA et de la "caisse de base".*

[2] *Cass. soc. 16 janvier 1958 BC IV-108 préc.*

AT/MP, précisèrent que l'objet de la mission devait être établi par écrit, mais que c'était la caisse elle-même qui en fixait l'objet (art. 98).

Et cette unilatéralité devait céder le pas à l'association des deux médecins lorsqu'apparût, avec le D. du 21 janvier 1956, une procédure véritablement contentieuse propre aux AT/MP, à partir du principe de base concernant le choix de l'expert d'un commun accord entre le MT et le MC et, au cas de désaccord par le DDS, et dont l'art. 3, qui modifiait l'art. 43 du D. du 31 décembre 1946 (consécutivement à la suppression de l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945, auquel avait été emprunté le principe et qui ne pouvait donc plus servir de référence), disposait notamment :

"La caisse notifie à l'expert, en même temps que sa désignation, l'objet du litige qui lui est soumis ; à cet effet, la mission de l'expert est consignée par écrit dans un protocole dressé par le MC et le MT et comportant l'exposé de leurs avis respectifs et l'énonciation des questions posées", ce dont on pouvait penser que l'accord des deux médecins qui était exigé pour le choix de l'expert, devait également porter sur la mission d'expertise[1], sans que fut pour autant réglée la question de leur désaccord éventuel.

Demeurait donc dans l'ombre la question de la fixation de la mission dans le cadre des assurances sociales, l'art. 4 arrêté 31.01.1955 (tout comme celui du 27.05.1946 jusqu'alors en vigueur) ne parlant que de la notification de sa désignation à l'expert…

En ce qui concernait les régimes spéciaux, ils tombaient donc sous le coup de ces dispositions générales différentes en AT et en AS[2], et à la question fondamentale posée sur le terrain des AT (pour lesquels était donc requis l'accord des deux médecins sur la mission de l'expert) de savoir, au cas de désaccord "comment et par qui est fixée la mission de l'expert", la réponse ministérielle ne fit que renvoyer à ses dispositions générales applicables, lesquelles ne réglementaient donc pas cette question du désaccord[3], ce qui occultait du même coup la pertinence particulière de la question dans le cadre des régimes spéciaux, puisque les art. 2 et 3 du D. du 20 novembre 1956 reprenant les dispositions du D. du 10 janvier 1947 abrogé, avaient prévu que dans le cas où le médecin traitant était un médecin attaché à l'entreprise ou à l'organisation spéciale de SS, le choix de l'expert était opéré directement par le DDS, et c'est bien cette particularité qui avait incité à penser que ce haut fonctionnaire pouvait également régler le désaccord sur la mission, ce qui n'était donc pas prévu, d'où la question posée.

On sait en effet que dans les régimes spéciaux, de façon générale, les agents en activité n'exercent pas forcément le choix d'un médecin indépendant, lequel peut être en effet un médecin salarié ou agréé par l'entreprise ou au service de l'organisation spéciale de SS propre à cet employeur, ce qui peut ôter tout caractère contradictoire au choix de l'expert et à la fixation de sa mission. La cour d'appel de Lyon[4] avait pris ces considérations en compte sous l'empire même des dispositions de l'art. 4 du D. du 07 janvier 1959, qui établissait donc le caractère unilatéral de la fixation de la mission de l'expert par la caisse, en invoquant leur spécificité (et reprises dans l'arrêté du 17.12.1959), c'est-à-dire la situation particulière du médecin traitant à l'égard du régime spécial, pour annuler une expertise au motif que le protocole, et donc la mission, n'avait pas été établi par le DDS mais par un médecin de l'organisation spéciale de Sécurité Sociale, dont les questions avaient pu manquer d'impartialité. Mais la Cour de cassation devait casser cette décision, en invoquant simplement les dispositions de l'art. 4 D 07.01.1959, "les prestations fussent-elles assurées par l'employeur, la juridiction saisie ensuite d'un litige ayant la faculté d'apprécier si la mission confiée à l'expert a été établie dans des conditions normales et suffisamment précises et si l'expert a été suffisamment renseigné"[5].

---

1 *En ce sens : Cass. soc. 18 janvier 1959 BC IV-611 préc.*

2 *Art. 2 et 3 D. 26 novembre 1956 relatif aux contestations d'ordre technique dans les régimes spéciaux et renvoyant à ces dispositions générales avec abrogation du précédent décret du 10 janvier 1947.*

3 *JO Débats Assemblée Nationale 15 mars 1957 p.1647.*

4 *Cour de Lyon 9 juillet 1962 E… c/HOUILLERES DU BASSIN DE LA LOIRE.*

5 *Cass. soc. 18 décembre 1963 BC IV-909.*

S'il était exact que la cour de Lyon avait conféré au DDS une prérogative qu'il n'avait pas, en revanche le renvoi pur et simple par la Cour de cassation aux dispositions générales était laconique, et de la sorte stagnaient les questions fondamentales sur le caractère contradictoire de la mission de l'expert, non seulement dans les régimes de base, mais également dans les régimes spéciaux[1].

• Ce qui conduit à penser que, si les auteurs du D. du 07 janvier 1959 n'ont pas voulu généraliser de façon intégrale les dispositions précédentes applicables en AT, par l'association des deux médecins à la rédaction de la mission dans le cadre du protocole, c'est faute d'avoir pu trouver une solution au cas de désaccord entre eux sur ce point, le DDS étant apparu à certains comme n'étant pas capable d'assumer ce rôle en toute connaissance de cause", puisque le dossier ne lui était pas communiqué", continuant de voir son rôle limité au choix de l'expert[2] . Ils ont donc édicté, guidés sans doute par des considérations administratives, l'établissement du protocole par la caisse et au sein duquel étaient donc inclus la mission et l'énoncé des questions posées, sans que la question des conditions précises de la rédaction de la mission ait été réglée, comme ils le faisaient pour le choix de l'expert du commun accord des deux médecins et, à défaut, par le DDS, en continuité d'un principe établi depuis l'origine.

Sinon, on ne s'expliquerait pas ce qui pouvait apparaître comme un recul, et il nous paraît nécessaire de contribuer à lutter contre l'accréditement de cette thèse, car nous pensons que si l'art. 4 du D. du 07 janvier 1959 (devenu R. 141-3 CSS) présente un réel danger, ayant donné lieu aux plus sévères critiques, il laisse place à l'évolution que nous souhaitons.

a) Le réel danger de l'art. R. 141-3 CSS

• Cet article représente en effet un réel danger, car la façon de poser une question peut, en quelque sorte, appeler la réponse, et en tout état de cause une question inadéquate, incomplète ou vague, obligera l'assuré dont la prétention n'aura pas été reconnue, soit à contester, en demandant à la juridiction saisie d'en tirer les conséquences, en recourant à un complément d'expertise ou à une nouvelle expertise, ce qui demandera entre six mois et un an, soit à renoncer à une telle éventualité. Et même si le MC n'est pas, dans le régime général, le salarié de la caisse auprès de laquelle il officie (le SCM auquel il est rattaché relève de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS), ne pouvant donc recevoir d'ordre hiérarchique, il peut lui être difficile de résister à des questions tendancieuses, appelant une réponse dans le sens qu'il souhaite, même si c'est de façon involontaire qu'il ne s'érige pas en praticien d'un service public contribuant à l'organisation de l'EM, en énonçant des questions en toute objectivité sur le plan de la science et de la déontologie médicale. Et même si on peut penser que les auteurs du D. du 07 janvier 1959 n'ont pas voulu confier la rédaction de la mission à la seule caisse, on mesure la suspicion que peut faire naître l'éventualité de cette situation, d'autant que le MT n'est pas dans les conditions de pouvoir exercer efficacement les droits de la défense de son client, soit parce qu' il n'assiste pas le plus souvent à l'expertise par manque de temps, pour étayer son point de vue[3], soit qu'il ne songe pas à vérifier précisément les termes de la mission de l'expert, ne constituant pas, comme il conviendrait, le contrepoids indispensable. Il ne faut pas en effet perdre de vue que les conditions du MT vis-à-vis de l'assuré social sont celles d'un praticien le plus souvent libéral, conventionné auprès de la caisse, et dont les intérêts ne commandent certainement pas qu'il entre en conflit avec le MC pour un cas d'espèce de l'un de ses patients, ou d'un médecin salarié hospitalier qui peut ne pas entendre, pour un même cas d'espèce, attirer l'attention du SCM sur, par exemple, la durée des hospitalisations dans son établissement ou service.

L'attitude générale a donc été d'éviter tout conflit, en "laissant courir" le caractère unilatéral de la rédaction de la mission confiée à l'expert, de telle sorte que les MC ont parfois perdu de vue qu'ils se devaient de procéder à cette rédaction avec un soin extrême de neutralité,

---

1 *Et stagnent encore à ce jour.*

2 *Le "Concours Médical" du 2 août 1958 p.3602 (art. P. DOURIEZ préc.).*

3 *Et aussi par le fait que ses honoraires ne sont pris en charge qu'en matière d'AT/MP au titre des frais de contentieux supportés par la caisse.*

pour assurer la sauvegarde des droits du malade ou de la victime, et mirent souvent l'expert dans "l'obligation de répondre affirmativement ou négativement, même dans le cas où la réponse mérite certaines considérations d'ordre médical", les missions constituant souvent des "schémas qui, loin d'être adaptés aux caractéristiques de chaque blessé, étaient faits, par leur formulation même, pour suggérer aux experts la réponse souhaitée par le contentieux de la caisse"[1].

• La question avait pourtant été soumise au Ministre du travail en lui demandant si, malgré l'absence de toute disposition particulière du décret en la matière, les règles générales du droit et de la procédure n'imposaient pas aux caisses l'obligation de communiquer au MT les termes de la mission et, dans sa réponse, le Ministre soulignait que "la communication obligatoire au MT des termes de la mission confiée à l'expert ne pouvait qu'alourdir la procédure qui, dans l'intérêt des assurés, requiert une particulière célérité". De toute façon, toujours selon le Ministre, "l'assuré se trouvait pourvu de toutes les garanties nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts puisque l'avis de son MT figurait bien dans le protocole et que , par suite, l'expert pouvait parfaitement se mettre en rapport avec ce médecin s'il en était besoin, eu égard aux termes de la mission par rapport à l'avis exprimé", d'où il concluait que "la communication au MT de l'objet de la mission était considérée comme une formalité superflue, incompatible avec le caractère non formaliste de la procédure"[2] .

S'il ne faut pas perdre de vue que la PEM a été inspirée par la nécessité de sa rapidité, eu égard à la nature des droits en cause, cette considération ne saurait justifier que soient négligées les garanties des droits de la défense en la matière, en face du risque que représenterait une rédaction tendancieuse des questions. Dès lors, ne peuvent être ignorés, en l'absence de dispositions expresses, certains principes fondamentaux de justice et d'équité, ce qui conduit à considérer que le MT ait un droit de regard sur cette mission. Cette reconnaissance est d'autant plus importante qu'il n'existe, à notre connaissance, aucune décision qui se soit expressément prononcée sur cette question, laquelle fut seulement effleurée. Ainsi, la cour de Nancy énonça pour annuler une expertise, "qu'aucun document n'établissant que le MC ait pris contact avec le MT de manière utile et efficace, il apparaissait que les droits de la victime n'avaient pas été suffisamment sauvegardés, tant pour le choix de l'expert technique que pour la mission à lui donnée"[3]. La cour ne se prononça donc expressément par l'absence de contact de manière utile et effective, et pour parvenir à la nullité de l'expertise, que sur la validité du choix de l'expert, en aucun cas sur le même commun accord pour la mission de l'expert, laquelle apparaissait comme "donnée" à l'expert par le MC ce qui, en dépit de l'apparence, réduisait la question à une information du MT dans le spectre de l'obligation de recueillir son accord pour le choix de l'expert et sa signature du protocole.

Cette commodité procédurale paraît loin d'être satisfaisante et on peut d'autant plus le regretter que la Cour de cassation s'était prononcée de façon expresse sur la question en énonçant que, "dès l'instant que le MC et le MT étaient tombés d'accord sur la désignation de l'expert et la mission à lui impartie", il avait été satisfait aux prescriptions légales alors en vigueur qui n'étaient toutefois pas celles du D. du 07 janvier 1959 mais du régime antérieur applicable aux AT/MP, et qui prévoyait la rédaction du protocole comportant la mission par les deux médecins[4].

Sans accréditer pour autant la thèse du caractère unilatéral de la rédaction de la mission que dégage l'interprétation littérale de l'art. 4 du D. du 07 janvier 1959 (art. R.141-3 CSS), la Cour de cassation devait confirmer la position de la cour de Nancy à propos d'une expertise diligentée dans le cadre de l'arrêté du 17.12.1959 relatif aux régimes spéciaux et pour laquelle elle estimait, annulant un arrêt de la cour de Lyon, que le protocole devait être établi, non pas par le

---

1 *"Pour l'humanisation de la Sécurité Sociale", par J. GUTTIERES, D. NICOURT, D. THIEULLET – "Le Concours Médical" du 22 avril 1961 p. 2343, préc.*

2 *JO débats Assemblée Nationale 15 juin 1960 p. 5613.*

3 *Cour de Nancy – 16 mars 1960 – Bull. Per. Inf. CANSSM n° 15-1961 p.25, préc.*

4 *Cass. soc. 18 janvier 1959 BC IV-611, préc.*

DDS mais par l'organisme spécial de SS, conformément aux dispositions du D. du 07 janvier 1959, "les prestations fussent-elle assurées par l'employeur"[1].

C'était donc le scellement en quelque sorte des dispositions tant décriées, la question soulevée du contradictoire étant nivelée par le bas puisque, si le protocole était régulièrement établi alors que le MT n'était pas en situation d'indépendance au regard de l'organisation des régimes spéciaux de SS (ce qui avait conduit la cour de Lyon à exiger que la mission fut rédigée par le DDS qui choisissait donc l'expert), il ne pouvait a fortiori qu'en être de même quand c'était un médecin indépendant, y compris donc dans les régimes de base. S'il ne nous échappe pas qu'il était donc difficile de subordonner la régularité du protocole à l'accord des deux médecins, ce qui eût été ajouter aux textes, rien n'interdisait par contre à la Cour de cassation d'exiger qu'en toutes circonstances le MT manifesta formellement ses observations sur la mission rédigée par le MC à l'intention de l'expert, ce qui aurait concilié le respect des textes, en leur état du moment (et actuel), avec une garantie des droits de la défense plus certaine.

Si bien que, comme le notait déjà l'auteur d'un ouvrage sur le sujet[2], "il apparaît que les garanties prévues par le D. du 07 janvier 1959 dont les prescriptions n'ont pas changé, dépendent essentiellement, quant à leur efficacité, et notamment en ce qui concerne les termes de la mission d'expertise, d'initiatives dont le malade ou la victime ne sont pas sûrs qu'elles soient prises par le MT ou par l'expert".

• En cet état du droit réglementaire et jurisprudentiel, on est donc tout naturellement tenté d'examiner ce qu'il en est exactement des comportements du MC et du MT, relativement au souci du juriste de voir respectés les droits des parties et de proposer éventuellement des modifications ou précisions sur la réglementation dans ce but, le législateur s'étant bien borné à édicter l'établissement du protocole par la caisse, sans aucune espèce de communication entre les deux médecins.

Et la pratique instaurée par les caisses donne toute l'apparence du caractère contradictoire de l'établissement du protocole, nous n'en voulons pour preuve que sa transmission au MT, pour signature, de telle sorte qu'il lui serait loisible, avant de l'apposer, de manifester tout désaccord en apportant toutes précisions qui lui paraîtraient nécessaires sur les termes de la mission. Ce qui avait permis à la Cour de cassation d'en tirer l'entière liberté du MT, au point de considérer le protocole comme valable en l'absence de formulation de son avis, dès lors que celui-ci lui avait été demandé[3], utilisant la fiction juridique pour colmater la procédure dans un sens que l'on n'attendait pas, ce qui, ajouté à l'absence d'avis requis sur les termes de la mission, conférait en réalité au protocole un caractère dépourvu de tout indice contradictoire.

Tout d'abord, en effet, la mission de l'expert est bien rédigée de façon unilatérale par le MC, sans contact préalable avec le MT, et sa transmission au MT dans le cadre du protocole apparaît plus comme une information que comme une proposition, laquelle n'est d'ailleurs pas envisagée dans la structure de l'imprimé établi à cet effet pour la réalisation du protocole, et on comprend que devant cette affirmation implicite du caractère unilatéral de la fixation de la mission, le MT n'ose pas apporter la contradiction.

Si bien que la signature du protocole, au sein duquel il a bien fallu qu'il indique son avis (celui afférent à l'état de son patient, mention obligatoire), ne revêt d'autre signification que le scellement d'un ensemble de données, la mission englobée dans cet ensemble et donc considérée comme "acceptée" par les caisses à travers la signature du protocole, la réduction de la question fondamentale du caractère contradictoire de la fixation de la mission étant ainsi confirmée dans la pratique… Aussi, la prétention formelle en son temps que la mission devait être communiquée au MT, mais également, dans une application du principe de la sauvegarde des intérêts des parties, à

---

[1] *Cass. soc. 18 décembre 1963 BC IV-909 préc. Cette question des conditions d'établissement de la mission est amplement développée dans le cadre des conditions de validité requises pour que l'avis conserve sa force probante, voir infra 2ème partie – Chap. I.*

[2] *"L'expertise médicale dite "technique" en matière de SS" – A. CHAZAL – Thèse 1966 Clermont-Ferrand n°394 p.178.*

[3] *Voir supra § 1er – A/ – 1°)/.*

toute personne à l'initiative de laquelle l'expertise est effectuée, pour approbation[1], est-elle toujours d'actualité, le MT n'étant pas mis dans les conditions de pouvoir exercer efficacement les droits de la défense[2].

• Saute alors aux yeux la solution de faire de l'accord des deux médecins une condition de validité de la procédure, faute duquel il y aurait lieu de recourir à un arbitre. On sait qu'en matière d'ALD et selon l'art. L.324-1 CSS, l'accord des deux médecins est nécessaire pour la détermination du traitement du malade et que le désaccord qui peut s'ensuivre impose normalement le recours à un expert désigné de leur commun accord, le silence des textes pour la fixation de la mission ayant conduit la cour de Paris à juger que le MT devait également donner son approbation à la mission de l'expert et, qu'en l'absence de preuves de cet accord, l'expertise était nulle[3].

Dès lors, le MC et le MT, dans le droit-fil de cette jurisprudence, devraient se mettre d'accord sur les termes de la mission de l'expert, et cette jurisprudence vaudrait d'autant plus que seule est désormais applicable pour ces divergences sur le traitement en matière d'ALD, la PEM[4], pour laquelle la question de la garantie des conditions de fixation de la mission de façon contradictoire est donc toujours patente.

Mais aussi "attractive" qu'elle puisse paraître, cette solution ne règle pas le problème du désaccord des deux médecins, d'autant que l'art. R.141-3 CSS ne prévoit absolument pas que leur accord soit pris en compte et ait un effet juridique quelconque sur la régularité du protocole, même si, répétons-le, il était bien dans l'esprit des auteurs du D. du 07 janvier 1959 qu'il en fût autrement, si bien qu'on constate un vide juridique concernant le règlement du désaccord, et hisser la procédure au niveau de l'exigence d'un accord entre le MC et le MT reviendrait à poser cet important problème qui surviendrait au cas de défaut d'accord…

S'imposerait alors, de la même façon que l'accord des deux médecins, le recours au directeur général de l'ARS, au cas de désaccord, comme pour le choix de l'expert. Le recours à cette autorité apparaît aussi "attractif", la "solution presque toute trouvée" en quelque sorte. Mais l'extrapolation, de l'intervention pour le choix de l'expert à la rédaction de la mission, n'est pas aussi simple qu'il y paraît, ne serait-ce que sur la forme, car elle retarderait l'établissement du protocole qui peut déjà l'être pour le choix de l'expert, ce qui avait d'ailleurs conduit à exiger du DDASS qu'il fasse connaître sa réponse dans le délai d'un mois à compter de la contestation (art. R.141-1 CSS). C'est toutefois sur le fond que pourrait apparaître d'importantes difficultés.

Comme ce fut d'ailleurs le cas pour le DDS et le DDASS, le directeur général de l'ARS ne paraît pas devoir être rompu à la technique des prestations, et s'il peut être considéré comme garant de l'autorité et de l'indépendance qui s'impose en la matière, on ne peut affirmer qu'il aurait la compétence requise pour la rédaction de la mission, ses attributions touchant plus à des impératifs de santé publique ou de gestion des risques et de rationalisation des soins qu'à la garantie de droits individuels… Et lors de plusieurs contacts avec les services du DDASS nous n'avons absolument pas perçu qu'une telle attribution de compétence s'avèrerait sous les meilleurs auspices.

Et on sait que le recours au magistrat confèrerait à la procédure un caractère hybride qu'ont voulu éviter ses promoteurs, pour le choix de l'expert, que l'on verrait mal missionné à titre subsidiaire par le président du tribunal ce qui, en outre, constituerait l'engrenage vers une procédure parallèle, et ferait que la PEM supporterait beaucoup moins la concurrence de la compétence traditionnelle du magistrat.

---

1 *UIMM – Document n°7143 juillet 1960 p.7.*

2 *Y. SAINT-JOURS : "De la nécessité d'une réforme de l'expertise médicale en matière de SS" – RDSS 24 (1), janvier, mars 1988 p.78.*

3 *Cour de Paris 16 janvier 1960 Gaz. Palais 1960-1-179.*

La Cour de Lyon en avait fait de même dans le cadre des régimes spéciaux – Arrêt 09.07.1962 – E… c/HOUILLERES BASSIN DE LOIRE préc.

4 *Art. 39 loi 2004-1370 du 20 décembre complétant l'art. L.141-1 CSS.*

• Ces considérations expliquent sans doute que les auteurs du D. du 07 janvier 1959 aient conçu la procédure en cet état et qu'aucune modification ne soit intervenue depuis, malgré le danger que peut représenter l'art. 4 (devenu R.141-3 CSS) et les préoccupations de nombreux praticiens du droit de la SS, ce qui conduit à se demander s'il n'est pas de l'essence même de la PEM, conçue comme elle l'a été, et demeurée telle quelle, de voir l'exposition des données du litige à l'expert circonscrite aux deux médecins qui en sont à l'origine et auxquels on devrait donc garantir les leviers de commande.

C'est donc, à notre avis, en fonction de cette considération fondamentale qu'il y a lieu de rechercher la solution, face à cette question de la fixation de la mission de manière aussi contradictoire que possible, ce qui exclut donc que les deux médecins puissent être considérés comme étant en désaccord.

b) L'évolution souhaitable

• Il apparaît donc essentiel de trouver les dispositions permettant d'infléchir la position de la caisse sur les questions elles-mêmes qu'a rédigées, en pratique, le MC.

Aussi, nous pensons que l'acceptation tacite mais "souveraine", par le MT, du protocole au sein duquel est glissée, de façon unilatérale donc, la mission de l'expert, laisse place un rééquilibrage des droits respectifs des parties et qu'il conviendrait de prévoir que le MT puisse exprimer ses observations sur la formulation de la mission, ce qui serait l'occasion d'attirer l'attention de l'expert ainsi "moins seul", au cas d'une rédaction en termes tendancieux établie par le MC. Ce dernier, ainsi exposé à une véritable épée de Damoclès, serait certainement enclin à une objectivité plus rigoureuse, voire à prendre contact avec le MT avant de rédiger la mission, ce qui n'est que rarement le cas.

Ainsi conjuguées à son avis sur l'état de son patient, quant à la prestation demandée et rejetée, les observations du MT sur la mission arrêtée par le MC donneraient à cet expert, nous le croyons fermement, une vision convenable du litige, lui permettant d'en circonscrire nettement les contours et de ne pas rester ligoté par les termes de cette mission, et ce nouvel équilibre entre les autorités médicales en présence laisserait place à un caractère substantiellement contradictoire et à une garantie certaine du droit du malade ou de la victime[1].

• L'évolution dans le sens d'un accroissement des pouvoirs du juge ne traduit d'ailleurs pas nécessairement une "pente dangereuse" pour l'EM, car elle se situe dans l'ordre logique des choses, tant il pouvait paraître choquant que le juge se vit imposer la mission quand il recourait lui-même à la PEM. Et il nous paraît souhaitable que, lorsqu'elle est initiée par les parties, celles-ci continuent de faire régler le litige sans intervention du juge, ce qui est de son essence profonde.

Mais cette évolution peut constituer le tremplin de cette pente, si n'est pas garanti un caractère contradictoire certain dans la fixation de la mission de l'expert, ce qui reviendrait à exposer la PEM à perdre de sa consistance, voire à mettre en péril son existence, au profit du régime existant en matière d'AT/MP dans le domaine agricole, pour lequel la loi du 25 octobre 1972 propre aux salariés, tout en retenant la compétence du contentieux général de la SS et non plus celle des tribunaux de droit commun, n'a pas pour autant reconnu droit de cité à l'EM, suppléée dans ce domaine par un régime d'expertise inspiré des règles applicables en matière d'expertise judiciaire, c'est-à-dire définies par le CPC et désormais applicable aux exploitants depuis la loi précitée du 30.11.2001[2].

---

[1] *Pour le cas limite préc. où la question posée à l'expert était dépourvue de lien logique avec celle qui se posait et au regard de laquelle le MT apposa d'autorité son avis inducteur, de façon implicite, d'une revectorisation dans le sens véritable du litige. TASS Gironde 14 juin 1988 (B… c/CPAM Gironde).*

[2] *Voir pour ce régime supra 1ère partie – Chap. 1 – Section II – §2 et en particulier art. R.142-39 CSS.*

Les pourfendeurs de l'EM ne manquent pas de citer ce régime en exemple, de façon disparate, voire inobjective, quand l'EM apparaît à la croisée des chemins[1], même si la nouvelle expertise, qui peut être ordonnée par le juge sur demande d'une partie, est une EM et que cette dernière conserve sa force particulière à l'égard des parties et même, pour l'heure, à l'égard du juge selon la jurisprudence de la Cour de cassation.

2°) Cas où la procédure est initiée par le juge

Il y a lieu d'observer que, dans ce cas-là, la mission de l'expert est fixée par décision du tribunal, que ce soit face à une DOM survenant en cours d'instance ou face à une demande de nouvelle expertise acceptée par le juge, ce qui traduit l'effritement du bloc de procédure tel que transféré à l'origine dans la sphère judiciaire.

a) La mission confiée à l'expert et l'énoncé des questions qui lui sont posées par décision du tribunal au cas de DOM survenant en cours d'instance

• C'est donc l'œuvre du D. du 20 mai 1965 complétant l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958, devenu art. R.142-24 al. 2 CSS et avec ce texte, les pouvoirs traditionnels du juge ont fait irruption dans la PEM qui avait donc été conçue de façon absolue en dehors de son intervention dans toute ses composantes, du choix et de la mission de l'expert, comme de l'avis exprimé qui s'imposait à lui quand une DOM survenait en cours d'instance dans le cadre du litige soumis à la juridiction. La mission confiée à l'expert ne mettait jamais en jeu que les prérogatives du MC et du MT dont on a vu qu'étant à la source du litige ils devaient tenir les leviers de commande pour sa solution. Et ce n'est pas parce que la divergence surgissait à un autre niveau, celui de la juridiction, qu'il fallait altérer leur souveraineté au profit de celle du juge, sauf à compromettre la célérité recherchée à travers les brefs délais édictés, excluant toute intégration dans la sphère judiciaire dont on connaissait bien les aléas constants en matière de procédure, et c'est ainsi que la PEM fut imposée au juge.

•

L'art. 22 de la loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux reprenait le principe édicté par l'art. 99 de l'ord. du 19 octobre 1945, cette dernière pionnière en matière d'EM, à savoir que la PEM était applicable au cas de différend faisant apparaître une DOM au cours de l'instance contentieuse, s'imposant donc à la juridiction. Et ce ne pouvait donc être que celle édictée par l'arrêté du 27.05.1946, pris en application de l'art. 99 précité et dont l'art. 4 édictait que la caisse notifiait à l'expert sa désignation sans autre précision, ce dont on pouvait penser que la mission confiée à l'expert tombait sous le coup du pouvoir quasi-discrétionnaire de la caisse, incluse "comme telle" dans le cadre de la procédure s'imposant globalement au juge.

Et sans vouloir entrer dans le problème, abordé par ailleurs, du déclenchement de la PEM à l'initiative des juridictions[2], on rappellera que dans le cas où une EM était annulée par elles, la jurisprudence, après bien des hésitations, avait estimé qu'il ne pouvait y avoir lieu à expertise judiciaire par suite de la nullité de l'expertise technique[3]; ce qui voulait dire que la mission confiée à l'expert devait être rédigée non par le juge, mais dans le cadre des dispositions précitées sur l'expertise technique, les parties demeurant donc souveraines, même sur le terrain proprement judiciaire[4].

• Mais l'orthodoxie juridique avait pu conduire à se demander depuis l'origine si, au-delà du choix de l'expertise, il n'était pas souhaitable, dans le cas où l'EM était ordonnée par une juridiction, que ce fut cependant le juge, dans le cadre de la compétence générale qu'il tire de la

---

1 *Voir 2ème partie – Chap. 2.*

2 *Voir supra – Section I – § 3.*

3 *Cass. soc. 13 avril 1961 – BC IV-402 ; Cass. soc. 8 mai 1961 – BC IV-618.*

4 *Par lettre à la FNOSS en date du 28 octobre 1955 (BJ FNOSS n°47-1955), la DGSS avait cependant estimé que l'obligation de la juridiction de recourir aux dispositions susvisées n'existait qu'au cas où le litige n'avait pas déjà fait l'objet de la procédure d'expertise.*

Constitution, qui fixât la mission de l'expert pour résoudre la DOM à laquelle il était confronté et qui constituait l'élément substantiel et déterminant dans le litige qu'il avait à régler.

D'autant que les conditions d'établissement de la mission demeuraient loin d'être satisfaisantes[1], ce qui pouvait donner lieu à des avis imprécis, le juge ainsi obligé de recourir à la PEM dans laquelle il n'avait aucune participation et qui le dessaisissait ipso facto de la DOM, et il pouvait paraître choquant que la jurisprudence n'ait pas tenté de remédier à cette situation, pour concilier l'obligation de juger avec le principe de l'abstention des juridictions dans la PEM ce qui était, à notre avis, totalement compatible.

Et le D. du 22 décembre 1958 (art. 20 codifié art. R.142-24 al.1 CSS) devait purement et simplement reprendre le principe énoncé par la loi précitée du 24 octobre 1946 (art. 22) en disposant que "lorsque le différend fait apparaître en cours d'instance une DOM relative à l'état du malade ou de la victime d'un AT ou d'une MP, notamment à la date de guérison ou de consolidation, le tribunal ne peut statuer qu'après mise en œuvre de la PEM prévue par décret en Conseil d'Etat".

Le juge continuait donc d'être obligé de recourir à la PEM, sans pouvoir pour autant déterminer lui-même la mission de l'expert, le D. prévu du 07 janvier 1959 généralisant le protocole établi par la caisse (et non plus par le MC et le MT en matière d'AT/MP) de façon unilatérale, au sein duquel devait donc figurer la mission. La Cour de cassation s'opposa même à ce qu'il en fût autrement[2] dans une espèce antérieure au D. du 20 mai 1965, contribuant donc à l'absence totale de participation de la juridiction à l'organisation de l'expertise, et demeurait donc pour le juge de devoir faire en sorte que l'expertise se déroule dans les meilleures conditions possibles.

Quand on connaissait donc l'établissement du protocole dans de telles conditions, ce dont il pouvait résulter un manque d'impartialité ou d'objectivité ou un avis imprécis n'apportant pas de solution satisfaisante au litige, on pouvait aisément imaginer qu'il brûlait les doigts des juges d'inviter dans leurs décisions le MC à telle ou telle rédaction de la mission, et plus particulièrement dans le cas de recours à une nouvelle expertise dans les formes initiales.

Les juridictions se jetèrent donc à l'eau, et c'est ainsi qu'une cour n'hésita pas à faire plus que des "recommandations" à l'intention du MC, et il fut dit à cette occasion "qu'il convenait que le MC de la caisse étudie les motifs de la décision et s'en inspire pour rédiger la mission de la nouvelle expertise technique", la position des juges d'appel permettant aux juridictions "d'assumer une mission de contrôle sur l'exécution de leur propre décision dans l'intérêt des justiciables"[3]. Dans ce cas d'espèce la cour, après avoir ordonné une nouvelle expertise technique, avait exigé de la caisse que figurât obligatoirement dans le protocole une mission qu'elle avait rédigée elle-même et, d'autre part, d'exclure certains médecins dans le choix du nouvel expert technique. Mais il ne faut pas perdre de vue que de telles "obligations" étaient dépourvues de base légale, les juridictions ne pouvant sanctionner leur inobservation, mais on doit noter que les caisses acceptèrent souvent que la mission fût rédigée par la juridiction[4].

• C'est dans ce contexte que fit irruption la compétence générale du juge, salvatrice en quelque sorte dans la PEM, le D. du 20 mai 1965 complétant donc l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 (art. R.142-24 al.2 CSS) en précisant que "dans ce cas (recours à la PEM), la mission confiée à l'expert et l'énoncé des questions qui lui sont posées sont fixées par décision du tribunal".

---

[1] *L'arrêté du 31 août 1955 propre aux AS abrogeait celui du 27 mai 1946 sans plus de précisions sur la mission. Seulement en matière d'AT/MP, l'arrêté du 8 juin 1951 portant RICP, avait stipulé l'exigence par écrit de la mission confiée à l'expert et le D. 21 janvier 1956 instaurait un protocole établi par le MC et le MT et comportant l'énoncé des questions posées.*

[2] *Cass. civ. 2ème 17 mars 1966 BC II-365.*

[3] *Obs. JP BRUNET sous arrêt Cour d'Amiens 4 avril 1962 – JCP n°30 du 2 juillet 1964-II-13785.*

[4] *Obs. JP BRUNET sous arrêt Cass. soc. 12 mai 1976 – M… c/CPAM Haute-Marne. – JCP 1978-II-18884 préc.*

Nous avons déjà souligné combien il était important pour le juge de pouvoir énoncer lui-même les termes de la DOM qu'il avait à régler au point, pensons-nous, que cette disposition aurait pu aussi bien avoir été prise dès l'avènement de la procédure. Mais le contexte dans lequel la modification devait intervenir était au fond celui d'un égarement de la notion de DOM, de telle sorte qu'il nous paraît nécessaire de préciser son sens véritable.

1 – Le contexte d'égarement de la notion de DOM survenant en cours d'instance

Une réforme était tellement attendue que la DOM donnant lieu au recours à la PEM fut entendue de façon erronée, c'est-à-dire que fut considérée comme DOM aussi bien celle qui justifiait ce déclenchement que celle, proprement judiciaire, qui justifiait le recours à une nouvelle expertise technique, du fait d'une défectuosité de l'expertise, dont il ne pouvait résulter que l'établissement de la mission par le tribunal dans tous les cas.

Il faut dire que la notion de DOM survenant en cours d'instance était déjà transportée sur ce terrain qui n'était pas le sien, quand la Cour de cassation considérait qu'étaient violés les textes la visant (art. 486 CSS en AT, puis art. 20 du D. du 22 décembre 1958), pour justifier le recours à une nouvelle expertise technique et non pas judiciaire[1], et aussi, abstraction faite de l'expertise antérieure ce qui, dans ce dernier cas, revenait à ne tenir aucun compte de la portée de l'avis de l'expert[2]. Et certains observateurs avaient déjà accrédité cette thèse pour justifier, en l'absence de violation des textes précités, aussi bien le recours à une expertise judiciaire et non pas technique[3], la DOM pouvant donc arbitrer la querelle de pouvoirs entre le juge et l'expert, que la rédaction de la mission sur le terrain même de la PEM, ce qui lui permettait de remplir encore cet office entre le juge et les parties, dont il résultait bien l'établissement de la mission par le juge dans tous les cas. Et c'est exactement ce qu'exprimait l'auteur d'une thèse sur l'EM : "désormais, dans leur décision ordonnant la mise en œuvre d'une nouvelle expertise technique, les juridictions compétentes sont, en conséquence, fondées légalement à déterminer exactement la mission confiée au médecin expert. Il ne s'agit plus de recommandations aux parties et il n'est donc plus possible de poser à l'expert technique des questions différentes de celles qui ont été définies par le juge"[4].

Mais la Cour de cassation devait, dans l'arrêt de principe précité[5] censurer cette manière de voir, tant il était vrai qu'il y allait des pouvoirs respectifs de la juridiction et des parties en la matière, en estimant que cette nouvelle disposition n'était pas applicable au cas de recours à une nouvelle expertise, c'est-à-dire quand la difficulté était proprement judiciaire, née de l'application de l'expertise, auquel cas il ne pouvait convenir que de reprendre la procédure dans les formes initiales, à la suite de l'annulation de l'expertise consécutive à l'omission des formalités dans l'établissement du protocole. La Cour avait déjà préfiguré cette manière de voir, l'intéressé lui ayant donc demandé, en vain, que ce soit le juge qui fixe la mission[6].

N'avait donc pas été effacée la possibilité de faire application de la théorie classique de l'inexistence d'un acte, qui conduisait à considérer que, lorsqu'une EM était annulée, une nouvelle expertise devait être diligentée, l'expertise étant censée n'avoir jamais existé[7], ce qui supposait qu'en dehors de la question présente de savoir qui fixait la mission de l'expert sur le terrain de la

---

1 *Cass. soc. 8 mai 1961 BC V-618 ; Cass. civ. Section sociale 20 décembre 1961 BC IV-1081 ; Cass. soc. 22 février 1967 BC IV-187 ; Cass. soc. 4 juin 1970 BC V-388 ; Cass. soc. 29 avril 1971 BC V-325.*

2 *Cass. civ. Section sociale 25 octobre 1960 BJ FNOSS n°15-1961 avec commentaires DGSS.*

3 *Obs. sous arrêt Cass. soc. 12 février 1961 JCP 1961-II-12089.*

4 *"L'expertise médicale dite technique en matière de Sécurité Sociale" – A. CHAZAL – Thèse Clermont-Ferrand 1966-n°884 p.396.*

5 *Cass. soc. 13 mai 1976 JCP 1978-II-18884 obs. JP BRUNET – préc.*

6 *Cass. soc. 29 octobre 1974 BC V-461.*

7 *Droit social – Janvier 1962 B 59 – Obs. de M. le Doyen VOIRIN sous arrêt cass. soc. 5 mai 1961.*

PEM, toute annulation d'EM excluait le recours à l'expertise judiciaire et donc la fixation de la mission par le juge.

Mais ce ne fut pas toujours le cas et si on comprend que la Cour de cassation ait pu parfois traduire ses préoccupations de réserver aux juges leur liberté d'appréciation, on comprend moins qu'après avoir adopté une position de principe sur l'exclusion de l'expertise judiciaire, elle ait manifesté de nombreuses hésitations qui n'allèrent pas dans un sens favorable au bon fonctionnement de la PEM, avant d'écarter définitivement la faculté de recourir à l'expertise judiciaire dans ce qui confinait au premier chef à la mesure à prendre au cas d'irrégularité ou d'insuffisance de l'expertise[1].

Cette jurisprudence a donc établi l'autonomie de la PEM et ainsi la fixation de la mission par les parties en toute hypothèse, du moment que ce sont elles qui ont initié la procédure, ce que devait confirmer l'arrêt MOUGENE précité, sans donc pouvoir avoir été affectée par le D. du 20 mai 1965 (art. R.142-24 al.2 CSS) énonçant la fixation de la mission par décision du tribunal, au cas de DOM survenant en cours d'instance[2].

MAIS L'EXPERTISE JUDICIAIRE, PAR AILLEURS ET EN PRINCIPE ERADIQUEE, DEMEURE L'AMBIGUITE QUANT AUX POUVOIRS RESPECTIFS DU JUGE ET DES PARTIES CAR LA VIOLATION DE L'ART. R.142-24 AL.1 CSS PROPRE A LA DOM SURVENANT EN COURS D'INSTANCE OBSERVEE AVANT D'ETRE REJETEE PAR L'ARRET PRECITE (CASS. SOC. 13.05.1976), APPARAIT TOUJOURS EN JUSTIFICATION DU RECOURS A UNE NOUVELLE EXPERTISE OU A UN COMPLEMENT D'EXPERTISE, SUR UN TERRAIN QUI N'EST PAS LE SIEN, CE QUI CONSTITUE UN NID DE CONFUSIONS POUR LES JURIDICTIONS DU FOND[3].

2 – Le sens véritable de la notion de DOM survenant en cours d'instance

- C'est qu'en effet la DOM survenant en cours d'instance est une notion qui répond à des situations bien précises qui ne se confondent pas avec celles découlant de la difficulté proprement judiciaire et nous nous devons, au regard de l'orthodoxie juridique et aussi de l'histoire de la Sécurité Sociale, d'apporter quelques précisions sur cette notion.

On rappellera tout d'abord les propos de JP BRUNET au sujet de l'arrêt du 13.05.1976 précité, qui affirmait "qu'il existait des litiges fondés sur une question de droit, par exemple une rechute, ou des frais de transport pour lesquels la juridiction constate qu'il résulte des débats ou des positions des parties une DOM laquelle, en vertu de l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958, ne peut être réglée qu'après expertise technique[4]. Au contraire, au cas d'annulation d'EM aux formes du D. du 07 janvier 1959, la difficulté est, par hypothèse, antérieure au contentieux proprement judiciaire"[5]?

On rappellera ensuite les propos diamétralement opposés au sujet de cet art. 20, de l'auteur d'une thèse sur le sujet, et qui y exposait que "dans l'hypothèse où la DOM avait existé avant l'instance et où l'expertise à laquelle elle avait donné lieu, est déclarée nulle par la juridiction, celle-ci doit se considérer comme étant en présence d'une DOM dont la survenance, causée par l'annulation de la précédente expertise technique réputée inexistante, se produit conformément à l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 "en cours d'instance". La juridiction se trouve donc dans une situation analogue au cas précédent relatif aux différends faisant surgir une

---

1 *Voir infra 2ème Partie – Chap. I ; Cass. soc. 4 juin 1970 BC V-388 ; Cass. soc. 29 avril 1971 BC V-325.*

2 *Dans ce cas, la juridiction ne peut donc, non plus, recourir à l'expertise judiciaire – Cass. soc. 18 décembre 1979 BC V-1014.*

3 *Cass. soc. 14 octobre 1993 RJS 1993 n°1141 ; Cass. soc. 28 avril 1996 BC V-141 ; Cass. soc. 30 avril 1997 RJS 1997 n°753 ; Cass. civ. 2ème 3 mai 2006 (X... c/CPAM DIJON) NP 0430715 ; Cass. civ; 2ème 24 mai 2005, NP 03 30558 préc.*

4 *Cass. soc. 15 juin 1972 BC V-445.*

5 *Obs. JP BRUNET sous arrêt Cass. soc. 12 mai 1976 JCP 1978-II-1884 préc.*

difficulté qui n'a pas encore été évoquée avant l'instance, et pour laquelle la PEM du D. du 07 janvier 1959 n'a donc jamais été mise en œuvre"[1], ou encore : "… Il ne fait en conséquence aucun doute que lorsque les juridictions renvoient, en application de l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958, les parties à mettre en œuvre une nouvelle expertise technique…"[2].

Nous ne partageons pas cette dernière manière de voir, sinon on ne s'expliquerait pas que la querelle sur le choix entre expertise médicale et expertise judiciaire n'ait été consommée que dans les années 1970-1971, soit près de trente ans après la naissance de la DOM survenant en cours d'instance, laquelle donna toujours lieu à la PEM.

Si c'était bien lors de la querelle entre les pouvoirs du juge et ceux des parties quant à la validité d'une expertise antérieure à l'instance que surgissaient la plupart des différends, les auteurs du D. du 22 décembre 1958 n'avaient certainement pas entendu conférer un sens élargi à la DOM survenant en cours d'instance pour tenter d'y remédier, n'ayant fait que reprendre l'idée initiale (exprimée dans l'art. 22 de la loi 24.10.1946 sur le contentieux) fondue dans la réforme judiciaire de 1958 au sein de laquelle figurait celle sur le contentieux de la Sécurité Sociale.

• A la vérité il s'agit, dans la quasi-totalité des cas, de litiges nés d'un rejet administratif, portant sur l'appréciation faite par la caisse de la législation, autrement dit sur le principe même du droit aux prestations, mais porteurs d'une DOM sous-jacente et plus ou moins tue, le litige prenant alors, de façon inappropriée, la voie du contentieux général, et la juridiction mise dans l'obligation, devant la DOM émergeant à son niveau, de le réorienter dans le cadre de sa saisine contentieuse, par le recours à la PEM avant de statuer, et on ne peut que rendre hommage aux auteurs des textes de 1945-46 d'avoir ainsi su prendre en compte cette réalité sociologique.

Il faut dire que la frontière est souvent ténue entre le litige administratif et le litige d'ordre médical, d'où il résulte de nombreux cas de ce genre, sans mésestimer la tendance des caisses à orienter certains litiges vers le contentieux général et celle des juridictions du fond à ignorer le recours à la PEM[3].

Pour bien étayer notre propos, nous nous limiterons à deux cas significatifs et tout d'abord à celui de la DOM portant sur l'aptitude d'un établissement de soins, plus proche de la résidence de l'assuré que celui que ce dernier a choisi, à lui dispenser les soins appropriés à son état. Si la limitation de la PEC pour les frais de séjours n'existe plus, le D. du 20 décembre 2004 ayant supprimé, par suite de la tarification à l'activité (T2A), la règle de la référence à l'établissement le plus proche, approprié à l'état du malade[4], laquelle avait pu générer des rejets d'ordre administratif fondés sur la proximité ou les convenances personnelles, alors qu'une DOM était latente, cette dernière surgissant devant le juge[5], en revanche la règle demeurait quant aux frais de transport, le décret précité ayant aménagé la limitation de leur PEC à la structure de soins appropriée la plus proche au-delà de 150 km[6] mais l'exigence que le MC s'assure que les soins ne pouvaient être dispensés dans une structure de soins située dans la limite de cette distance devrait permettre d'orienter convenablement les litiges vers l'EM et non plus vers le contentieux général, comme cela est encore trop souvent le cas pour les autres transports, quant à leur bien-fondé.

Autre cas, où la frontière entre les deux litiges peut paraître tout aussi ténue, c'est en matière de cotations d'actes médicaux ou paramédicaux soumis à entente préalable, mais la réduction de cotation par le MC des actes proposés, fondée sur l'état du malade, ne saurait pour autant déboucher sur un rejet administratif et la voie du contentieux général, excluant la PEM,

---

1 *"L'expertise médicale dite technique en matière de Sécurité Sociale" – A. CHAZAL – Thèse 1966 Clermont-Ferrand – n°569 p.251-252 ; n°855 p.381 ; n°867 p.387.*

2 *Même ouvrage n°876 p.391.*

3 *Voir supra 1ère partie – Chap. I - Section I - § 3.*

4 *Abrogation des art. R.162-21, R.162-37 et R.615-52 CSS.*

5 *Cass. soc. 5 janvier 1973 BC V-4 ; Cass. soc. 5 juillet 1978 BC V-568 ; Cass. soc. 14 janvier 1999 – NP 9714352.*

6 *Art. R.322-10-7 devenu R.322-10-4 CSS, l'art. R.322-10-3 retenant, dans la limite de 150 km, la distance parcourue entre le point de prise en charge du malade et la structure de soins.*

comme s'il s'agissait d'une divergence sur l'appréciation des nomenclatures[1], laquelle, inversement, ne saurait donc donner lieu à la PEM[2] et pour laquelle le législateur a d'ailleurs prévu, à la discrétion du juge en tant que de besoin, une expertise technique spécifique (art. L.141-2-1 CSS issu art. 14 ord. du 24 avril 1996)[3].

• Mais cette nouvelle prérogative du juge pour la fixation de la mission laissait subsister à juste titre le protocole à établir par le SCM de la caisse, auquel devait donc être communiquée la décision de la juridiction comportant la mission et l'énoncé des questions posées à l'expert.

On peut imaginer aisément que les MC ne virent pas toujours d'un œil serein cette mission qui leur était imposée au sein de la procédure qu'ils devaient toujours mettre en œuvre, et que les tentations devaient être fortes de remodeler à leur guise les missions d'expertise, fixées par les juridictions, dont l'une d'entre elles manifesta en ces termes son indignation :

"A l'occasion de quatre affaires venues devant la commission de première instance (CPI) à l'audience du 15.01.1976, il est apparu que la mission de l'expert, telle que précisée dans le jugement par la commission ordonnant une expertise, avait été modifiée dans l'imprimé envoyé par l'expert à la caisse. Ce fait a d'ailleurs été souligné et qualifié de "regrettable" par un des experts. Nous nous devons d'attirer votre attention sur ce fait et vous demandons de bien vouloir nous faire connaître dans quelles conditions ont pu se produire de tels errements, qui constituent un empiètement inadmissible sur les pouvoirs d'une juridiction contentieuse. Nous vous prions d'agréer…"[4].

Le caractère "hybride" de la procédure qu'instaura donc le D. du 20 mai 1965, le juge fixant la mission et les parties choisissant l'expert, n'est pas satisfaisant, rien ne paraissant justifier que le juge se voit imposer le choix d'un expert, qui n'est pas forcément l'un de ceux figurant sur la liste visée à l'art. R.141-1 CSS[5].

Certes, s'il ne nous échappe pas que la DOM n'est, au plan judiciaire, que la transposition du litige à ce niveau selon la PEM, ce qui a conduit les auteurs du D. du 20 mai 1965 à ne modifier la procédure que dans la stricte nécessité qu'il y avait de remédier aux inconvénients qui pouvaient résulter des conditions de fixation de la mission par la caisse elle-même, cette dissociation ne nous paraît pas pour autant condamnable, dès l'instant que la participation du juge est instaurée pour la partie la plus substantielle, sinon la plus délicate de la procédure, et alors même qu'il prend la décision. Cette modification devrait permettre, compte tenu de la tendance à l'accroissement de ses pouvoirs au cas de nouvelle expertise, d'y ajouter le choix de l'expert, le protocole dressé par la caisse demeurant le pivot "irréductible" pour garantir le caractère contradictoire de la procédure et son particularisme, et par lequel le MC et le MT sont à même, par l'expression de leurs avis respectifs sur le litige, de "consolider" les questions posées souverainement par le juge et qu'ils ne peuvent donc modifier…

En définitive, il apparaît que la DOM, en cours d'instance contentieuse, ne vise que celle survenue pour la première fois et mettant directement en jeu l'appréciation de l'état du malade ou de la victime, comme cela est le cas lors de la COM auprès de la caisse. C'est donc dans ce seul cas que le tribunal fixe, et fixe seulement, la mission, la COM ayant existé avant l'instance contentieuse et dont l'expertise en étant résultée, pour donner lieu à difficulté d'application devant la juridiction, ne pouvant par suite que conduire, au cas de nullité, à une "nouvelle expertise" dans les formes initiales, c'est-à-dire celles de l'art. R. 141-3 CSS et, au cas de simple insuffisance de fond, à un complément d'expertise avec fixation de la mission par la caisse et non pas par le juge.

---

1 *Cass. soc. 8 avril 1974 BC V-227 ; Cass. soc. 29 mars 1989 BC V-276 ; Cass. soc. 17 mars 1994 RJS 1994 n° 619 ; Cass. soc. 2 décembre 1999 Juris Data n°004202.*

2 *Cass. soc. 21.12.1988 BC V-692.*

3 *Voir supra Chap. I – Section I – § 3 – C/3°.*

4 *Lettre du Président de la CPI à M. le Directeur de la CPAM de…*

5 *Le D 18 mars 1986 avait stipulé que l'expert ne pouvait être choisi que sur cette liste mais cette disposition fut abrogée par le D. 20 avril 1988 avec retour à un "libre choix " aménagé.*

Reste donc que si le juge peut fixer lui-même la mission et choisir l'expert, ce n'est que dans le cas où il accepte, sur demande d'une partie, de recourir à une nouvelle expertise, ce qu'il s'approprie fréquemment au cas d'annulation de l'expertise.

b) La fixation de la mission et la désignation de l'expert par décision du tribunal quand ce dernier ordonne une nouvelle expertise sur demande d'une partie

C'est l'œuvre de la loi 90-86 du 23 janvier (art. 3 complétant l'art. L.141-2 CSS) et du D. 92-460 du 19 mai (art. 3 codifié art. R.142-24-1 CSS).

Avec ces textes, qui ont mis fin à la force probante de l'avis de l'expert à l'égard de la juridiction, il s'agit de la deuxième irruption, depuis l'origine, de la compétence générale du juge dans la PEM.

Et il apparaît, à travers ces nouvelles prérogatives, qu'on n'imagine plus, aujourd'hui, que ce sont généralement les parties qui opèrent les choix substantiels, comme nous l'avons déjà souligné, ce qui s'expliquait avant tout par des circonstances historiques, les considérations sociales l'ayant alors emporté sur les considérations purement juridiques pour le règlement des litiges d'ordre médical.

Le bloc de procédure transporté tel quel dans la sphère du pouvoir judiciaire paraît donc appartenir à l'histoire, non seulement dans ses composantes, mais dans sa portée même, et pour nous limiter à la question qui nous préoccupe ici même, on peut dire qu'au travers du pouvoir qu'il a de fixer la mission de l'expert, dans tous les cas où il décide de recourir à la PEM, le juge est doté d'un moyen fondamental à même de lui permettre de régler de façon équitable le litige qui lui est soumis, et qui est normalement le sien quand il décide de recourir à une expertise judiciaire. Ceci suppose que l'expertise demeure valable s'il décide de recourir à une nouvelle expertise sinon, au cas de son annulation, il ne peut y avoir lieu qu'à "nouvelle expertise" dans les formes initiales, qu'il y ait eu ou non demande de nouvelle expertise, et c'est pour ces raisons que nous préconisons que le juge désigne également l'expert au cas de DOM survenant en cours d'instance.

Mais là s'arrête l'analogie avec l'expertise judiciaire, le juge n'ayant pas la faculté de recourir ou non à la PEM, lié par l'existence d'une DOM, ou même d'une demande de nouvelle expertise avec toutes les conséquences qui en découlent, et notamment le fait que ce recours revêt le caractère d'une décision sur le fond avec appel immédiat possible[1] la mission établie par le juge ne pouvant dès lors échapper aux griefs du moyen, contrairement à ce qu'a pu énoncer la Cour de cassation[2]. En outre, le juge prend sa décision de recourir à une nouvelle expertise au vu du rapport de l'expertise donnant lieu à la difficulté judiciaire, les avis du MC et du MT ainsi connus de lui et demeurant somme toute la base du litige, sans qu'il n'y ait, par suite, de nouveau protocole à établir.

En résumé, il ne faut donc pas perdre de vue qu'en dépit de cette évolution, la PEM demeure fondamentalement conforme aux conceptions originelles de ses promoteurs, et il s'ensuit que ni la DOM survenant en cours d'instance, ni la difficulté proprement judiciaire liée à l'application de l'expertise, ni la demande de nouvelle expertise ne sauraient conduire, comme c'est encore souvent le cas, à un empiètement des pouvoirs du juge sur ceux des parties[3].

SINON, C'EST LA CONFUSION DES GENRES.

RESTE QUE, POUR LES CAS OU LA MISSION N'EST PAS ETABLIE PAR LE JUGE, NI LE LEGISLATEUR NI LA COUR DE CASSATION N'ONT MANIFESTE LA VOLONTE EXPRESSE DE CONFERER UN CARACTERE RELLEMENT

---

1 *Voir supra Section I - § 3.*

2 *Cass. soc. 27 mai 1999 RJS 1999 n°1155 et infra 2ème partie – Chap. I.*

3 *TASS Gironde 30 mai 2002 et Cour de Bordeaux 11 juin 2003 – CPAM Gironde c/CRUZ-MERY ; TASS Gironde 12 septembre 2006 et 11 septembre 2007 – CPAM Gironde c/MIRON ; Cour de Bordeaux 27 avril 2006 et 31 août 2006 – CPAM Gironde c/CARVALHO ; Cour de Montpellier 11.06.2008 – CPAM Gard c/HARROUAT.*

CONTRADICTOIRE A LA MISSION DE L'EXPERT, D'OU NOTRE PROPOSITION QUE LE MT PUISSE FORMULER SES OBSERVATIONS SUR LA OU LES QUESTION(S) POSEE(S) A L'EXPERT.

Le protocole étant établi par la caisse, ou la décision rendue par le Tribunal ordonnant une nouvelle expertise sur demande d'une partie, demeure donc à examiner la saisine de l'expert.

§ 3 – La saisine de l'expert

La question vaut essentiellement dans le cas où la caisse ou l'organisation spéciale de Sécurité Sociale procède à la mise en œuvre de la PEM et donc à l'établissement du protocole, non pas tant que dans le cas où la juridiction, décidant de recourir à une nouvelle expertise sur demande d'une partie, exerce une prérogative habituelle dans le cadre de sa compétence judiciaire, ce qui n'appelle pas de commentaire particulier, sauf à ce que la célérité qui caractérise le déroulement de l'expertise ne soit pas perdue de vue.

Il est donc dans la logique des pouvoirs conférés à la caisse ou à l'organisation des régimes spéciaux de Sécurité Sociale pour organiser la PEM, que ce soit elles-mêmes qui adressent la demande d'expertise à l'expert.

Après sa saisine sommaire en assurances sociales sous forme de notification de sa désignation (art. 4 arrêtés des 27.05.1946 et 31.08.1955), l'expert devait être saisi de façon plus substantielle en AT/MP, sous forme d'une notification de sa désignation lui précisant par écrit l'objet de sa mission (art. 99 arrêté du 08.06.1951 fixant le RICP propre aux prestations en matière d'AT/MP), puis à l'aide d'un protocole assorti de mentions obligatoires et sous forme de pli recommandé avec demande d'avis de réception (art. 2 arrêté du 24 juillet 1956), ces dernières dispositions ayant été généralisées par l'art. 4 du D. du 07 janvier 1959.

On remarquera qu'aucun délai n'a jamais été imparti à la caisse ou à l'organisation spéciale de SS pour la saisine d'un expert, mais si on comprend que cette tâche parmi tant d'autres ne se soit pas prêtée à une quantification de son accomplissement, il n'en reste pas moins que la caisse se doit d'agir avec célérité pour que le malade soit examiné le plus rapidement possible. D'ailleurs, à s'en tenir à la lettre du texte (art. 4 R. devenue R. 141-3 al. 2 CSS), "la caisse adresse au médecin expert la demande d'expertise obligatoirement accompagnée du protocole par pli recommandé avec accusé de réception", et il y a lieu à notre avis d'en déduire que la saisine de l'expert doit intervenir sans délai dès que l'établissement du protocole est achevé.

On pourrait penser l'indication du mode d'expédition superflue, mais ce dernier revêt une importance qu'on ne saurait sous-estimer, ainsi que la souligne la circulaire précitée en date du 04.06.1959, "la date à laquelle le médecin expert reçoit le dossier marque le point de départ des délais impartis pour l'exécution de l'expertise et le dépôt du rapport"[1].

Par suite, la juridiction ou la caisse sont en mesure de contrôler si le médecin expert s'est ou non conformé aux délais réglementaires, lesquels ne sont pas prescrits à peine de nullité dès lors qu'il n'en est résulté aucune violation des droits de la défense[2], mais dont l'inobservation fréquente peut conduire la caisse, ou la juridiction quand c'est elle qui saisit l'expert, à intervenir pour lui rappeler ses obligations à ce sujet, et l'assentiment de la jurisprudence à cette violation des brefs délais, lesquels justifient dans une certaine mesure la force probante qui s'attache à l'avis de l'expert, a été vivement critiqué[3].

---

1 *Titre III – Chap. III - § 3.*

2 *Cass. soc. 6 mars 1974 JCP 75 – 2 – 17924 obs. JP BRUNET préc. ; Cass. soc. 13 décembre 1990 – BC V-674.*

3 *Y. SAINT-JOURS : "de la nécessité d'une réforme de l'expertise médicale en matière de Sécurité Sociale", Chronique RDSS 24 (janvier, mars 1988).*

Avec l'envoi des documents qui permettent à l'expert de remplir sa mission[1], s'achève donc la phase préparatoire de l'expertise, la caisse ou l'organisation spéciale de SS étant ainsi dégagée des obligations lui incombant en sa qualité d'organisatrice de l'expertise (art. R.141-2 al.4 et 141-3 CSS), et elle se trouve alors, juridiquement, dans une situation d'égalité avec le malade ou la victime, le caractère juridictionnel et donc contradictoire de l'expertise prenant alors toute sa dimension, puisque l'expertise ne peut être valable qu'autant qu'ont été respectées un certain nombre de règles avant, pendant et après sa réalisation, destinées à garantir les droits des parties et essentiellement ceux de la défense.

Après cette analyse de la phase préparatoire, nous allons donc aborder l'étude de l'expertise elle-même, en distinguant les opérations qui la caractérisent de celles qui y font suite, pour parachever la solution du litige.

---

[1] *Rappel : le protocole n'est pas établi lorsque le juge recourt à une nouvelle expertise, l'expert étant saisi directement sans intervention de la caisse (art. R.142-24-1 CSS).*

CHAPITRE III

L'EXPERTISE

L'expert va donc devoir procéder aux opérations qu'il a accepté d'effectuer et dont les conclusions constituent les éléments techniques sur lesquels sera fondée la décision de la caisse ou de la juridiction.

Nous suivrons, pour ce chapitre, l'ordre des dispositions qu'avait adoptées le D. du 07 janvier 1959 pour la contestation d'ordre médical (COM) auprès de la caisse, et ce sont aujourd'hui celles des art. R.141-4 et 5 CSS, tant en ce qui concerne les conditions auxquelles sont soumises les opérations d'expertise, et notamment la convocation du MC et du MT et l'examen du malade ou de la victime (Section I), que les suites de l'expertise, et notamment l'émission par l'expert d'un rapport dont les conclusions doivent être communiquées au SCM ou à la caisse, antérieurement au dépôt de son rapport auprès du SCM, pour hâter la décision que doit prendre la caisse, l'ensemble dans des délais donnés[1]. Et ne peuvent être dissociées de ces suites les difficultés qu'à pu poser, et pose encore, la communication du rapport aux parties et en particulier à la caisse elle-même, sinon aux juridictions, au nom du secret médical, sans raison d'être ici mais opposé par le SCM (Section II).

En ce qui concerne les frais que peut entraîner l'expertise, ce sont les dispositions de l'art. R. 141-7 CSS issues du même décret, qui visent la rémunération de l'expert ainsi que ses frais de déplacement s'il y a lieu, celle, le cas échant, du MT, ainsi que ses frais de déplacement pour se rendre à la convocation de l'expert, les frais de déplacement du malade ou de la victime étant désormais pris en charge sur le compte du risque.

La caractéristique majeure de ces frais, toujours selon l'art. R. 141-7 CSS, est qu'ils sont à la charge des organismes de SS, la caisse pouvant demander à la juridiction qu'ils soient mis à la charge de l'assuré quand la contestation est manifestement abusive.

Par suite de l'applicabilité de la PEM dans le cadre du recours contentieux, ces frais ne peuvent qu'être les mêmes à ce niveau et à la charge des organismes de SS selon les art. L. 144-5 et R. 144-11 CSS , desquels il résulte une tarification identique et constituant en quelque sorte le

---

[1] *Le rapport, et lui seul, est communiqué au secrétariat de la juridiction quand c'est cette dernière qui prend la décision, à charge pour celui-ci d'en adresser copie au SCM de la caisse et au médecin traitant du malade ou à la victime.*

pendant de l'art. R. 141-7, le législateur n'ayant pas voulu, là non plus, les faire supporter au malade ou à la victime.

Mais la sanction visée à cet art. R.141-7 a aussi ses pendants dans l'art. R. 144-10 CSS, le législateur s'étant ici curieusement montré plus sévère pour l'EM issue du recours contentieux, même si elle n'est jamais ordonnée que par le juge, que pour celle émanant du recours médical exercé auprès de la caisse, le demandeur pouvant être sanctionné du seul fait qu'il succombe.

Le plus surprenant fut l'inclusion, en cas de recours jugé dilatoire ou abusif, des dépenses liées à l'EM ordonnée par la juridiction en application de l'art. R. 142-24 CSS, dans celles mises à la charge de l'assuré, pêle-mêle avec les autres dépenses, par les auteurs du D. du 22 décembre 1958 (art. 57 devenu art. R.144-10 al. 3 CSS), quand on sait que les auteurs du D. du 20 mai 1955 (art. 2) complétant l'art. 31 de la loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux, et dont ceux du D. du 22 décembre 1958 reprenaient manifestement les mêmes dispositions sur le recours dilatatoire ou abusif, ne les avaient pas retenues pour le cas similaire visé par cette loi, comme exclusives de tout abus dès lors qu'elles résultaient de l'obligation du juge de recourir à la PEM pour solutionner le litige. Et nous pouvons d'autant plus regretter cette "mutation" qu'elle a pu laisser penser à l'inclusion implicite de ces dépenses, par ces auteurs, dans celles mises à la charge de l'assuré (Section III).

SECTION I – LES OPERATIONS D'EXPERTISE

S'il était impensable que l'expert échappât au rythme général que les auteurs de l'EM ont voulu imprimer à la procédure, de son déclenchement jusqu'à son dénouement, il l'était tout autant qu'il pût procéder à l'examen du malade ou de la victime sans autre forme.

Mais adopter les seules formes prévues de la procédure civile pour l'expertise de droit commun, laquelle suppose la convocation des parties, en l'espèce l'organisme de SS et le malade ou la victime, revenait à nier la réalité de l'expertise médicale et sa spécificité propre selon laquelle l'état du malade ou de la victime, c'est-à-dire de l'une des parties, constitue l'objet même de l'expertise, ce qui a conduit à rendre obligatoire son examen par l'expert, et où le caractère technique du litige met en opposition, avant toute chose et de façon générale, le MC et le MT.

Et la Cour de cassation avait justement estimé qu'en l'absence de toute disposition dans la loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux et le D. du 31 décembre 1946 sur les accidents du travail/maladies professionnelles (AT/MP) concernant les formes à observer pour les expertises en matière de SS, il devait être fait application de l'art. 315 CPC concernant l'omission de la formalité substantielle de convocation des parties, qui faisait que l'expertise était inapplicable à la partie non convoquée et dispensait même le juge de rechercher s'il y avait eu préjudice aux droits de la défense[1].

Mais elle devait s'en tenir à une conception purement civiliste de l'EM, en considérant qu'aucune disposition n'imposait que le MT soit avisé de la date de l'expertise ou convoqué à celle-ci, ce dont on ne pouvait tirer aucune inobservation d'une formalité légale ou réglementaire propre à entraîner l'irrégularité de l'expertise[2].

---

1 *Cass. civ. 2ème 13 février 1958 – Dalloz 1958 sommaire p.123.*

2 *Cass. civ. 2ème 10 janvier 1962, Droit social juin 1962 p.377 obs. P. VOIRIN.*

Rien d'étonnant donc à ce que l'autorité réglementaire soit intervenue pour imposer, "ab initio", la convocation du MC et du MT, en tenant compte ainsi de la primauté de leur opposition qui caractérise le litige (§ 1er).

Et suivra donc l'examen du malade ou de la victime, en distinguant les conditions de sa réalisation qui ont donné lieu à d'étonnantes versions, des moyens auxquels l'expert peut faire appel pour accomplir sa mission (§ 2).

§ 1er – La convocation du médecin conseil et du médecin traitant

• Cette convocation illustre parfaitement la spécificité de l'EM et son caractère technique. En effet, rien n'interdisait aux parties de se faire assister ou représenter à l'expertise, en vertu des règles propres à l'expertise de droit commun, la caisse pouvant parfaitement charger le MC de l'assister à l'expertise, tandis que le malade ou la victime pourrait se faire assister par son MT, les deux médecins s'apparentant alors, au point de vue juridique, aux conseils (avocat ou autres) admis à assister l'une ou l'autre des parties.

Et par suite rien n'imposait, au regard des principes juridiques classiques, que la convocation du MC et du MT fut obligatoire, même s'il est habituel, dans l'expertise civile, de prévenir les médecins "assistants techniques", quand ils ont fait savoir qu'ils souhaitaient être présents, et qu'il est de bonne manière, dans la convocation adressée aux parties, de faire part à celles-ci de cette possibilité.

Mais il était difficile de ne pas considérer le MC comme le véritable mandataire de l'organisme de SS pour la défense de ses intérêts devant l'expert, et si le MT ne pouvait se prévaloir de la même qualité puisque le malade ou la victime, obligatoirement présents à l'expertise, pouvaient défendre personnellement leurs droits, le droit social a entendu éviter à ces derniers toute pénalisation et tout handicap technique s'ils n'osaient pas demander à leur MT de les assister, et que l'expert soit informé d'une manière contradictoire. Et cette considération imposait, en quelque sorte, qu'en face du MC représentant la caisse et défendant ses intérêts, se trouvât le MT du malade ou de la victime dont la sauvegarde des intérêts ne pouvait que s'en trouver accrue.

Ainsi hissée, pourrait-on dire, la procédure, quant aux opérations d'expertise, revêtait une configuration propre et, même si la convocation du MT avait un caractère moins marqué que celle du MC, ces convocations n'en ont pas moins constitué depuis leur instauration par l'arrêté du 24.07.1956 propre aux accidents du travail/maladies professionnelles (AT/MP) et leur extension à l'ensemble des contestations par le D. du 07 janvier 1959 (art. R.141-4 CSS), une formalité dont l'inobservation eut toujours des répercussions sur la force juridique de l'expertise.

• Touchant ici au problème plus général des solutions que la jurisprudence, et plus particulièrement la Cour de cassation, a été amenée à donner aux difficultés nées du fait de l'irrégularité ou de l'insuffisance de l'expertise technique, c'est-à-dire en fait de la portée de l'avis de l'expert[1], nous nous limiterons, dans ce paragraphe, à évoquer les solutions spécifiques apportées à ce défaut de convocation du MC et du MT.

Certaines juridictions du fond retinrent la thèse de la nullité de l'expertise avec obligation de recourir à une nouvelle expertise technique du fait de l'absence de convocation du MT ou du MC[2], et la chambre sociale de la Cour de cassation avait elle-même prononcé la nullité de

---

1 *Voir infra 2ème partie – Chap. I – Sections II et III.*

2 *Cour de Nancy 10 janvier 1962 CPSS Haute Marne c/FUVEL Bull. inf. CANSSM. N°4-1963 p.23 avec commentaire de la FNOSS ; Cour de Riom 18 juin 1963 HOUILLERES BASSIN D'AUVERGNE c/PILUDU.*

l'expertise au motif que "la procédure prévue pour l'expertise ne pouvait être considérée comme ayant été régulièrement mise en œuvre du fait de l'absence des formalités préalables (indication des motifs de la demande et convocation du MT), destinées à sauvegarder les droits de la défense et à fournir contradictoirement à l'expert les éléments lui permettant d'accomplir sa mission en pleine connaissance de cause"[1]. Une telle rédaction semblait bien indiquer que la procédure devait être reprise en ses formes initiales et notamment la convocation du MC et du MT que n'imposait pas l'expertise judiciaire de droit commun dont on sait que les formalités ne répondent pas de façon utile aux exigences de la PEM.

Mais alors qu'on pouvait penser que la jurisprudence n'avait pu que se fixer en ce sens, d'autres juridictions affirmèrent que le défaut de formalités tout aussi essentielles, comme l'indication dans le protocole, non reproduit dans le rapport, de l'avis du MT (avec l'absence de signature de l'avis du MC), pouvait également entraîner la nullité de l'expertise mais seulement entre les parties, les juges retrouvant leur liberté d'appréciation et pouvant, s'ils ne trouvaient pas dans l'expertise annulée, les éléments de base pour fonder leur décision, recourir à une expertise judiciaire[2]. Et cette position était approuvée par la 2ème chambre civile de la Cour de cassation, quand faisait défaut l'avis du MT[3].

On peut d'ailleurs se demander si cette dernière, par ces solutions purement "civilistes", n'influença pas la chambre sociale, laquelle devait en effet revenir sur son arrêt précité du 21.06.1962 en estimant, toujours à propos de la convocation du MT, que "le défaut de cette formalité n'avait pour effet que de priver l'avis de sa force probante, de telle sorte que les juges retrouvaient leur liberté d'appréciation"[4].

Ces solutions étaient très critiquables car, s'il ne nous échappe pas qu'on pouvait imaginer que les parties ou l'expert ayant été défaillants dans l'organisation de la procédure, il ne pouvait s'ensuivre que le rétablissement des juges dans leurs prérogatives traditionnelles, elles n'en niaient pas moins l'idée fondamentale selon laquelle le règlement de la difficulté d'ordre médical (DOM) échappait à leur liberté d'appréciation, de telle sorte qu'il pouvait en résulter une violation des droits de la défense qu'on avait voulu garantir par les convocations du MC et du MT et l'indication de leurs avis respectifs, et donc la nullité avec nécessité de recourir à une nouvelle expertise technique.

Nous pensons que ce fût là plus par réflexe de judicature que de conviction qu'ont pu être rendues de telles décisions et la chambre sociale de la Cour de cassation a dû "se rendre à l'évidence" en y mettant fin dans un attendu remarquable, censurant une cour qui avait considéré que le défaut de convocation du MT n'avait pour conséquence que d'atténuer l'effet de l'expertise et de permettre d'ordonner une expertise en la forme du droit commun, en imposant la nullité et le recours à une nouvelle expertise technique[5].

La convocation du MC et du MT demeure donc une formalité substantielle, considérée par la jurisprudence comme prescrite à peine de nullité et il y a lieu, par suite, d'être très prudents avec les "simplifications" de procédure, et notamment les compléments d'expertise ou avis complémentaires lesquels, dès lors qu'ils touchent à un point essentiel, s'apparentent à de nouvelles expertises exigeant l'accomplissement des formalités substantielles.

Ainsi, comme elle l'avait fait à propos d'un complément d'expertise réalisé sans accomplissement des formalités préalables, la caisse ayant désigné directement le même expert, alors qu'il s'agissait d'un problème de rechute remettant en question la date de consolidation fixée lors de l'expertise initiale et exigeant que l'expert fut saisi contradictoirement[6], la Cour de cassation a annulé un avis complémentaire qu'une cour avait déclenché afin de faire préciser sa

---

1 *Cass. soc. 21 juin 1962 BC IV-587 préc.*

2 *Cour de Besançon 4 mai 1961 WIDONSKI c/CP Montbéliard BJ FNOSS 39-1961.*

3 *Cass. civ. 2ème 12 juin 1963 BC II-444.*

4 *Cass. soc. 24 juin 1967 BC IV-511 ; Droit social sept.-oct. 1969 obs. P. VOIRIN p.541 sous arrêt Cass. Soc. 29 janvier 1969 BC V-63.*

5 *Cass. soc. 04 juin 1970 BC V-388, arrêt pouvant être considéré comme de principe, jurisprudence constante depuis.*

6 *Cass. soc. 13 avril 1961 BC IV-402.*

pensée à l'expert, sans qu'ait été convoqué le MC, alors qu'était en jeu un point essentiel dépourvu de caractère secondaire, ce qui avait d'ailleurs permis une PEC au titre professionnel[1].

• Demeure la question particulière de savoir si l'employeur peut élever la contestation médicale sur l'état de la victime, la décision de la caisse pouvant léser ses intérêts.

Cette question ayant soulevé d'énormes difficultés, on se reportera au § qui lui est consacré et dans lequel, si nous prétendons que l'employeur ne peut qu'être exclu de la procédure de base sous l'égide de la caisse, ce qui a conduit la jurisprudence à exclure de la PEM son action directe au plan contentieux, en revanche nous nous interrogeons sur cette dissociation, au nom du fond du droit, dans le cas où l'action a été engagée par la victime, et que l'employeur, régulièrement mis en cause, est partie à l'instance[2].

Cette situation avait en effet conduit la Cour de cassation à admettre, en son temps, la régularité de l'expertise dans une affaire où le médecin du travail de l'employeur y avait assisté, ce qui était contesté par la victime[3].

§ 2 – L'examen du malade ou de la victime

A la distinction initiale que l'examen devait avoir lieu dans les huit jours suivant la réception de la notification de sa désignation par l'expert en assurances sociales (AS)[4], et dans le délai de cinq jours suivant cette notification de sa désignation puis la réception du protocole en AT/MP[5], devait succéder la généralisation par le D. du 07 janvier 1959 (art. R.141-4 CSS) de ces dernières dispositions propres aux AT/MP, à l'ensemble des contestations.

N'étaient-ce les brefs délais imposés à l'expert, la formulation semblait bien se suffire à elle-même, l'expert devant procéder à l'examen (en son cabinet ou à la résidence du malade ou de la victime si ceux-ci ne pouvaient se déplacer), véritable acte personnel sans autre condition, comme n'importe quel praticien peut procéder à celui de son patient, et consommant donc l'expertise.

S'il en est toujours bien ainsi, il a cependant fallu que la jurisprudence combatte, victorieusement donc, la thèse selon laquelle l'expert devait procéder conjointement avec le MT et sur laquelle nous ne nous étendrons pas puisqu'elle peut être considérée comme non avenue[6].

Il en va différemment de cette autre thèse demeurée ancrée dans la doctrine et la jurisprudence, et aussi dans l'histoire, et selon laquelle l'expertise devait être précédée, en assurances sociales (AS), d'un examen conjoint du malade par le MC et le MT.

C'était là la conséquence d'une invraisemblable confusion, faute d'une lecture convenable des textes, l'art. 99 ord. du 19 octobre 1945, comme nous l'avons déjà souligné, n'ayant jamais pu, pour les contestations qu'il visait, n'emprunter à l'art. 33 auquel il en référait, que l'expertise prévue au cas de désaccord entre le MC et el MT sur le traitement du malade en matière d'assurance longue maladie (ALM) et enserrée dans le chapitre du même nom, l'examen spécial, propre à cette assurance et indépendant de toute divergence, ne concernant que le commun accord des deux médecins pour ledit traitement.

---

1 *Cass. soc. 8 juin 1983 BC V-313.*

2 *Voir supra chap. I – Section I – § 4 C/.*

3 *Cass. soc. 17 février 1972 BC V-130.*

4 *Art. 2 arrêtés du 27 mai 1946 et du 31 août 1955.*

5 *Art. 99 arrêté du 8 juin 1951 fixant le RICP et art. 4 arrêté du 24 juillet 1956.*

6 *Cass. soc. 14 octobre 1954 BC IV-603 ; Cass. soc. 4 octobre 1956 BC IV-713.*

De là naquit l'intégration de cet examen conjoint dans la PEM et cette confusion cessa, par chance, et de façon tout aussi erronée, au motif que l'examen conjoint avait disparu, modification de la procédure, alors qu'il n'en était rien, seule la disparition de l'art. 33, par suite de l'abrogation du chap. afférent à l'assurance longue maladie au sein duquel il était bien inséré, étant à l'origine d'une nouvelle distribution des mêmes dispositions qu'on retrouve aujourd'hui dans les art. L. 141-1 et L. 324-1 CSS. Et c'est donc en ces circonstances qu'émergea, en suite logique si l'on peut dire, l'idée de l'extraction de l'examen conjoint de la PEM, si bien que nous sommes ici en présence d'une thèse avenue consacrée dont nous reprendrons brièvement la réfutation, en ce sens qu'elle confine ici aux conditions de réalisation de l'examen du malade ou de la victime, incluant la délicate question des brefs délais imposés à l'expert (A/).

Pour autant que l'expert doive procéder seul et rapidement à cet examen, il n'en reste pas moins qu'il peut recourir à certains moyens, c'est-à-dire dispose d'une liberté de choix suffisante pour pouvoir accomplir sa tâche (B/).

A/ Les conditions de réalisation de l'examen du malade ou de la victime

1°) L'examen lui-même

• C'est par une série d'arrêts rendus entre 1954 et 1957 que la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté, en matière d'AT/MP, l'idée que l'examen de la victime devait être précédé d'un examen spécial pratiqué par le MC et le MT[1].

Cela n'avait rien d'étonnant, sinon les prétentions des plaideurs, puisque les auteurs de la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP, qui avaient eux-mêmes recouru à l'expertise de l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945 sur les assurances sociales (AS), avaient expressément exclu (art. 27 et 45 notamment) l'application de l'al. 1er consacré à cet examen conjoint en matière d'assurance longue maladie (ALM) pour ne viser que l'expertise elle-même à travers les al. 2, 3 et 4, s'agissant des contestations d'ordre médical. Et ils n'avaient sans doute pas entendu, ce faisant, édicter une exception à une règle d'examen conjoint préalable, mais faire preuve de concision à l'égard d'une prescription étrangère à leurs préoccupations.

Hélas, on peut avoir la nette impression, à travers la rédaction de ces arrêts, que ce n'était bien là qu'une exception que la Cour découvrait, puisqu'elle avait fait de cet examen conjoint préalable en la matière, sur le fondement de l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945 sans autre distinction, "une garantie essentielle des droits de la défense" dont le défaut pouvait entraîner la nullité de l'expertise dans une procédure relative à la fixation de la date de consolidation[2], et on frémit à l'idée du chemin qu'aurait pu parcourir cette intégration de l'examen conjoint dans la procédure, n'eut été "l'œuvre salvatrice" de la disparition de l'art. 33 !

En effet, en dépit de l'absence, à notre connaissance, de jurisprudence en matière d'AS sur ce point, la doctrine devait apporter son concours à cet aveu plus qu'implicite.

Nous ne reviendrons pas sur les termes de l'article consacré à "l'Expert 33", accréditant cette thèse[3], puisqu'il nous a bien fallu situer l'examen conjoint du malade par le MC et le MT dans le cadre de la distinction entre l'expertise thérapeutique propre à la divergence sur le

---

[1] *Cass. sect. soc. 18 novembre 1954 BC IV-723 ; Cass. sect. soc. 8 décembre 1955 BC IV-886 ; Cass. sect. soc. 24 mai 1956 BC IV-485 ; Cass. sect. soc. 28 juin 1956 BC IV-597 ; Cass. sect. soc. 4 octobre 1956 BC IV-708 ; Cass. sect. soc. 3 mai 1957 BC IV-506.*

[2] *Cass. soc. 28 juillet 1951 BC III-633, "l'expertise médicale de l'art. 33 ord. 19 octobre 1945 applicable aux AT : un exemple de jurisprudence", par AJ LB, JCP 1952-Doctrine 972 sous même arrêt.*

[3] *R. LINDON, Avocat général à la Cour de cassation,"L'Expert 33 en matière de sécurité sociale", JCP 1958-Doctrine 1412 préc.*

traitement à l'issue de cet examen dans le cadre de l'ALM (puis des affections longue durée) (ALD), et l'expertise médicale propre aux contestations d'ordre médical (COM) sur l'état du malade ou de la victime, et donc en dehors de la PEM ! Et nous saurons gré à l'auteur de s'être tout de même posé la question :

"Est-il indispensable que le travail de l'expert soit précédé d'un examen conjoint de l'intéressé par le MC et le MT ? Si l'on se trouve en matière d'AS dans le cadre de l'ord. 19.10.1945 et avant le D. du 20 mai 1955, ce n'est pas douteux car l'al. 1er de l'art. 33 le prévoit" !!

Mais, répétons-le, nous rejetons vigoureusement cette thèse, dont nous regrettons qu'elle ait pu être exposée plus que largement dans un ouvrage sur le sujet[1], l'auteur de ce dernier admettant en effet son existence non sans noter "l'exception" en matière d'AT/MP :

"… L'al. 1er art. 33 de l'ord. du 19 octobre 1945 exigeait que l'expertise technique prévue à l'al. 2 fut précédée, avant l'expiration du troisième mois de maladie, d'un examen de l'intéressé pratiqué conjointement par le MC et le MT ; par contre, l'art. 27 de la loi 30 octobre 1946 sur les AT/MP se bornait, pour la mise en œuvre de l'expertise technique, à renvoyer aux dispositions de l'art. 33, à l'exception toutefois de celles du 1er al. qui, précisément, visait l'examen conjoint préalable…".

"En conséquence, dans le cas ou le MT, ou la victime elle-même, se trouvait en désaccord avec le MC de la caisse sur une question d'ordre médical, l'expertise était diligentée immédiatement, sans que les praticiens aient auparavant à examiner ensemble la victime…".

Puis l'auteur constatait la disparition et l'absence de l'examen conjoint :

"… Le décret du 20.05.1955 promulgua un nouvel art. 99 de l'ord. du 19 octobre 1945 en remplacement de la référence à l'ancien art. 33. Il en résultait que la disposition relative à l'examen conjoint avait disparu en matière d'AS. En matière d'AT, le décret du 13 août 1955, en substituant un article 27 bis au deuxième alinéa de l'art. 27 de la loi du 30 octobre 1946, ne modifiait rien en ce qui concernait l'absence d'examen conjoint préalable à l'expertise technique…",

"… Contrairement à la règle antérieure, le législateur a donc aligné, sur ce point, la procédure d'expertise technique en matière d'AS, sur celle applicable en matière d'AT/MP".

Et soucieux d'éviter toute confusion, alors qu'elle était déjà largement consommée, l'auteur ajoutait :

"Pour éviter toute confusion signalons cependant qu'au point de vue assurance maladie, l'art. 293 CSS[2] prévoit qu'en cas d'affection longue durée (ALD) et en cas d'interruption de travail ou de soins continus supérieurs à six mois, la caisse doit faire procéder à un examen spécial du bénéficiaire, conjointement par le MC et le MT ; cet examen conjoint peut être suivi par une expertise technique dans l'hypothèse où les deux médecins n'arriveraient pas à un accord sur les traitements ou mesures auxquelles est subordonné le service des prestations sociales…".

L'examen conjoint "préalable" a donc bien survécu…

- C'est donc seul[3], et sans aucune formalité préalable d'ordre médical, que l'expert doit, et a toujours dû, procéder à l'examen du malade ou de la victime.

Mais il va de soi que la présence du MC et du MT est éminemment souhaitable sous l'angle, bien entendu, du caractère contradictoire des opérations d'expertise et de la meilleure information possible de l'expert, en complément du protocole d'expertise comportant leurs avis respectifs. La circulaire ministérielle 53 SS en date du 04.06.1959 attire d'ailleurs l'attention sur "le sérieux intérêt qui s'attache à ce que le MC et le MT usent de leur faculté d'assister à

---

[1] *A. CHAZAL : "L'expertise médicale dite "technique" en matière de sécurité sociale", Thèse 1966 Clermont-Ferrand n°24-29-35 p. 12-14-16 et n°449 à 453 p. 200 et 201.*

[2] *L'examen spécial visé à cet article n'était que l'émanation de celui visé à l'ancien art. 33 ord. 19.10.1945 et transféré dans l'art. 30 lors de la suppression de l'ALM par D. 20 mai 1955 et devenu art. 293 puis L.324-1 CSS dans le cadre des ALD.*

[3] *Indépendamment des exceptions au principe de l'expert unique (supprimées) – Voir supra chap. II – Section II – B/.*

l'expertise, pouvant donner à l'expert d'utiles éléments d'information, la mission de l'expert ne pouvant que s'en trouver facilitée et les droits du malade ou de la victime mieux garantis"[1].

C'est d'ailleurs en ce sens qu'a jugé la cour de Paris en considérant que :

"Pour l'application des art. R.141-1, 3 et 4 CSS, il est logique que le MT, ayant contribué à la désignation de l'expert et donné son avis, soit celui qui assiste lui-même à l'expertise, aucune des dispositions du Code qui sont d'ordre public et d'application stricte ne prévoyant qu'un médecin puisse se faire remplacer. Il s'ensuit que la présence à l'expertise d'un autre médecin constitue une violation des dispositions essentielles régissant l'expertise prévue aux art. L.141-1, L.141-2 et R.141-1 et s. CSS, et il y a donc lieu d'annuler l'expertise et d'en ordonner une nouvelle"[2].

Mais, fait remarquable, la cour a pris soin de donner une définition du MT au sens de ces articles, celle-là même dont nous nous sommes inspirés en justification du choix du MT lors de la désignation de l'expert, et qui n'est pas nécessairement celui indiqué par le malade ou la victime ou choisi par le MC, mais celui qui a signé la prescription litigieuse ou dispensé les soins, objet de la contestation, et dans cet ordre d'idées, a pu être rejetée la demande du malade à être assisté par le médecin désigné par sa compagnie d'assurance au titre de la protection juridique[3].

Le MT ne pouvant donc qu'être le même tout au long de la procédure, sans que sa présence à l'expertise, comme celle du MC, ne soit obligatoire pour peu qu'il y ait été convoqué, l'examen du malade ou de la victime par l'expert lui-même consomme bien l'expertise.

Mais reste que les conditions de réalisation de celle-ci supposent l'observation de certains délais.

2°) Les délais impartis à l'expert

- Depuis l'origine, le législateur a toujours imposé au médecin expert un délai très bref. Manifestement, le souci a été évident que l'expert ne retarde pas lui-même le dénouement du litige, toutes les phases de la procédure devant être soumises à de brefs délais.

Cette imprégnation conduit à se demander si le caractère d'ordre public des règles qui régissent l'EM ne doit pas entraîner, au cas d'inobservation par l'expert du délai de cinq jours prévu à l'art. R. 141-1 CSS, la nullité de l'expertise.

En effet, il faut que la caisse et le malade ou la victime soient rapidement en présence de l'avis d'un expert qui soit décisif, même s'il est arrivé que les experts aient déclaré ne pouvoir répondre aux questions posées par suite du trop long délai écoulé, l'enfermement de la résolution de la contestation dans un bref délai devant garantir que l'expert puisse faire une appréciation convenable de l'état du malade ou de la victime à la date à laquelle le litige est né.

- A la vérité, l'observation vaut surtout lorsque la difficulté d'ordre médical (DOM) apparaît en cours d'instance, compte tenu des délais d'attente auprès de la juridiction, et a fortiori quand une nouvelle expertise est ordonnée.

Mais c'est là un autre problème et on peut voir là, en partie tout au moins, et pour peu que les délais soient raisonnables, l'aléa normal dû à tout recours judiciaire, étant précisé qu'il apparaît donc extrêmement important que le litige médical soit convenablement orienté vers la PEM et non vers le contentieux général[4].

Comme pour les autres délais d'ailleurs, à propos desquels elle a estimé qu'ils n'étaient pas prescrits à peine de nullité dès lors qu'il n'en était résulté aucune violation des droits du malade ou de la victime, la Cour de cassation a considéré plus récemment, se prononçant à notre connaissance pour la première fois à propos du délai de cinq jours imposé à l'expert, mais confirmant sa jurisprudence, que les brefs délais visés aux art. R. 141-1 et suivants CSS étaient

---

1 *Titre III – Chap. III – § 1er.*

2 *Cours de Paris 18ème Ch. B – 26 février 1998 (CPAM Val de Marne c/BADAOUI et autres), RJS 1998 n°1588.*

3 *Voir supra chap. II – § 1er – a) – 1°) ; Cass. civ. 2ème 8 janvier 2009, NP 08-11425 préc.*

4 *Voir supra chap. I – Section I.*

seulement indicatifs de l'urgence, leur observation ne pouvant, par suite, sauf violation des droits de la défense, être prescrite à peine de nullité[1].

Telle n'a pas été toutefois l'opinion d'une partie de la doctrine rejoignant la thèse retenue par la cour de Lyon selon laquelle le respect du délai de cinq jours constituait une formalité substantielle[2], mais nous estimons que lorsque l'expertise ne se trouve entachée que de ce seul vice de forme sans qu'il ait été porté atteinte à sa substance même, les juges sont en droit, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, de déclarer l'expertise parfaitement valable pour ne pas que soit mise en péril la stabilité même du processus institutionnel de l'expertise. Et on ne peut exclure pour autant la responsabilité de l'expert s'il était résulté du retard un préjudice pour les parties, pouvant alors donner lieu à des dommages et intérêts en réparation.

Nous ne saurions conclure sur les conditions de réalisation de l'examen du malade ou de la victime sans rappeler que cet examen est impératif en ce sens qu'intimement lié à ces brefs délais, hormis le cas, assez peu fréquent, où un complément d'expertise est organisé dans le seul but de demander des précisions à l'expert, sans que se soit produit une modification de l'état de l'assuré[3].

C'est là une formalité substantielle qui conditionne la force probante s'attachant à l'avis de l'expert, et la rédaction des textes à ce sujet depuis l'origine ne devrait pas permettre que soit posée cette question, qui peut paraître en effet stupide.

Mais il n'en est rien et il est arrivé que la Cour de cassation ait approuvé les juges du fond en considérant qu'ils avaient pu, face à une irrégularité de forme de l'expertise, en l'occurrence l'absence d'examen de l'assuré dont il résultait que l'avis de l'expert n'était pas sans recours, nommer trois experts judiciaires[4] ou, pis encore, se référer valablement à l'avis de l'expert, à moins qu'il ne fut imprécis ou ambigu, ce qui n'était pas allégué en l'espèce[5], ce en quoi la Cour marquait sa tendance à permettre aux juges du fond de retrouver leur souveraineté d'appréciation des mesures d'instruction à prendre au cas d'irrégularité substantielle de forme.

Il y a lieu toutefois de bien préciser que de telles expertises ne pourraient aujourd'hui qu'être annulées, et donc ne donner lieu qu'à une nouvelle expertise en présence du malade ou de la victime dont le défaut d'examen est donc à placer au rang des irrégularités substantielles entraînant la nullité de l'expertise et le recours à une nouvelle expertise de même nature[6].

En outre, des difficultés n'ont pas manqué de surgir au cas de décès de la victime, la question s'étant posée de savoir si l'expertise technique sur pièces pouvait trancher la contestation.

La jurisprudence a donc considéré justement que la PEM n'était pas applicable en l'espèce, de telle sorte que les juridictions retrouvaient leur liberté d'appréciation, avec la faculté de recourir ou non à une expertise judiciaire qui ne s'imposait pas à elles et, dans le cas où la PEM a été mise en œuvre par la caisse sur pièces pour permettre le règlement rapide du litige selon les brefs délais, les juridictions saisies ensuite ne peuvent se considérer comme tenues par l'avis de l'expert, sans préciser s'il a emporté leur conviction, qu'elles peuvent d'ailleurs y puiser, même si l'expertise est irrégulière.

Et demeure l'importante question de l'examen du corps de la victime dans le cadre d'une autopsie que peuvent réclamer les ayants droit ou la caisse avec l'accord de ceux-ci, mais les textes stipulent bien depuis l'origine que l'autopsie est toujours réalisée dans le cadre des dispositions de la procédure civile (art. 232 et s. CPC et art. L. 442-4 CSS, ce dernier issu art.

---

1 *Cass. soc. 6 mars 1974 BC V-159 et JCP 1975-II-17924, obs. JP BRUNET (préc.) ; Cass. soc. 19 décembre 1990 BC V-674 et RJS/1991 n°255.*

2 *Obs. JP BRUNET sous même arrêt Cass. soc. 6 mars 1974 préc. ; Y. SAINT-JOURS : "De la nécessité d'une réforme de l'EM en matière de Sécurité Sociale" : chronique RDSS janvier à mars 1988 p.78 ; Cour de Lyon 14 janvier 1970 RDSS avril à juin 1970 p.14 préc.*

3 *Cass. soc. 14 mai 1965 BC IV-254.*

4 *Cass. soc. 20 mars 1956 BC IV-304 ; JCP 1956-II-9368 (3ème espèce).*

5 *Cass. 2ème sect. civ. 11 décembre 1957 BC II-773.*

6 *Voir infra 2ème partie – Chap. 1 – Sections II et III.*

27 loi 30.10.1946), l'avis de l'expert ne pouvant avoir d'autre portée que celle attachée à l'expertise classique.

De façon plus générale, dans le cas de décès de la victime, les caisses ne peuvent qu'être désapprouvées quand, déboutées par les juridictions du fond, elles sollicitent devant la Cour de cassation la mise en œuvre de la PEM, pourtant inapplicable, mais qui leur permettrait, la force probante de l'avis de l'expert aidant, de combattre la présomption d'imputabilité en matière d'AT/MP[1].

B/ Moyens de l'expert pour l'exécution de sa mission

L'expert, ainsi que nous l'avons indiqué dans le chapitre précédent consacré à sa mission, ne peut se prononcer que sur les points qui lui ont été soumis, à l'exclusion de toute appréciation juridique, son avis devant demeurer dans le domaine de la technique médicale et non étendu à la nature de la contestation ou à son caractère abusif[2].

Cette situation découle naturellement des règles de la procédure civile, au sein de laquelle l'expert judiciaire a toujours été soumis à cette obligation (art. 304 de l'ancien Code devenu 238 CPC). Et c'est donc bien en présence du malade ou de la victime que l'expert doit pratiquer son examen.

La question qui se pose ici au premier chef est celle de la liberté d'action dont va pouvoir bénéficier l'expert dans le domaine qui est le sien, pour réunir les éléments nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

• Une jurisprudence ancienne avait admis que l'expert judiciaire pouvait s'entourer de toutes mesures propres à la manifestation de la vérité, pourvu qu'il ne soit pas porté atteinte aux règles relatives à l'administration des preuves et que les droits de la défense soient respectés[3] et, de façon plus précise, une jurisprudence ultérieure a reconnu que, pour autant que le médecin expert devait procéder lui-même, il ne lui était pas interdit de faire appel à des personnes qualifiées ou spécialisées[4], à la condition cependant de ne pas déléguer au spécialiste auquel il avait recours les fonctions qu'il avait reçues en raison de la confiance personnelle qu'il inspirait[5].

En l'absence de jurisprudence significative en matière d'expertise médicale dont les textes ne fournissent aucune indication à ce sujet, nous pensons que la jurisprudence précitée demeure valable et qu'il y a lieu de s'en référer aux dispositions édictées en matière de procédure civile selon lesquelles le technicien qu'est l'expert a toujours pu recueillir auprès de toute personne des indications écrites ou orales de nature à l'éclairer et à favoriser l'accomplissement de sa mission (art. 303 ancien Code devenu art. 242 CPC), sans contrevenir pour autant aux règles de la preuve en matière d'expertise.

Il en découle que l'expert médical doit disposer de moyens au moins égaux à ceux de l'expert de droit commun et avoir par suite la possibilité de compléter ses propres constatations par le recueil d'informations auprès d'autres médecins qualifiés ou spécialistes, ou à faire procéder à toutes investigations complémentaires qu'il jugerait utiles, comme des analyses par exemple. Ces démarches, se situant bien dans la sphère de ses investigations propres, peuvent donc avoir lieu en dehors de la présence des parties, en l'occurrence le MC et le MT, sans qu'on puisse donc

---

1 *Voir difficultés et jurisprudence à ce sujet – supra Chap. I – Section I - § 4 C/ ; une cour d'appel ne saurait donc être approuvée pour avoir estimé que l'épouse n'apportait pas la preuve du lien de causalité entre l'accident et le décès de la victime, quand cette estimation reposait seulement sur la force probante du rapport d'expertise sur pièces, cass. soc. 16 janvier 2003 NP 01.21277.*

2 *Cass. civ. 10 octobre 1960 BC I-347.*

3 *Cass. req. 20 janvier 1901 – D. P. 1901-1-302 et 22 février 1938 D.H. 1938-242.*

4 *Cass. civ. 22 octobre 1959 BC II-677.*

5 *Cour de Nîmes 28 janvier 1952 D.P. 1954-2-144.*

lui opposer le principe du contradictoire qui régit bien l'EM, et notamment dans le cas, rare cependant, où il a décidé de faire procéder à un examen du malade ou de la victime par un autre médecin, et il peut même recueillir l'avis d'un autre technicien sapiteur, mais dans une spécialité distincte de la sienne.[1]

Dans le même ordre d'idées, l'expert doit pouvoir obtenir communication par les caisses du dossier médical de l'intéressé.

S'il n'est pas possible que la régularité de l'expertise soit affectée par l'absence de tout ou partie de ce dossier qu'il est recommandé aux caisses, par la circulaire ministérielle du 04.06.1959, de joindre au protocole adressé à l'expert, s'agissant de recommandations extra-réglementaires, en revanche les caisses ne semblent pas fondées à opposer un refus à une demande expresse de l'expert en vue de son information la plus complète qui soit.

Or le SCM des caisses avait pourtant tendance à invoquer le secret professionnel, considérant sans doute que les renseignements médicaux en sa possession constituent une "chasse gardée"[2], mais cette attitude était peu judicieuse à l'égard d'un professionnel de santé chargé de régler un litige, ce qui supposait qu'il ait connaissance des documents dont il pouvait avoir besoin[3].

Le secret médical ayant été instauré dans l'intérêt du malade, il devait donc être possible aux médecins experts de se faire communiquer les renseignements nécessaires puisque la détermination des droits du patient dépend, en partie tout au moins, des dossiers recherchés[4], étant entendu qu'eux-mêmes soumis à ce secret, ils ne devaient citer dans leurs rapports que les éléments de nature à favoriser les réponses aux questions. Une lettre ministérielle a d'ailleurs consacré cet accès au dossier médical du malade ou de la victime pour l'expert choisi par les parties ou commis par les juridictions[5], et la jurisprudence a pour sa part établi l'obligation pour les caisses de communiquer les dossiers médicaux aux experts[6], allant même jusqu'à considérer que cette obligation existait, alors que le malade s'opposait à la production de son dossier comme étant de nature à nuire à ses intérêts[7].

- Mais il va de soi que la compétence dévolue à l'expert doit conduire à ce qu'il demeure maître des opérations d'expertise.

En premier lieu l'expert ne doit pas, en raison du caractère personnel de sa mission, déléguer ses pouvoirs, et c'est ici qu'apparaît encore tout l'intérêt qui s'attache à ce qu'il soit, le cas échéant, un spécialiste de l'affection en cause, comme l'a voulu le D. du 20 avril 1988 (art. R. 141-1 al. 2 CSS) pour éviter, par insuffisance de qualification, tout risque de "sous-traitance". On peut dès lors s'étonner que la Cour de cassation méconnaisse, rappelons-le, le caractère d'ordre public de cette disposition qu'avait revendiquée l'autorité de tutelle, en exigeant que sa méconnaissance ait été évoquée devant les premiers juges, donnant alors la faculté aux juges d'appel d'en écarter l'application dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, au détriment des droits de la défense, "du moment que l'avis est clair et qu'il permet la solution du litige"[8].

---

1 *Art. 278 CPC éd. 2012, note 8, Cour d'Aix en Provence 17 septembre 2008.*

2 *Voir infra – Section II - § 3 : "le secret médical et la communication des documents d'expertise aux services administratifs de la caisse et aux juridictions".*

3 *Gazette du Palais Septembre 1983 p.2 : "le secret professionnel en matière médicale" par M. LEROY.*

4 *Cass. soc. 1er mars 1972 BC V-72.*

5 *Lettre ministérielle parue au BO fascicule 39 bis-1980.*

6 *Cour de Douai 28 septembre 1960 (CPSS c/LOLIDARME), BJ FNOSS-6-1961 ; Cass. soc. 31 janvier 1963 BC IV-120 ; Cass. civ. 2ème 28 janvier 1966 (CPSS c/LE ROY) BJ FNOSS-28-1966 et BC V-136 ; Cass. soc. 19 juin 1969 BC V-428.*

7 *Cass. soc. 27 avril 1967 BC IV-343 et Droit social 1968.275 note VOIRIN ; P. SARGOS, Président de Chambre à la Cour de cassation : "les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical" JCP EG 2004-1 n°50 avec arrêts Cass. 28 janvier 1966 et 27 avril 1967 préc.*

8 *Cass. soc. 9 mai 1996 RJS/1996 n°850 ; BC V-185 préc.*

Ces questions essentielles, pour ne pas dire indissociables, de la qualification de l'expert et du caractère personnel de sa mission[1], avaient été souvent mises en jeu en matière civile. Et la jurisprudence avait admis la faculté de recourir à des tiers, à laquelle ne s'opposait pas l'art. 302 (ancien) CPC, qui interdisait à l'expert d'entendre des témoins, s'agissant seulement de "sachants", à la condition que les indications soient nécessaires à la mission et propres à la manifestation de la vérité pour éclairer les problèmes posés par l'expertise, et loin de s'y substituer, viennent seulement corroborer les constatations personnelles et recherches d'ordre technique de l'expert sur lesquelles il doit obligatoirement fonder son avis et ses conclusions[2].

Il ne pouvait qu'en être de même pour l'expertise judiciaire médicale, au sujet de laquelle il avait été estimé qu'un expert pouvait parfaitement s'adjoindre un spécialiste de son choix pour l'exécution de sa mission, sans déléguer ses pouvoirs, et qu'il se comporte comme un expert désigné par la cour d'appel, du moment qu'il a seul prêté serment, seul signé le rapport et seul donné son avis[3].

En second lieu et inversement, l'expert ne peut se voir dicter sa conduite par le jugement ou le protocole d'expertise, l'enjoindre de procéder à des investigations complémentaires irait à l'encontre de ce principe général, et il ne saurait être admis qu'une décision de justice, en ordonnant une expertise, trace aux experts, la marche ou la procédure à suivre pour l'accomplissement de leur mission[4].

Dans le même ordre d'idées, le rapport d'un expert ne saurait être annulé au seul motif que celui-ci ne s'est pas livré à certaines investigations, s'agissant alors d'une immixtion dans le domaine de la technique médicale qui ne relève pas de la compétence des juges[5]. Et par suite, la limitation de la compétence de l'expert à ce domaine exclut qu'il puisse se livrer à une recherche de mobiles ou d'intentions qui sont à l'origine de la contestation[6].

• Ne saurait être dissociée des moyens auxquels peut faire appel l'expert pour l'accomplissement de sa mission la question du moment où il doit se placer pour apprécier l'état du malade ou de la victime, lequel ne saurait être normalement que celui où a surgi la contestation.

Mais nous avons pu constater, lors de l'évocation des délais, que le laps de temps entre ce moment et le jour de l'expertise pouvait être plus ou moins long, laissant place à une évolution de l'état de l'intéressé de nature à rendre l'appréciation plus délicate, en raison de la difficulté qu'il peut y avoir à reconstituer de façon rétrospective l'état de l'affection ou de la lésion et de ses conséquences.

La jurisprudence n'est pas abondante en la matière mais fournit un très intéressant arrêt de la Cour de cassation qui a annulé une expertise reposant sur l'appréciation de l'état du malade non pas à la date à laquelle la prescription d'arrêt de travail avait été requise mais en fonction d'un examen réalisé six mois plus tard, d'où il suivait "que les juges n'avaient pas justifié leur décision"[7].

Afin de remédier à la difficulté, nombre de caisses (en fait le MC) demandent à l'expert de se placer "au jour de l'expertise" pour fonder son appréciation. Et si ce report peut apparaître d'esprit social en ce sens que la mesure contestée ne peut prendre effet qu'au jour susvisé, en cas de suppression d'IJ par exemple, il vise souvent à faire rendre un avis par l'expert dans le sens souhaité par la caisse.

Il est bien arrivé, par exemple, que pour l'appréciation de l'aptitude à la reprise d'une activité salariée à temps complet (après reprise à temps partiel) fixée par l'expert au 01.04.1986, ce qui devait mettre fin aux IJ maintenues jusqu'à cette date, la commission de recours amiable

---

1 *Rappelons que l'art. 233 CPC stipule que le technicien investi de ses pouvoirs par le juge en raison de sa qualification, doit remplir personnellement la mission qui lui est fixée.*

2 *Cass. soc. 26 novembre 1954 BC IV-762 ; Cass. civ. 19 avril 1961 BC I-215.*

3 *Cass. civ. 22 octobre 1959 BC II-677 préc.*

4 *Cass. soc. 9 janvier 1963 Dalloz 1963-J 185.*

5 *Cass. soc. 13 mai 1985 BC V-294.*

6 *Cass. civ. 27 octobre 1953 Dalloz 1954-J 5.*

7 *Cass. civ. 2ème 9 décembre 1959 BC II-825.*

(CRA), saisie par l'assuré d'une contestation sur la poursuite de leur versement, ait laissé poser à l'expert une question sans lien logique avec celle qui se posait réellement, à savoir la capacité de travail de cet assuré à temps complet au 1er avril 1986, lui demandant de se prononcer sur sa stabilisation et sa capacité de travail à temps complet "au jour de l'expertise" (sous forme de complément d'expertise qui eut lieu le 10.09.1986).

L'expert s'étonna que son estimation n'ait pas été respectée, confirmant bien la date initiale, la commission de recours amiable (CRA) profitant alors du "décalage" de l'estimation dans le temps pour prononcer une capacité de travail à temps complet au terme maximal, qui était celui du délai d'un an prévu et pris à compter du 27.09.1985 au cas de reprise considérée comme "thérapeutique" (art. L. R.323-3 CSS), le maintien de l'IJ prolongé en conséquence, soit le 27.09.1986, mais la juridiction saisie par l'assuré annula le "complément d'expertise" pour rétablir la portée normale de l'expertise avec capacité de travail à temps complet (et donc fin des IJ) au 01.04.1986[1].

Sans que ce soit ici le lieu d'évoquer les conséquences que peuvent avoir de telles estimations sur la situation professionnelle des intéressés, les conventions collectives de droit du travail calquant souvent les droits des salariés, au cas d'arrêt de travail pour maladie ou accident du travail, sur leur situation en temps qu'assurés sociaux, nous nous devons de souligner que ce cas, qu'on pourrait considérer à première vue comme "anecdotique", illustre en réalité de façon quasi-parfaite une pratique d'orientation de l'avis de l'expert que ce dernier doit être à même de déceler et d'exprimer (ce qui fut donc bien le cas en l'espèce…), ne pouvant se considérer comme "ligoté", en vertu d'un "noyau dur expertal".

Il apparaît donc plus que jamais nécessaire que les médecins experts soient sensibilisés à la législation de SS et que le MT du malade ou de la victime, ainsi que nous le préconisons[2], puisse formuler ses observations sur la ou les questions posées à l'expert dans le protocole (ce que, d'ailleurs, le MT n'avait pas manqué de faire en l'espèce en apposant d'autorité son avis inducteur d'un recentrage de la question posée dans le sens véritable du litige…).

Les opérations d'expertise, même si elles sont soumises à des formalités simplifiées, n'échappent donc pas à une certaine rigueur de la jurisprudence, le caractère sommaire de la procédure ne devant pas conduire à ce que soient méconnus les droits de la défense, ni son caractère contradictoire, faute desquels aucune réglementation ne saurait être mise en œuvre équitablement.

Mais l'exigence, pour l'expert, de devoir respecter un délai de cinq jours, somme toute plus que bref, ne nous semble pas pouvoir être prise à la lettre, c'est-à-dire prescrite à peine de nullité, si son inobservation ne présente pas de risque de préjudice, sauf à faire peser sur l'institution un risque d'instabilité.

SECTION II – LES SUITES DE L'EXPERTISE

En matière d'expertise de droit commun, l'expert missionné remet un rapport qui constitue le seul document entrant en ligne de compte pour la décision que la juridiction va devoir prendre, en fonction de l'appréciation qu'elle en fait[3].

Si l'expertise médicale n'échappe pas à l'établissement d'un rapport par l'expert, en revanche les exigences du droit social ont conduit à cette particularité pouvant paraître dépourvue de logique mais très digne d'intérêt, du fait que la caisse doit être à même de prendre une décision

---

1 *TASS Gironde 14 juin 1988 CPAM Gironde c/BOUVIER préc.*

2 *Voir supra – Chap. II – Section II.*

3 *Sauf exposition orale à l'audience, sur autorisation du juge, si l'avis ne nécessite pas de développement écrit (art. 282 CPC).*

rapide, que l'expert devait établir immédiatement ses conclusions sans avoir nécessairement dressé son rapport.

On devine alors aisément qu'il s'ensuivit des délais de transmission des conclusions distincts de ceux prescrits pour la transmission du rapport, et dont la brièveté ne manque pas de soulever parfois de sérieuses difficultés dans la mesure où ces conclusions ne peuvent être que la stricte émanation du rapport.

En outre, l'établissement du rapport doit obéir à des règles précises dont la méconnaissance peut affecter la régularité de l'expertise et entraîner par suite l'annulation de la décision de la caisse, et quand c'est la juridiction qui a mis en œuvre la procédure, seul le rapport lui-même, au détriment des brefs délais d'ailleurs, peut permettre la décision, conformément aux règles traditionnelles de l'expertise entrant en ligne de compte pour un décision judiciaire.

Même si le bloc de procédure continue de s'effriter, l'expert adressant directement son rapport, dans le cas où la décision est judiciaire, au secrétaire de la juridiction qui le transmet aux parties, et non plus à la caisse (SCM) qui le transmettait alors au secrétaire de la juridiction et au MT du malade ou à la victime, il ne serait donc pas judicieux, à ce stade, d'établir une distinction selon que la décision est administrative ou judiciaire, ou encore que l'initiative de la procédure émane des parties ou de la juridiction (comme nous l'avons fait pour la mission de l'expert), le rapport d'expertise constituant la pièce incontournable, établie dans les deux cas selon les règles de l'expertise médicale, à l'égard de laquelle le juge est bien tenu.

Par suite nous préférons, pour bien mettre en exergue la spécificité de l'expertise médicale d'une autre façon, instaurer, pour les besoins de la cause, l'appellation de "documents d'expertise" à la base du processus décisionnel, en distinguant donc l'établissement et la communication des conclusions et du rapport d'expertise (§ 1er), de la décision elle-même, administrative ou judiciaire (§ 2).

Mais le caractère contradictoire de la procédure, qui rend donc indispensable l'envoi aux parties, sinon des conclusions du moins du rapport, ne consomme pas pour autant la question de la communication de ces derniers, qui s'est posée de façon bien plus cruciale pour les instances susceptibles d'en recevoir communication, que ce soient les services administratifs de la caisse ou les juridictions, notamment dans la mesure où on été mises en jeu, de façon inappropriée, les règles du secret médical (§ 3).

§ 1er – Les documents d'expertise

Bien que les conclusions de l'expertise ne constituent qu'un extrait de ce document essentiel qu'est le rapport d'expertise, qui sanctionne l'exécution de sa mission par l'expert et permet l'appréciation des droits du malade ou de la victime par la caisse ou la juridiction, le droit social, soucieux d'un règlement rapide du litige, a donc entendu que les droits puissent être appréciés et la décision rendue par la caisse au seul vu des conclusions, le rapport devant être adressé dans un délai plus large. Et cette distinction n'affecte en rien le caractère contradictoire de la procédure, sauf que le contenu de ces documents n'a pas manqué de soulever des difficultés en ce qui concerne la communication, au malade notamment, et par suite nécessité des dispositions particulières.

A/ L'établissement et la communication des conclusions motivées de l'expert

Sur le strict plan de la procédure, ces conclusions motivées constituent donc un document à part entière quand c'est la caisse qui prend la décision, en ce sens que l'expert doit les établir immédiatement en double exemplaire, en adressant dans les quarante-huit heures un exemplaire à la caisse (SCM) et un exemplaire à la victime ou au MT du malade (art. R. 141-4

al.3 et 4 CSS), la caisse étant alors à même de prendre cette décision, laquelle peut faire l'objet d'une contestation.

• En ce qui concerne le délai de quarante-huit heures, il peut paraître bref, comparé à ce qu'il fut en AS, antérieurement aux dispositions actuelles, mais en fait le délai était très court si l'on considère que l'expert devait rendre sa décision motivée, sans autre distinction, dans un délai de trois jours[1], ce qui pouvait paraître bien difficile à respecter s'il avait le souci de la fonder sur les motifs et considérations qui doivent normalement assortir un compte-rendu d'expertise, puis remettre un rapport dans un délai de huit jours[2], ce qui pouvait paraître bien court pour étoffer un rapport complet.

Par contre, en matière d'AT/MP, il n'y eut à l'origine d'autre communication que celle d'un rapport de l'expert dans un délai maximum d'un mois[3] mais l'arrêté du 24.07.1956 devait instaurer le "dédoublement" de l'exploitation de l'avis de l'expert, avec un délai de quarante-huit heures pour la transmission de ses conclusions et d'un mois pour celle d'un rapport[4], considérant que s'il était impossible d'exiger le dépôt immédiat du rapport, on pouvait exiger l'établissement immédiat des conclusions pour leur transmission à la caisse dans ce délai de 48 heures, ce qui permettait ainsi de prendre rapidement une décision, l'expert pouvant alors établir son rapport sans difficulté de temps.

Et les auteurs du D. du 07 janvier 1959 firent réellement œuvre utile en généralisant ces dispositions. Mais nous nous devons de souligner, relativement à la brièveté de ce délai de quarante-huit heures, que les conclusions doivent bien être motivées, la circulaire ministérielle du 4 juin 1959 stipulant que cette motivation signifie qu'elle consiste "dans des réponses succinctes mais précises"[5].

Mais si l'expert doit donc se référer aux questions figurant dans le protocole, il n'est pas tenu pour autant à ce que ses conclusions correspondent exactement à celles qui assortissent le rapport, et dont la motivation pourra évidemment revêtir une forme plus étoffée, cette latitude laissée à l'expert ne pouvant toutefois concerner que la forme ou la manière, de telle sorte que les conclusions ne peuvent que revêtir une identité absolue, sur le fond, avec celles du rapport lui-même.

On assiste d'ailleurs, dans la pratique, à une temporisation de la part des experts pour leur permettre de déposer directement leur rapport dans des "délais raisonnables", de telle sorte que la jurisprudence à été conduite à considérer que la méconnaissance du délai de quarante-huit heures ne pouvait avoir d'influence sur la portée de l'avis de l'expert, sauf violation des droits de la défense[6], l'ensemble des brefs délais étant d'ailleurs considéré par la jurisprudence comme seulement indicatif de l'urgence[7].

• Beaucoup plus délicate qu'il n'y paraît est la question de la communication par l'expert aux parties elles-mêmes, et plus particulièrement au malade, des conclusions motivées.

Même si ces dernières sont moins impliquantes que le rapport lui-même quant à la contenance d'informations de caractère médical, elles n'en ont pas moins conduit à des dispositions particulières, étant actuellement adressées par l'expert à la caisse en assurance maladie ou au SCM en matière d'AT/MP, et à la victime ou au MT du malade (art. R.141-4 al. 3 et 4 CSS).

---

1 *Art. 3 arrêté 27 mai 1946.*

2 *Art. 3 arrêté 31 août 1955.*

3 *Art. 76 loi 30 octobre 1946.*

4 *On observera que l'arrêté du 8 juin 1951 établissant le RICP en la matière distinguait la communication des conclusions sans mention de délai, de celle du rapport pour lequel le délai maximum était donc d'un mois.*

5 *Titre III – Chap. III – § 2.*

6 *CPI Haute Loire 28 octobre 1959 (MICHEL c/HOUILLERES BASSIN D'AUVERGNE) ; Cass. soc. 20 février 1963 Dalloz 1963 J 339 ; Cass. soc. 6 mars 1974 JCP 1975-II-17924, obs. JP BRUNET (préc.).*

7 *Cass. soc. 13 décembre 1990 RJS/1991 n°255.*

Si l'on ne comprend pas très bien la distinction établie entre la caisse elle-même et le SCM pour la réception des conclusions motivées, en revanche la communication au MT du malade résulte de dispositions antérieures qui avaient été adoptées en matière d'AS où l'information directe de l'assuré, à l'origine, pouvait présenter des inconvénients sérieux ce qui avait conduit, pour ne pas divulguer des renseignements révélant un certain caractère de gravité, à ce que le rapport, qu'instaurait la procédure en AS, ne fut adressé qu'à la caisse (art. 3 arrêté du 31.08.1955).

C'était là une limitation fort louable mais inadmissible au regard du principe du contradictoire, et qui fit donc apparaître l'envoi par l'expert des conclusions motivées au MT, pour le compte du malade (arrêté modificatif du 31.10.1955).

Parallèlement, l'arrêté du 24 juillet 1956 (art. 5) propre aux AT/MP devait donc établir la distinction entre les conclusions et le rapport adressés au SCM et à la victime, et c'est de la conjugaison de ces dispositions par le D. du 07 janvier 1959 qu'est issu le dispositif actuel.

Il ne fait pas de doute que la matérialité de l'accident fait que la victime n'ignore rien ou à-peu-près de son état, ce qui n'est pas nécessairement le cas du malade, qu'il peut y avoir intérêt à ménager lors de son information, fut-ce au niveau des seules conclusions motivées, et le MT a donc pu apparaître comme l'intermédiaire idéal pour concilier ces exigences antagonistes.

Par suite, cette communication au MT aux lieu et place du malade ne saurait constituer une violation du principe du contradictoire, à l'instar de la communication du rapport lui-même[1].

Et nous ne pensons pas non plus, contrairement à la position de la Cour de cassation, que cette communication des conclusions d'expertise par l'expert au MT (ou à la victime) puisse constituer une formalité substantielle, encore moins antérieurement à la rédaction de son rapport, sauf violation des droits de la défense, quand le défaut de cette antériorité, constaté par les juges du fond, entraînait la cassation de leur arrêt et la nullité de l'expertise qu'ils avaient homologuée, ainsi qu'une gabegie d'expertises (trois) par la juridiction de renvoi (quatre arrêts), ces dernières également annulées.

Le motif était toujours le même, c'est-à-dire la violation du principe du contradictoire, alors que le fait de devoir communiquer ses seules conclusions motivées au MT n'exclut pas pour autant que l'expert, conformément aux principes traditionnels établis en matière d'expertise en général, et dont sont visiblement issues les dispositions spécifiques de l'EM, puisse établir instantanément un rapport d'expertise incluant ses conclusions comme telles, qu'il dépose auprès du SCM de la caisse dans un délai donné, et que celle-ci doit communiquer immédiatement au MT (ou à la victime).

La cour de renvoi devait d'ailleurs "jeter l'éponge", la caisse étant déboutée du fait qu'elle ne contestait pas les certificats médicaux de repos prescrits au-delà de la date litigieuse confirmée par l'expert (12.06.2002, homologuée par l'arrêt cassé), et condamnée à payer les IJ jusqu'au 04.06.2003, dont elle revendiquait pourtant la fin de leur attribution au 12.06.2002…

En outre, c'est la juridiction de renvoi et non pas la caisse, comme dans le cadre de l'art. R.141-4 CSS, qui devait prendre la décision à la suite de la nouvelle expertise qu'elle avait ordonnée, l'expertise initiale fut-elle annulée, ce qui rendait sans signification l'exigence de la communication des seules conclusions par l'expert au MT, érigé en contradicteur médical alors qu'il n'est, à ce stade, que simplement informé pour le compte du malade pour les raisons susvisées, les "formes initiales" ainsi prescrites aveuglément, et alors que, dans ce cas, l'expert communique son rapport (incluses les conclusions !) au secrétaire de la juridiction qui le communique au MT du malade, le contradictoire ainsi consommé en l'espèce (art. R. 142-24 et 24-1 CSS).

On peut regretter une telle prescription d'antériorité par la Cour de cassation, non prévue par le texte de l'art. R. 141-4 CSS, et que la juridiction de renvoi n'ait pas songé à faire les injonctions qui s'imposaient pour la transmission de son rapport par l'expert à elle-même, et elle

---

[1] *Obs. sous arrêt CE 8 septembre 1995 RJS/1995 n°1183.*

est malvenue à s'étonner qu'en ces circonstances le rapport du dernier expert n'ait pas été transmis son greffe[1] !

B/ Le rapport d'expertise

Le rapport d'expertise constitue la pièce maîtresse, le document fondamental par lequel l'expert rend compte de sa mission, et lui seul peut conférer à la procédure sa pleine régularité formelle mais aussi de fond, les conclusions motivées n'en constituant en tout état de cause qu'un extrait non détachable pour fonder la décision de la caisse[2]. Et le juge, quand c'est lui qui recourt à la PEM, ne peut rendre sa décision qu'en fonction du seul et même rapport qui obéit aux règles de l'expertise médicale, et selon les formes traditionnelles utilisées par les juridictions et qui n'ont fait l'objet d'aucune stipulation particulière.

• Si le D. du 07 janvier 1959 n'a donc pas apporté d'innovation quant à l'obligation d'établissement d'un rapport, nous saurons gré à ses auteurs d'avoir généralisé, d'une part le délai originel d'un mois pour le dépôt du rapport en matière d'AT/MP en le conjuguant avec la différenciation des conclusions motivées à communiquer dans les quarante-huit heures et du rapport lui-même, qu'avait établie l'arrêté du 24 juillet 1956 propre aux AT/MP pour concilier la rapidité d'une décision avec le temps nécessaire à la rédaction convenable d'un rapport et, d'autre part, la configuration propre que ce dernier devait revêtir pour remédier à son manque fréquent d'orthodoxie, ainsi que son dépôt auprès du SCM, à charge pour ce dernier (la caisse) d'en adresser copie à la victime, ces dispositions également issues du même arrêté.

Nous avons déjà souligné le caractère extrêmement innovant de ce texte ce qui confirmait que, si le législateur était très attentif à l'égard de la victime du risque professionnel, il ne dédaignait pas pour autant que les mesures prises à l'égard de cette dernière profitent également aux assurés sociaux pour lesquels étaient maintenues, par les auteurs du décret du 07.01.1959, les mêmes particularités (issues de l'arrêté du 31.10.1955) concernant la communication des conclusions motivées par l'expert, non pas au malade lui-même mais à son MT, et imposée, par ces mêmes auteurs la communication à ce dernier par la caisse d'une copie du rapport, pour les mêmes raisons de prudence dans l'information du malade, que nous avons déjà exposées à propos de la communication des conclusions motivées.

• Quel qu'ait été le contenu de la procédure, celle-ci était intégrée dans un bloc procédural qui s'imposait aux parties et, quand la DOM survenait en cours d'instance, la juridiction n'avait d'autre pouvoir que de rendre sa décision en fonction de l'avis de l'expert qui s'imposait à elle, et que la caisse devait lui communiquer (art. 22de la loi du 24 octobre1946 et art. 20 du D. du 22 décembre 1958).

Mais si les règles procédurales régissant le rapport d'expertise sont demeurées les mêmes au cas de demande d'expertise par les parties, elles subissent, comme celles afférentes à la mission de l'expert et, à un degré moindre, au choix de l'expert, une érosion certaine quand c'est le juge qui recourt à la procédure, notamment en matière de dépôt et de communication du rapport aux parties, accentuant la mise à l'écart de la caisse, de telle sorte que le bloc de procédure continue de s'effriter au profit d'une procédure retrouvant sensiblement la physionomie de l'expertise judiciaire.

Toutefois, le rapport d'expertise médicale n'a pas subi "d'altération majeure" au regard de cette évolution, en dehors de la portée de l'avis de l'expert qu'il contient, et dont nous savons qu'il ne s'impose plus au juge depuis la loi du 23 janvier 1990 (art. L.141-2 mod. CSS), cette question

---

[1] *Cass. civ. 2ème 14 septembre 2006 – NP 04 30798 ; Cour de Montpellier 11 juin 2008 HAROUAT c/CPAM Gard et voir développement infra 2ème partie – Chap. I – Section II – § 1er – D/.*

[2] *Sur la question de la régularité, au regard du rapport, des décisions des caisses prises au seul vu des conclusions motivées, voir infra § 2 " la décision après expertise".*

touchant au point fondamental de la portée de cet avis[1], tandis que le rapport a donc conservé son "noyau dur".

Il ne serait donc pas rationnel, pour les suites de l'expertise, et ainsi que nous l'avons mentionné en début de section, de nous en tenir à une classification purement procédurale selon l'initiateur de la procédure ou le caractère de la mission car, si nous ne sommes plus tout à fait dans le domaine de l'expertise médicale classique, nous ne sommes pas pour autant dans le cadre de l'expertise judiciaire et des pouvoirs traditionnels du juge.

C'est donc en fonction du schéma retenu par le CSS que nous envisagerons le contenu ou encore la configuration propre du rapport d'expertise, son dépôt par l'expert et sa communication aux parties, non sans mettre l'accent sur le transfert progressif du bloc procédural dans la sphère judiciaire quand c'est le juge qui recourt à la procédure, l'ensemble de ces questions régies par les art. R. 141-4 al.5, 6 et 7, 142-24 et 142-24-1 CSS.

1°) La configuration du rapport d'expertise

L'art. 141-4 al. 5 CSS précise donc que le rapport du médecin expert comporte la rappel du protocole, l'exposé des constatations qu'il a faites au cours de son examen, la discussion des points qui lui ont été soumis et les conclusions motivées.

L'arrêté précité du 24.07.1956 propre aux AT/MP avait pris soin d'en préciser ce contenu, l'absence de toute indication dans la réglementation antérieure aboutissant à des rapports souvent dépourvus des formes habituelles propres à administrer les preuves que la mission d'expertise avait été réalisée correctement, les auteurs du D. du 07 janvier 1959 ayant donc imposé le même contenu, qu'il s'agisse du malade ou de la victime. Et la circulaire ministérielle 53 SS en date du 04.06.1959, prise en application devait y ajouter un rappel éventuel de l'historique de la maladie ou de la blessure[2].

Mais il va de soi que le rapport doit comporter en "préambule", outre les coordonnées administratives concernant la personne objet de l'expertise et l'organisme de SS en litige, les données procédurales du litige concernant l'origine de la demande (assuré ou caisse ou juridiction), le mode de désignation de l'expert (commun accord du MC et du MT ou par le directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS) ou la juridiction) et la mention de la convocation par l'expert du MC et du MT.

Ces données peuvent en effet influer sur la régularité de la procédure comme, par exemple, s'il apparaît que l'expert a été désigné d'une façon autre que celle qui convenait, ou qu'il n'a pas été fait état de la convocation du MC et/ou du MT, cette dernière incombant à l'expert, ce qui vaut absence de convocation et entraîne la nullité de l'expertise[3] sauf preuve contraire.

Force est de constater que tous ces éléments doivent bien être consignés dans le rapport d'expertise dont le caractère médico-légal est évident, le protocole, pour n'être pas dépourvu du même caractère, n'en concernant pas moins que la phase préparatoire de l'expertise et sans sa communication aux parties, avant que l'expert n'apporte la solution, de telle sorte que le rapport lui-même apparaît bien comme le document essentiel devant refléter l'ensemble de la procédure et les conditions dans lesquelles l'avis a été rendu.

- S'agissant des prescriptions réglementaires et tout d'abord du rappel du protocole tel que défini à l'art. R. 141-3 CSS, on comprend que cette obligation soit considérée comme essentielle par la jurisprudence, dont l'inobservation vicie l'expertise et entraîne sa nullité par elle-même[4], quel que soit par ailleurs le contenu du dossier. Aussi, nous ne pouvons qu'approuver la cour de Colmar dont nous avons évoqué l'arrêt à propos du choix de l'expert, et qui avait conclu à la nullité de l'expertise au motif que le protocole n'avait pas été établi, ce qui avait rendu impossible

---

1 *Voir infra 2ème partie Chap. I.*

2 *Titre III – Chap. III – § 2.*

3 *Cass. soc. 4 juin 1970 BC V-388 ; Cour de Bordeaux (Chambre sociale) 27 avril 2006 CPAM Gironde c/CARVALHO.*

4 *Cass. soc. 21 juin 1962 BC IV-587 ; Cour de Bordeaux (Chambre sociale) 27 avril 2006 CPAM Gironde c/CARVALHO préc..*

tout rappel par l'expert, et alors même que les divers éléments constitutifs figuraient dans le dossier[1].

Par suite, nous sommes conduits à considérer, contrairement à une idée répandue, que le protocole doit être reproduit dans son intégralité en ce qui concerne les mentions obligatoires, ne serait-ce que par le nombre peu élevé des éléments qui le constituent.

En effet, s'il ne peut être ôté au protocole sa portée juridique en raison de l'absence de l'un ou l'autre de ces éléments dans le contenu du rapport, ce dernier constitue bien ce document essentiel de nature parfaitement contradictoire, ce qui interdit à notre sens d'estimer que le texte n'exige pas que le protocole soit reproduit intégralement dans le rapport, et qu'il suffit qu'il soit rappelé pour disculper l'expert qui n'avait pas reproduit l'avis du MC et du MT[2].

Faut-il rappeler que le protocole n'est pas adressé aux parties elles-mêmes et qu'on ne saurait là non plus admettre, par suite, que la victime ou le malade dut apporter la preuve, à défaut de pouvoir invoquer l'omission de l'expert, de l'existence de la mention non reportée.

Le rappel du protocole devant donc s'entendre, en ce qui concerne les mentions obligatoires, de son intégralité, il y a lieu à notre sens de rappeler cette prescription dans les recommandations faites aux experts par les caisses dans le protocole au titre des mentions complémentaires facultatives, même si la contexture de l'imprimé "rapport d'expertise" fourni par les caisses aux experts comprend généralement des pavés prévus à cet effet…

C'est toutefois à ce niveau que le bloc de procédure subit une nouvelle atteinte, la seule d'ailleurs en ce qui concerne la structure du rapport d'expertise, quand le juge, sur demande d'une partie, ordonne une nouvelle expertise en vertu des dispositions de la loi du 23 janvier 1990 (art. L. 141-2 modifié CSS), auquel cas, outre qu'elle désigne l'expert et en fixe la mission, la juridiction saisit directement l'expert en dehors de tout protocole, l'expert devant alors opérer dans son rapport le rappel de la mission et des questions posées par le tribunal (art. R. 142-24-1 al. 7 CSS issu du D. du 19 mai 1992).

Mais la disparition du protocole n'est pas pour autant consommée car le juge ne peut ordonner la nouvelle expertise qu'au vu du rapport de l'expertise contestée, lequel comporte nécessairement, que la procédure ait été initiée par les parties ou par la juridiction, le rappel du protocole, et au vu des observations des parties (art. R. 142-24-1 al. 2 CSS issu du même D. du 19 mai 1992) et, en outre, quand le juge recourt à une première expertise dont il fixe la mission, le protocole conserve sa place normale dans la procédure, l'expert, saisi par la caisse, se devant donc d'en faire le rappel (art. R. 142-24 CSS issu art. 20 du D. du 22 décembre 1958 mod. par D. du 20 mai 1965).

En dehors de cette modification qui illustre donc la lente mutation de la procédure dans la sphère judiciaire quand c'est le juge qui y recourt pour une nouvelle expertise, le rapport d'expertise a conservé sa structure traditionnelle quant à sa partie purement médicale, quel que soit l'initiateur de la procédure, les règles prévues aux art. R. 141-1 à R.141-10, et donc celles de l'art R. 141-4 al. 5 CSS concernant la teneur du rapport, continuant de s'appliquer (art. R. 142-24-1 al. 1 CSS).

Cette teneur est pourtant largement inspirée de celle de l'expertise de droit commun, laquelle comporte notamment et traditionnellement les constatations et l'avis motivé de l'expert, ce qui permet au juge de s'en prévaloir en connaissance de cause, mais on peut penser que le législateur a entendu tenir compte du caractère très technique de l'expertise, le règlement de la difficulté engendrant bien la solution du litige.

On comprend donc que l'autorité particulière qui s'attache à l'avis de l'expert ait pu conduire à écarter les règles propres à l'expertise judiciaire et les prérogatives traditionnelles du juge, en subordonnant le recours de ce dernier à une nouvelle expertise à la demande d'une partie, mais ces éléments "réducteurs" n'ont pas empêché de révéler à nouveau le "jeu de pouvoir", c'est-à-dire la tendance des juges à retrouver leur liberté d'appréciation, voire en recourant à l'expertise

---

[1] *Cour de Colmar 12 juillet 1960 N… c/CPSS et CRSS Strasbourg BJ FNOSS 15-1961 préc.*

[2] *CPI de Clermont-Ferrand 24 janvier 1964 (BLANQUET c/HOUILLERES BASSIN D'AUVERGNE), préc.*

judiciaire, l'avis de l'expert ne s'imposant plus à eux, ce qu'a justement censuré la Cour de cassation[1], le législateur n'ayant manifestement pas voulu modifier radicalement l'étendue de leurs pouvoirs.

• A la suite du rappel du protocole l'expert doit donc exposer les constatations qu'il a faites mais la circulaire ministérielle en date du 04.06.1959[2] recommande de dresser éventuellement un historique de la maladie ou de la blessure, l'expert pouvant avoir à trancher un cas ayant des origines plus ou moins lointaines, voire évolutif, et pour la compréhension duquel il peut apparaître utile de faire l'historique, comme également quand la victime d'un AT ou MP souffre d'une affection "maladie" et qu'il s'agit bien pour l'expert de faire la part des lésions imputables à l'AT ou à la MP.

Toutefois, toujours selon la même circulaire, l'exposé des constatations propres de l'expert doit être "détaillé", et on comprend cette recommandation, ces constatations, ainsi qu'il est de règle en matière d'expertise de droit commun, constituant la base sur laquelle doit reposer l'avis, de telle sorte que les éléments recueillis par d'autres personnes ne peuvent être utilisés qu'en vue de les corroborer[3].

Mais il est de l'essence même du rapport que soit ajoutées aux constatations les explications fournies par le malade ou la victime lors de l'examen, l'expert se devant même, à notre avis, de permettre au patient de donner sur son cas tous les éclaircissements qu'il estime nécessaires et qui s'ajoutent donc aux motifs invoqués, le cas échéant, dans la demande d'expertise. Il ne serait en effet pas admissible que le patient ne fut pas "entendu" au regard des appréciations médicales fournies à son sujet pour parfaire l'information de l'expert, dont l'avis ne peut être établi à partir des seules constatations cliniques, même si celles-ci constituent l'élément capital du rapport.

Ces considérations ont d'ailleurs conduit la jurisprudence à sanctionner par la nullité de l'expertise, la situation de la victime qui s'était plainte de ne pas avoir été à même de présenter à l'expert tous éclaircissements sur son état, s'agissant là d'une formalité substantielle[4], ce qu'elle avait d'ailleurs pu sanctionner auparavant par la seule perte de l'expertise de sa force probante, pour permettre au juge de recourir à l'expertise judiciaire, à une époque où la jurisprudence était encore hésitante, en raison de l'omission, dans le rapport, des dires et explications de l'intéressé, ce qui constituait une lacune essentielle[5].

Il est évident qu'une telle "lacune", qui ne peut aujourd'hui être sanctionnée que par la nullité de l'expertise et le recours à une nouvelle expertise technique, est aisément rattachable au véritable modèle de référence que constitue l'art. 6 § 1er Conv. EDH concernant le procès équitable, ce qui a permis à un auteur de parler de droit à "l'expertise équitable"[6].

Il s'ensuit que la consignation dans le rapport des dires et explications du patient sur son état ressort désormais moins aux qualités intrinsèques du rapport qu'à un droit fondamental dans l'exercice duquel il doit pouvoir faire entendre sa cause de façon équitable, les exigences qui s'imposent à l'expert étant proches de celles qui s'imposent au magistrat. Il y a là une sorte de "noyau dur expertal" qui fait que les valeurs d'impartialité et d'indépendance sont opposables à tous ceux qui prétendent émettre une opinion objective, ce qui vaut donc pour l'expertise médicale, que l'expert soit inscrit ou non sur la liste des experts judiciaires spécialisés en matière de SS[7].

---

1 *Voir jurisprudence infra 2ème partie – Section IV "l'avis de l'expert face à une demande de nouvelle expertise".*

2 *Titre III – Chap. III - § 2.*

3 *Voir supra Section I – § 2 – B/ "Moyens de l'expert pour l'exécution de sa mission".*

4 *Cass. soc. 26 mai 1961 BC IV-559.*

5 *JCP 1961-II-120089 note R.L. sous arrêt Cass. soc. 16 février 1961.*

6 *JP MARGUENAUD, Dalloz 1998 Chronique p. 111 à 115.*

7 *"L'expert non judiciaire et les valeurs de la Conv. EDH", Revue "EXPERTS" juin 2001 n°51 préc.*

- Enfin, l'expert doit consacrer une partie de son rapport à la discussion des points qui lui ont été soumis, et qui précède les conclusions motivées, dont nous avons déjà abordé "l'extraction" du rapport avec leurs conditions d'établissement et de communication pour permettre une décision rapide, quand c'est la caisse qui la prend.

La discussion des points soumis à l'expert caractérise, avec l'indication facultative de l'historique de la maladie ou de la blessure, la spécificité de l'expertise médicale. C'est sans doute pour garantir au rapport un maximum d'orthodoxie et permettre par là même une manifestation plus claire de la vérité, ainsi qu'une motivation complète, que les auteurs des textes initiaux ont imposé cette démarche à l'expert puisqu'on est en présence des divers aspects du problème médical qui a donné lieu au litige.

Et il eut été comme contraire à l'éthique que l'expert pût motiver son avis à partir de ses seules constatations sans mise en jeu des opinions divergentes ayant donné lieu à l'expertise, et donc des raisons qui l'ont conduit à choisir l'une plutôt que l'autre ou la sienne propre, compte tenu des données soumises à son appréciation, cette exigence pouvant apparaître d'autant plus grande que l'avis de l'expert revêt une force probante qu'il n'a pas habituellement.

En disposant que l'expert discute les points qui lui ont été soumis, le texte ne vise manifestement que les opinions du MC et du MT, ce qui a permis à une juridiction du fond de considérer que l'expert n'avait pas à discuter les opinions de deux spécialistes qu'il avait consultés de sa propre initiative, du moment que son propre avis était motivé et reposait sur les constatations qu'il avait faites[1].

Nous ne pouvons qu'approuver cette solution car il serait fâcheux qu'un expert, duquel la jurisprudence, en matière civile, exige à juste titre que les opinions des tiers ne puissent être invoquées qu'autant qu'elles viennent préciser ou corroborer ses propres constatations et recherches d'ordre technique[2], soit tenu de discuter de ces opinions "supplémentaires" sauf à préciser, s'il les allègue, et en les mentionnant simplement dans les constatations, qu'il en a eu connaissance, le débat ne pouvant être ouvert qu'"in limine litis".

La discussion nous paraît donc être la clef de voûte du rapport en ce qu'elle est l'expression même du raisonnement de l'expert, et elle doit être émise avec beaucoup de rigueur intellectuelle et aussi avec le plus grand souci de précision, de clarté et d'intelligibilité, car elle conditionne les conclusions, qui ne doivent en être que l'aboutissement logique et prévisible, leur contradiction étant sanctionnée par la jurisprudence[3].

En l'absence de jurisprudence, à notre connaissance, sur ce défaut de discussion, on peut se demander si la motivation du rapport, condition essentielle de sa validité et dont la jurisprudence sanctionne le défaut tout comme celui des conclusions ou leur caractère équivoque[4], ne pourrait suppléer, de par son abondance ou son excellence, ce défaut de "discussion", les droits des parties étant alors sauvegardés, et il appartient bien sûr à la juridiction saisie d'apprécier si les motifs doivent suppléer ou non cette absence, le principe étant que l'inobservation des prescriptions sur le contenu du rapport entraîne la nullité de l'expertise.

Il ressort des constatations que nous avons pu opérer que, trop souvent, les médecins s'enferment dans leurs connaissances ou leurs techniques en affirmant, plus qu'ils ne démontrent, n'ayant pas toujours conscience que la motivation de l'avis qu'ils émettent constitue leur œuvre personnelle. Le code de déontologie médicale[5] les oblige d'ailleurs à formuler cette motivation, vu les conséquences juridiques de leur avis, l'expert n'étant pas un "juge médical" qui puisse, tout comme le juge du droit, émettre une sentence dont le fondement n'est pas clairement formulé.

---

1 *CPI Clermont-Ferrand 24 janvier 1964 BLANQUET c/HOUILLERES BASSIN D'AUVERGNE préc.*

2 *Cass. civ. 12 novembre 1958 BC I-487 ; Cass. civ. 19 avril 1961 BC I-215 préc.*

3 *Cass. soc. 25 octobre 1962 BC IV-755.*

4 *JCP 1961-II-12089 note RL sous arrêt Cass. soc. 16 février 1961 préc. ; Cass. soc. 5 mai 1961 JCP 1961-II-12191 ; Cass. soc. 13 avril 1961 BC IV-401.*

5 *Art. R.4127-1 à 112 CSP.*

Surgirait alors en fondement le "spectre" de la seule expertise judiciaire avec la rigueur et la compétence présumées de ses experts, inscrits en principe sur la liste des experts judiciaires[1].

Mais il convient d'être très prudents quand on observe les critiques dont fait l'objet l'expertise judiciaire dans le domaine médical, notamment la "professionnalisation de certains experts qui se mettent de facto en situation de dépendance", la qualité des rapports bien souvent "rédigés de manière floue, sans argumentation théorique et sans citation des sources", les délais de dépôt du rapport souvent trop longs, le droit des juges à choisir des experts hors des listes…[2], ou bien le fait que "le rapport est peu ou même pas du tout exploitable par le juge en raison d'un manque absolu de "colonne vertébrale", de raisonnement rigoureux, formulé en termes clairs et compréhensibles pour le lecteur non professionnel à qui il est destiné"[3].

Cette question, qui peut avoir trait au choix qu'on pose volontiers de nos jours entre expertise médicale et expertise judiciaire, est d'autant plus complexe qu'elle révèle que si la compétence peut faire l'expert, elle n'est pas une condition suffisante pour donner à un avis technique une dimension "expertale", seule l'impartialité et l'indépendance du débiteur du vrai au regard d'une mission pouvant permettre à ses constatations de vérité leur qualification d'expertise.

De telle sorte que la traditionnelle distinction entre expertise judiciaire et non judiciaire fait place à un regroupement d'ensemble, par référence aux principes d'indépendance et d'impartialité couramment attribués au procès équitable, le terme "expertise" fournissant par là même une matière d'application des principes de la Conv. EDH, hors de la sphère naturelle de l'art. 6, toute modification du système actuel s'avérant dès lors extrêmement délicate…

2°) Le dépôt et la communication du rapport d'expertise aux parties

L'art. R. 141-4 al. 6 et 7 CSS vise le dépôt de son rapport par l'expert au SCM de la caisse dans le délai d'un mois à compter de la réception du protocole, en précisant toutefois que l'inobservation de ce délai peut conduire au remplacement de l'expert, à moins qu'en raison de circonstances particulières à l'expertise la prolongation de ce délai n'ait été obtenue, à charge pour la caisse d'adresser une copie du rapport à la victime ou au MT du malade.

C'est encore la sollicitude particulière du législateur pour la victime qui transparaît dans ces dispositions puisque l'art. 76 de la loi du 30 octobre 1946 avait déjà posé le principe du dépôt d'un rapport, dans le délai d'un mois, quand une expertise était ordonnée, avec la même formulation quant au remplacement de l'expert.

Il est vrai que le dépôt s'entend à l'évidence d'une forme plus ou moins solennelle, excluant les moyens ordinaires par adressage ou intermédiaire pour garantir son authenticité, et qu'on observe dans le domaine de l'expertise judiciaire dont étaient d'ailleurs issues les contestations d'ordre médical sous l'empire de la loi de 1898, et le dépôt se prêtait donc particulièrement aux garanties nécessaires pour l'établissement des droits de la victime quand on connaissait le caractère fréquent de gravité des blessures ou des lésions en la matière.

L'arrêté précité du 24.07.1956 devait préciser que ce dépôt serait à effectuer au SCM de la caisse, à charge pour celle-ci d'en adresser copie à la victime.

Ces dispositions furent donc généralisées par le D. du 07 janvier 1959, la caisse alors tenue d'adresser également copie du rapport au MT du malade, pour des raisons identiques à celles que nous avons développées à propos de la communication des conclusions d'expertise, s'étant agi essentiellement de ne pas divulguer au malade des informations sur son état pouvant présenter un certain caractère de gravité, et le secrétaire du tribunal ayant toutefois été substitué au SCM et à la caisse pour la réception et la communication du rapport au MT du malade ou à la

---

1 *Le juge, s'il ne peut désigner qu'un expert inscrit sur liste en matière d'expertise médicale, peut par contre désigner un expert hors liste en matière d'expertise judiciaire et notamment médicale.*

2 *"Pour un statut de l'expert", revue "EXPERTS", mars 2001 n°50.*

3 *"MEDECINE ET DROIT" n°29-1998.*

victime quand c'est le tribunal qui prend la décision (depuis D. du 19 mai 1992, art. 2 et 3 codifiés dans art. R. 142-24 et 24-1 CSS).

a) Le dépôt du rapport d'expertise auprès du SCM de la caisse

Comme en matière d'expertise judiciaire, où le jugement qui commet un expert doit obligatoirement lui impartir un délai, variable en fonction des difficultés de l'expertise, l'expert technique dispose d'un temps limité pour faire tenir son rapport à la caisse. L'imposition réglementaire de ce délai, moins important en règle générale que celui accordé par les juges, s'explique aisément par la même idée d'accélération de la procédure en droit social, étant précisé que le délai court à compter de la réception du protocole ce qui, compte tenu du délai de cinq jours imparti à l'expert pour l'examen du malade ou de la victime, laisse environ trois semaines à l'expert après cet examen pour déposer son rapport.

En dépit de ce délai réduit, les experts n'usent que rarement de la disposition légale de faire prolonger le délai normal, lequel l'est parfois par le fait des parties, qui ne songent donc guère à évoquer son inobservation d'autant que, le plus souvent, la caisse a déjà pris la décision au vu des seules conclusions.

L'essentiel est donc que le rapport ne soit pas déposé trop tardivement, pour que la caisse puisse vérifier la conformité de sa décision à la teneur de ce rapport, et à tout le moins le soit en temps utile pour permettre à la victime ou au malade de contester en connaissance de cause la décision dans le délai imparti (deux mois).

Si, à l'instar de l'inobservation du délai de 48 heures pour la communication des conclusions[1], celle du délai d'un mois pour la communication du rapport ne paraît pas pouvoir constituer une cause de nullité de la procédure sauf violation des droits de la défense[2], en revanche il convient d'inviter les caisses à rappeler aux experts cette obligation, ce que font d'ailleurs la plupart d'entre elles dans le protocole.

Ce dépôt du rapport, lequel doit être signé par l'expert, constitue donc la dernière formalité de l'expert qui ne peut donc, en principe, ni le modifier ni le compléter, mais la jurisprudence admet, comme en matière d'expertise judiciaire, qu'un complément de rapport fourni par l'expert ou même demandé par la caisse ne nécessite pas, du moment qu'il ne s'agit pour l'expert que de préciser sa pensée quant aux éléments contenus dans le rapport, de recourir à de nouvelles opérations contradictoires[3].

b) La communication du rapport d'expertise aux parties

C'est donc immédiatement après le dépôt du rapport par l'expert au SCM de la caisse que cette dernière doit en adresser une copie à la victime ou au MT du malade, et nous estimons que cette communication constitue une formalité au caractère substantiel puisque, selon l'art. L. 141-2 CSS, l'avis ne s'impose aux parties qu'autant qu'il a été pris dans les conditions fixées par le décret auquel il est renvoyé à l'art. L. 141-1.

L'art.7 de ce décret (07.01.1959) dont est issu l'art. L.141-2 visait "notamment" jusqu'à la codification du décret en 1985, les prescriptions citées à l'al. 5 de l'art. 5 (devenu R. 141-4 al.5 CSS), auxquelles devaient obéir le rapport, dont le défaut de chacune d'entre elles constitue autant de causes de nullité de la procédure[4].

Il s'ensuit que la présomption de régularité de cette procédure que permet le rapport, et qui peut être combattue par toute preuve contraire, suppose à tout le moins que les parties en aient connaissance[5], sauf à leur faire grief en les privant de la faculté de contester l'avis.

---

1 *Cass. soc. 20 février 1963 Dalloz 1963-J 339 ; Cass. soc. 6 mars 1974 JCP 1975-II-17924 obs. JP BRUNET préc.*

2 *Cass. soc. 12 novembre 1959 BC IV-1120 préc.*

3 *Cass. soc. 14 mars 1963 BC IV-254 ; Cass. soc. 5 janvier 1973 BC V-5 préc.*

4 *Cass. soc. 21 février 1963 BC IV-186 ; Cour de Montpellier 11 juin 2008 HAROUAT c/CPAM Gard.*

5 *Note FNOSS sous arrêt Cass. civ. 2ème 30 novembre 1960 BJ FNOSS 6-1961.*

On peut s'étonner par suite que la connaissance de ce rapport par la victime, dont l'argumentation allait dans ce sens, ait pu être considérée par la chambre sociale de la Cour de cassation comme n'étant pas indispensable et donc insusceptible de nuire à ses intérêts, quand la caisse avait omis de lui transmettre, et que "ni la communication des conclusions, ni celle du rapport, n'étaient des formalités substantielles, l'omission postérieure à l'examen de l'assuré par l'expert étant sans incidence sur l'avis de ce dernier et ne portant pas atteinte aux droits de la défense, dès lors qu'il était établi que l'assuré avait eu communication de ces conclusions et avait été en mesure de les discuter"[1].

Et c'était d'autant plus étonnant que, s'agissant de la communication du rapport à cette autre partie qu'est la caisse, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait, quant à elle et depuis longtemps déjà, confirmé sa jurisprudence du 30 novembre 1960 pour les mêmes motifs tirés de l'art. 7 du D. du 07 janvier 1959 (devenu L. 141-2 modifié CSS) puisque la caisse, tout comme l'assuré social, avaient bien qualité pour contester l'avis de l'expert et étaient donc en droit d'obtenir la copie intégrale du rapport que leur refusait le SCM, celui-ci juridiquement indépendant de la caisse, et donc au motif qu'il est seul détenteur du rapport intégral[2].

Il est donc heureux que la chambre sociale de la Cour de cassation ait, par un arrêt de 2001, abandonné la thèse de la formalité non substantielle de la communication du rapport à la victime sans incidence sur la validité de la procédure sauf violation des droits de la défense, à laquelle s'accrochaient les juges du fond en admettant, sans autre condition, l'absence de communication du rapport comme cause de nullité[3].

Reste donc que le malade ne saurait invoquer la nullité de l'expertise quand le rapport n'a été communiqué qu'à son MT conformément au texte[4], le Conseil d'Etat ayant pour sa part considéré que cette distinction ne méconnaissait pas le principe du contradictoire dans le cas d'expertise ordonnée par la juridiction[5], ce qui nous paraît valoir également dans le cas d'expertise initiée par les parties, la communication du rapport incombant alors à la caisse.

c) La substitution du secrétaire du tribunal à la caisse dans la réception et la communication du rapport d'expertise quand c'est le juge qui recourt à la PEM

• Si le rapport d'expertise a conservé sa configuration propre quand c'est le juge qui recourt à la PEM, en revanche, les règles concernant son dépôt et sa communication aux parties ont basculé dans les règles propres à l'expertise judiciaire puisque le D. du 19 mai 1992, pris à la suite de la loi du 23 janvier 1990 selon laquelle le juge pouvait, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise, dispose que l'expert doit adresser son rapport non plus à la caisse (SCM) mais au secrétaire de la juridiction, à charge pour ce dernier d'adresser, dans les quarante-huit heures suivant sa réception, copie du rapport à la victime ou au MT du malade (art. R. 142-24-1 CSS), ces dispositions étant applicables en cas de recours initial à la PEM suite à une DOM survenue en cours d'instance (modification art. R. 142-24 CSS).

Il faut en effet noter que la première et grande immixtion du juge dans le bloc de procédure avec la fixation de la mission de l'expert par la juridiction, au cas de DOM survenant en cours d'instance (D. du 20 mai 1965 complétant art. 20 du D. du 22 décembre 1958), avait laissé intactes les prérogatives de la caisse, qui devait toujours transmettre, dans les quarante-huit heures à compter de sa réception, copie du rapport au MT du malade ou à la victime et au secrétariat de la juridiction.

Ces prérogatives ont donc été effacées, absorbées par ces nouvelles dispositions, ce qui est extrêmement significatif de l'effritement du bloc de procédure et de l'évolution insensible de la physionomie de l'EM vers celle de l'expertise judiciaire, car si le recours à une nouvelle expertise

---

1 *Cass. soc. 3 février 1988 BC V-88.*

2 *Cass. civ. 2ème 5 octobre 1967 BC II-275.*

3 *Cass. soc. 8 mars 2001 RJS/2001 n°1217.*

4 *Cass. soc. 2 juillet 1992 BC V-440 ; Cass. soc. 14 janvier 1999 Juris Data n°000273.*

5 *CE 8 septembre 1995 RJS 1995 n°1183 préc.*

par le juge appelait que fut mise en jeu la communication directe du rapport à la juridiction qui l'avait ordonnée, les parties n'ayant pu, à leur initiative, solutionner le litige, il n'était pas évident qu'il en fut de même lorsque la difficulté initiale survenait devant le juge. C'est donc un peu, à la faveur de nouvelles prérogatives du juge, le rebours de l'histoire qui avait voulu que ses pouvoirs traditionnels fussent amputés de façon radicale, au détriment de certains principes judiciaires fondamentaux, et il nous paraît judicieux qu'ait été conférée à la procédure une physionomie ^plus en rapport avec l'initiative du juge d'y recourir.

Pour inéluctable que paraisse l'évolution, l'EM ne semble pas devoir perdre pour autant sa substance originelle, avec sa force probante. En effet, le D. précité du 19 mai 1992 a bien maintenu le délai d'un mois imparti à l'expert pour remettre son rapport et les dispositions spécifiques concernant l'envoi du rapport au MT du malade pour le compte de ce dernier.

Certes, on a bien invoqué, avec ce destinataire du rapport, la méconnaissance du principe du contradictoire mais le Conseil d'Etat, dans son arrêt précité du 08.09.1995, n'a pas succombé à "l'attraction" de l'expertise judiciaire, en estimant que ce principe n'était pas de la sorte méconnu. On peut d'ailleurs s'étonner d'une telle tentative, dans la mesure où il ne s'agissait que de la reprise des dispositions originelles jamais contestées et transposées au niveau de la nouvelle expertise, sauf à penser que ses auteurs faisaient preuve d'une méconnaissance marquée de l'histoire de l'expertise médicale et des raisons de cette particularité, issue du souci de garantir la prudence dans l'information du malade sur son état[1].

En outre, le recours à une nouvelle expertise est subordonné à la demande d'une partie, de telle sorte que, faute de cette demande, elle ne peut être ordonnée, l'expertise continuant de s'imposer aux parties, et si le juge possède un pouvoir d'appréciation quant au recours à la nouvelle expertise demandée, les premières dispositions ne paraissent pas devoir modifier radicalement l'étendue de ses pouvoirs (ce qui confine à la portée de l'avis de l'expert), de telle sorte que la décision après expertise nous paraît bien pouvoir être abordée, dans le paragraphe suivant, selon qu'elle est administrative ou judiciaire (§ 2).

• Mais nous ne saurions toutefois clore cette section sur les suites de l'expertise sans attirer l'attention sur le fait qu'aucun texte n'ayant prévu la communication du rapport aux services administratifs de la caisse, aussi invraisemblable que cela puisse paraître, cette dernière est apparue comme le "parent pauvre" de la procédure.

En effet, si la communication des documents d'expertise au MT du malade ou à la victime, et en particulier du rapport ne soulève plus, depuis peu, de problème majeur, en revanche l'opposition des MC en ce qui concerne la communication du rapport aux services administratifs de la caisse et aux juridictions soulève toujours de sérieuses difficultés.

C'est donc seulement au travers de ces difficultés que peut être fondée l'affirmation de la caisse comme partie ayant vocation à obtenir communication du rapport et qui ressort essentiellement de la jurisprudence, ce qui nous conduit à envisager un paragraphe particulier sur cette question concernant, à la vérité, un réel problème de fond pour la caisse, aussi bien d'ailleurs en sa qualité d'organe décisionnel qu'en tant que partie au litige, supposée être mise en possession de ce rapport.

Nous avons donc placé ce paragraphe à la fin de la présente section (§ 3), à la suite du paragraphe à venir concernant la décision après expertise, qui peut être administrative ou judiciaire.

§ 2 – La décision après expertise

[1] *Traité de la SS, Tome II – Titre IV – Chap. V – 28-30.*

L'avis de l'expert exprimé dans le cadre du rapport d'expertise, il convient d'en opérer la transcription au plan administratif, c'est-à-dire d'en déduire les droits du malade ou de la victime, par une décision de la caisse visée à l'art. R. 141-5 CSS, et qui pourra être prise au seul vu des conclusions motivées de ce rapport (A/).

Mais il résulte des diverses initiatives attribuées au juge de recourir à la PEM, soit à la suite d'une DOM soit à la suite d'une demande de nouvelle expertise, que la décision pourra être judiciaire en application des art. R. 142-24 et R. 142-24-1 CSS.

Toutefois la décision après expertise ne peut s'entendre, à ce stade de notre démarche, que de la suite première ou immédiate qui peut être donnée à l'avis de l'expert pour régler le litige, la décision pouvant alors être administrative ou (et non puis) judiciaire, de telle sorte que nous n'analyserons pas dans ce paragraphe le cas où la décision ne peut être que judiciaire à la suite d'une demande de nouvelle expertise, ce qui confine à la portée de l'avis de l'expert et fera donc l'objet du chap. I de la deuxième partie de notre ouvrage.

Par suite, l'annulation d'une expertise par la juridiction, indépendamment de toute demande de nouvelle expertise, sur le terrain propre des nullités en raison du défaut d'une formalité substantielle ou d'une défectuosité sur le fond, et qui conduit à la mise en œuvre d'une "nouvelle expertise", ne pourra que retenir notre attention dans le présent paragraphe, puisqu'il s'agit d'un retour à l'état antérieur avec reprise pue et simple de la procédure en ses formes initiales, la question s'étant d'ailleurs posée de savoir si la décision devait alors être administrative ou judiciaire, et les juridictions ressaisies s'étant déclarée compétentes en vertu de leur obligation de juger (B/).

A/ La décision de caractère administratif prise par la caisse

Elle avait bien été "entrevue" dès l'origine par l'arrêté du 27.05.1946 (art. 4), sous la forme curieuse de "l'application faite par la caisse de la décision de l'expert", que l'assuré pouvait donc contester, formule que reprit purement et simplement l'arrêté du 31.08.1955 (art. 4), tandis que l'arrêté du 09.06.1951, établissant le RICP en matière d'AT, ne faisait nullement état d'une décision de la caisse après remise de ses conclusions et de son rapport par l'expert…

S'il paraissait évident qu'une décision devait être prise par la caisse, l'avis de l'expert ne pouvant constituer une décision par lui-même[1], en revanche aucun délai n'était imposé à la caisse pour la prendre, de telle sorte que le rythme rapide imposé par la procédure, dans sa phase technique, pouvait subir un retard dans le cas où les services administratifs de la caisse ne faisaient pas diligence, et on peut s'étonner d'une telle carence du législateur relativement au but poursuivi d'un règlement rapide du litige.

Une fois n'était pas coutume, c'est dans le domaine des AS, avec l'arrêté du 31.10.1955 (modifiant celui du 31.08.1955), que fut posé le principe de la décision expresse, et non plus implicite à travers l'application faite de l'avis de l'expert, et prise dans le délai de quinze jours à compter de la date à laquelle le rapport avait été adressé (dans les huit jours) au SCM de la caisse.

Et l'arrêté du 24.07.1956 propre aux AT/MP reprenait les mêmes dispositions quant à la décision à prendre dans un délai de quinze jours à compter de la réception des conclusions motivées (que l'expert devait adresser dans les quarante-huit heures) et non pas du rapport (que l'expert devait toujours déposer dans le délai d'un mois), ce que devaient généraliser les auteurs du D. du 07 janvier 1959 (art. 6 devenu R.141-5 CSS).

Ainsi fut comblée une lacune grave…

---

[1] *BJ FNOSS n°11-1965 ; Bull. doc. SS novembre 1964-D-476.*

a) C'est donc sur la base des seules conclusions motivées que la caisse doit normalement prendre sa décision, le délai de quinze jours dont elle dispose venant à expiration, si l'expert use du délai d'un mois pour déposer son rapport, avant qu'elle n'ait reçu ce dernier, ce que confirme d'ailleurs la circulaire ministérielle 53 SS en date du 4 juin 1959 : "les dispositions en cause étant inspirées exclusivement par le souci d'accélérer la décision de la caisse compte tenu de l'intérêt qui s'attache à ce que l'intéressé soit éclairé le plus rapidement possible sur ses droits"[1].

Ce délai de 15 jours peut paraître long, mais il apparaît que le délai de quarante huit heures imparti à l'expert pour communiquer ses conclusions est rarement respecté pour lui permettre de les établir en meilleure connaissance de cause, ce qui ne peut que rendre la décision de la caisse plus "crédible".

C'est qu'en effet les résultats de l'expertise ne peuvent être séparés du compte rendu sans risque d'interprétation erronée, raison pour laquelle la circulaire précitée admet que "la caisse peut, dans les cas où elle est fondée, compte tenu des habitudes de l'expert désigné, à penser que le dépôt du rapport suivra de près celui des conclusions motivées (par exemple, un délai de deux ou trois jours), à différer sa décision jusqu'au moment où elle sera en possession du rapport sans qu'en aucun cas le délai de quinze jours puisse être dépassé"[2].

Pour admissible que soit cette recommandation, et pour autant qu'il soit également possible à la caisse, en vertu d'un autre recommandation, et dans le cas où la rédaction des conclusions ne lui permet pas de se prononcer, "de se mettre en rapport avec l'expert et d'en aviser l'intéressé", ces mesures ne constituent qu'un palliatif sur lequel on ne peut compter de façon systématique, et il faut bien admettre le risque, selon la même circulaire, que la décision, au vu des seules conclusions motivées, "peut présenter certains inconvénients dans le cas où, à la réception du rapport, la caisse s'apercevrait que la décision n'interprète pas fidèlement l'avis de l'expert, auquel cas il lui appartiendrait de prendre une décision rectificative annulant et remplaçant la précédente"[3].

Ce possible manque de concordance entre les conclusions motivées et le rapport lui-même, quand l'expert énonce par exemple dans ce dernier des précisions n'apparaissant pas dans les conclusions motivées ayant servi de base à la décision administrative mais qui peuvent paraître suffisamment importantes pour modifier la décision, de même que les prescriptions auxquelles doit obéir le rapport, supposent, à l'évidence, que les parties et notamment la caisse, puissent obtenir communication de cette pièce essentielle[4].

Il est heureux qu'ait pu, enfin, être entendue la portée nécessairement limitée des conclusions pour hâter la décision, distinctement de celle du rapport, et reconnu le caractère substantiel de la communication de ce dernier, quand il avait été estimé par les juges du fond que le défaut de cette communication ne portait pas atteinte aux droits de la défense dès lors que la victime avait eu connaissance des conclusions et avait pu les discuter[5].

Il est heureux également, en quelque sorte, que les réticences du SCM à communiquer le rapport d'expertise à la caisse, au nom du secret médical, ne conduisent pas les juges du fond à ordonner une nouvelle expertise du fait de l'impossibilité d'adresser une injonction au SCM[6].

b) La place faite pour la décision de la caisse, notifiée à l'assuré en fonction des conclusions motivées, et pour la communication de ces dernières aux parties par l'expert, nécessite à nos yeux un développement particulier en raison du risque d'enchevêtrement de l'une et l'autre, car il peut être tentant pour la caisse, quand l'avis de l'expert ne lui a pas été favorable,

---

1 *Titre III – Chap. III – § 3.*

2 *Titre III – Chap. III – § 3.*

3 *Titre III – chap. III – § 3.*

4 *Mais l'exploitation du rapport d'expertise au regard de la décision à prendre ou prise est lourdement hypothéquée par l'application par les MC des règles du secret médical, et il en est de même au cas de contestation de la décision ou de l'avis de l'expert (voir supra § 3).*

5 *Cass. soc. 3 février 1988 BC V-88 préc. ; Cass. soc. 8 mars 2001 RJS/2001 n°1217 préc.*

6 *Cass. soc. 5 novembre 1992 BC V-535.*

de "décider" sur les conclusions, la circulaire précitée 53 SS du 4 juin 1959 rappelant bien que "l'avis de l'expert n'est pas applicable par lui-même et que la caisse ne pourrait prendre une décision fondée sur un avis médical différent"[1].

• Faut-il en effet rappeler que les dispositions sur l'EM différencient bien :

- La COMMUNICATION des conclusions motivées par l'expert lui-même, en application de l'art. R. 141-4 al.4 CSS à la victime, qui les reçoit pour son compte propre, ou au MT du malade qui les reçoit pour le compte de ce dernier, et à la caisse (SCM) qui les reçoit également pour son compte propre afin d'exercer son pouvoir de décision prévu à l'art. R. 141-5 CSS, en termes d'accord ou de rejet au regard de la législation applicable,

- et la DECISION de la caisse résultant donc de la traduction au plan administratif des conclusions motivées, en application de cet art. R. 141-5 CSS, ce qui exclut par suite toute "communication" des conclusions par la caisse[2], de telle sorte qu'il put y avoir transposition ou interaction de la seconde (la décision) sur la première (la communication) qui permettrait de prendre une "décision médicale", encore moins fondatrice d'un avis médical différent de celui de l'expert lequel, ne s'appliquant donc pas par lui-même en raison de son caractère médical, ne peut tomber en tant que tel sous l'effet d'aucune décision quelle qu'elle soit.

• Il serait donc inadmissible, par exemple, que le SCM qui, en pratique, reçoit les conclusions motivées, les communiquât aux services administratifs de la caisse avec une injonction à des fins autres que la décision réglementaire qu'elles appellent, relevant du seul pouvoir administratif de la caisse, en vue d'un avis médical plus ou moins remodelé et tout auréolé d'un "sceau décisionnel" avec ouverture des voies de recours[3].

Ou encore que la caisse (SCM) non satisfaite des conclusions, fit procéder d'elle-même à une nouvelle expertise, au motif que le rapport ne comportait ni l'exposé des constatations faites au cours de l'examen ni la discussion des faits soumis à l'expert et, se prévalant de la soumission à cette nouvelle expertise de la victime, que celle-ci contestait pourtant, put effacer la portée de la première expertise par une décision confirmative de son rejet initial, alors que l'avis clair et précis du premier expert devait seulement être complété sur un point non examiné, relatif aux conséquences de la rechute constatée[4].

Il n'y a donc de décision qu'administrative et non médicale, et il nous paraît essentiel que le rapport d'expertise soit communiqué à la victime et au médecin traitant du malade, qui doivent pouvoir être prémunis contre toute tentative de modification de la portée de l'avis de l'expert.

c) S'agissant de la forme que la décision doit prendre, l'art. R.141-5 CSS n'impose, traduction de l'absence de formalisme de la PEM, aucune forme déterminée pour la notification de la décision, laquelle doit comporter, évidemment, la mention des voies de recours.

Observons cependant que la commission de recours amiable (CRA), visée à l'art. R. 142-1 CSS, doit connaître de toute contestation préalablement à l'action contentieuse, ce principe ayant été consacré dès l'origine dans les textes propres à l'EM et dans la loi fondamentale du 24 octobre 1946 sur le contentieux de la SS et de la MSA (art. 2 à 6).

Toutefois, quand il s'agit d'une action en responsabilité civile fondée notamment sur l'art. 1382 du Code civil, les caisses pouvant, par leurs décisions ou leurs agissements, commettre des fautes préjudiciables, il est admis que cette action peut être portée directement, sans l'observation de la saisine préalable de la commission de recours amiable (CRA), devant les juridictions contentieuses et il apparaît, du moment que l'action fondée sur une difficulté de sécurité sociale, a

---

1 *Titre III – Chap. IV.*

2 *Pour un cas de confusion étonnante entre les conclusions et la décision, Cass. soc. 22 janvier 1981 BC V-67.*

3 *TASS Gironde, 14 juin 1988, BOUVIER c/CPAM Gironde.*

4 *Cass. soc. 24 avril 1985 BC V-257.*

pour base la demande principale, que ce peuvent être aussi bien celles du contentieux général de SS[1] que celles de droit commun qui peuvent en connaître[2], mais de l'ordre judiciaire en tout cas[3].

d) S'agissant du délai de 15 jours dans lequel la décision doit être prise par la caisse, il ne soulève pas par lui-même de difficulté particulière eu égard à celles qui furent engendrées du fait de l'absence de délai.

• Il est évident qu'il s'agit de réduire au maximum le délai entre la date de l'expertise et la date de notification, pour ne pas laisser la victime ou le malade dans l'expectative, ni accroître les inconvénients résultant d'une confirmation rétroactive de l'avis du MC, le cas étant particulièrement crucial en matière d'IJ.

Le problème a d'ailleurs été posé d'excellente façon :

"Si donc une victime, ayant une proposition de continuation de repos de la part de son MT, conteste l'avis du MC fixant une reprise de travail et que de nombreux mois après l'expert confirme l'avis du MC, la date de reprise sera fixée à la date indiquée par le MC et non à la date d' l'expertise. Ainsi, la victime ne recevra pas les IJ de la période intermédiaire, ce qui peut lui causer des difficultés et un gros préjudice. Ce préjudice, consistant dans l'aléa normal du recours à l'expertise, serait toutefois limité si tous les délais prévus par le D. du 07 janvier 1959 avaient été respectés"[4], mais on observera que ce peut être aussi bien le MC qui conteste l'avis du MT et décide de recourir à l'expertise.

Et la jurisprudence a considéré à juste titre que la date de fin des IJ ne pouvait être reportée à la date de notification, même si la décision de la caisse, après expertise, avait été notifiée postérieurement. Et ce n'était là que la conséquence de l'appréciation souveraine de l'expert et de la limitation de l'attribution des IJ à la période d'incapacité proprement dite, et aussi donc d'un certain aléa du recours à l'expertise, au regard desquels on ne saurait considérer que le versement des IJ fût prolongé "peu important la date de notification"[5] ou "aucune disposition légale n'obligeant la caisse à verser les IJ au-delà de la date de consolidation"[6].

• Restait donc entier l'impact de l'absence de considération de la notification de la décision, mais on peut se demander si cette jurisprudence répondait bien à la question qui se posait.

Les requérants ne demandent en effet, dans ces cas-là, rien d'autre que la décision ne puisse prendre effet qu'à la date de notification, au titre de la réparation d'un préjudice, car ils sont restés dans l'expectative, après avoir été placés devant le dilemme de reprendre le travail au risque de compromettre leur état de santé, ou de prolonger leur arrêt de travail au risque alors de perdre le bénéfice des IJ, "quand ils n'ont pas trouvé la "solution" dans une reprise de travail suivie d'une "rechute" qui ne fait que confirmer le diagnostic du MT"[7].

On comprend alors leur étonnement devant cette rétroactivité, souvent importante, d'effet de la décision, d'autant que cette situation malsaine, au regard des exigences du droit social, laisse le plus souvent apparaître une inobservation des délais prescrits, et si on peut admettre qu'il existe un aléa dans le recours à l'expertise comme dans tout recours, on ne comprend pas que les juges

---

1 *Cass. soc. 8 mai 1967 BJ FNOSS n°47-1967 ; TASS Gironde 3 mai 2001 BOUVIER c/CPAM Gironde et Dordogne.*

2 *Cass. soc. 28 avril 1994 BC V-192.*

3 *Tribunal des conflits 20 novembre 2006 n°3531 RJS/2006 n°283.*

4 *Obs. JP BRUNET sous arrêt Cass. soc. 6 mars 1974 JCP 1975-II-17924 préc..*

5 *Cass. soc. 3 décembre 1964 JCP 1965-II-14040 ; Cass. soc. 13 février 1969 BC V-104 ; Cass. soc. 30 novembre 1978 BC V-825 ; Cass. soc. 18 janvier 1989 BC V-43.*

6 *Cass. soc. 11 janvier 1961 BC IV-44 ; Cass. soc. 11 mai 1962 BC IV-441 ; Cass. soc. 3 décembre 1964 BC IV-820 ; Cass. soc. 19 décembre 1968 BC V-618 ; Cass. soc. 18 mars 1975 BC V-158.*

7 *Y. SAINT-JOURS : "de la nécessité d'une réforme de l'expertise médicale en matière de SS", Chronique RDSS-24 (1) janvier-mars 1988 préc.*

du fond, se prononçant non pas sur la prolongation des IJ comme telles jusqu'à la date de notification mais sur le caractère fautif de cette inobservation, aient été censurés :

"au motif qu'il appartenait à l'assuré pour parer à l'éventualité, réalisée en l'espèce, d'une conformation par l'expert de la décision de la caisse de reprendre le travail au jour fixé ; qu'il s'est abstenu de le faire à ses risques et périls, si bien que le préjudice dont il demandait réparation provenait essentiellement de sa propre carence, indépendamment de la faute que la caisse aurait commise en négligeant de se conformer à des prescriptions qui ne constituaient pas des formalités substantielles"[1], ou bien :

"au motif que les délais prévus aux art.3 et 6 du D. du 07 janvier 1959 sont seulement indicatifs de l'urgence de la procédure et que le seul fait que certains d'entre eux n'aient pas été respectés ne suffit pas à caractériser la faute grossière imputée à la caisse"[2], ou encore :

"au motif que les délais fixés par l'art. 6 du D. du 07 janvier 1959 (devenu R.141-5 CSS) pour faire connaître à la victime les conclusions de l'expert sont seulement indicatifs, aucune disposition légale n'imposant par ailleurs à la caisse un délai pour notifier sa décision fixant la date de consolidation, et qu'il en résulte qu'aucune faute ne peut être retenue contre cet organisme social du seul fait qu'il n'a pas procédé aussitôt à cette formalité… et que, d'autre part, l'assuré n'était pas tenu d'attendre la décision qui interviendrait pour reprendre son activité dès lors que son état le permettait"[3].

On ne saurait approuver le caractère "fautif" du comportement de l'assuré qui attend la décision pour reprendre le travail, rien ne permettant d'affirmer que son état le justifiait, l'appréciation de celui-ci faisant précisément l'objet du litige, tandis que les caisses bénéficient d'une mansuétude très discutable quand elles ne respectent pas les délais prescrits "seulement indicatifs de l'urgence".

Certes, il ne nous échappe pas que les délais ne peuvent être prescrits par eux-mêmes à peine de nullité, sauf violation des droits de la défense[4], car l'inobservation du délai de notification de la décision n'affecte pas la substance de l'expertise, ni n'entraîne aucune atteinte au droit des parties qui en découlent, mais il n'en reste pas moins que la violation délibérée de l'urgence puisse donner lieu à réparation.

• Dans l'arrêt précité du 22 janvier 1981, il apparaît que la caisse qui avait reçu, le 7 décembre 1973, le rapport estimant la reprise de travail possible au 31 octobre 1973, n'avait notifié sa décision que le 8 mars 1974, l'assuré ayant repris son travail seulement à cette date, et que la Cour de cassation a commis une confusion étonnante entre les règles qui gouvernent la communication des conclusions par l'expert et celles propres à la notification de la décision par la caisse, puisque le délai propre à cette dernière était considéré comme indicatif pour faire connaître les conclusions à la victime, et qu'aucune disposition légale n'imposait de délai pour la notification à cette victime de la décision fixant la date de consolidation !!!

Un point d'orgue de l'effet néfaste de cette considération d'absence de délai est apparu avec un arrêt assez récent de la Cour de cassation[5] approuvant les juges du fond, en abandonnant à la victime, à titre de préjudice, le montant des IJ versées sans restriction au-delà de la date de consolidation confirmée par l'expert (14 mars 1995) jusqu'au 5 octobre 1995, tandis que la caisse n'en avait informé la victime que le 20 octobre 1995, ce qui établissait une rétroactivité "record", réclamant alors à la victime le reversement du différentiel d'IJ (la caisse ayant accepté de verser les IJ au titre de la maladie) pour la période considérée du 14 mars au 5 octobre 1995.

Il est regrettable que la Cour de cassation, passant d'un extrême à l'autre, ait pu ne pas exiger, alors qu'était alléguée la notification tardive de la date de consolidation au 20 octobre

---

1 *Cass. soc. 12 octobre 1972 BC V-547.*

2 *Cass. soc. 4 avril 1979 BC V-324.*

3 *Cass. soc. 22 janvier 1981 BC V-67 préc.*

4 *Cass. soc. 6 mars 1974 JCP 1975-II-17924 obs. JP BRUNET préc.*

5 *Cass. soc. 6 janvier 2000 Juris Data 00293.*

1995, que fut retenue ou recherchée la date à compter de laquelle la caisse avait eu connaissance des conclusions (voire du rapport).

Cette réception faisait en effet courir le délai de quinze jours (art. R.141-5 CSS) qui lui était imparti pour ladite notification dont le défaut à ce terme, et lui seul, pouvait permettre d'engager la responsabilité de la caisse[1].

On ne saurait donc imputer à cette dernière toute faute tant qu'elle n'a pas eu connaissance des conclusions de l'expert pour en tirer la notification de sa décision à la victime ou au malade, aucune disposition légale ne lui permettant d'ailleurs de suspendre les IJ dans l'attente de l'expertise, et la décision ne pouvant être prise qu'à la suite de cette dernière.

La caisse est donc fondée, une fois la date de consolidation établie, à demander la répétition des IJ versées à compter de cette date en application des art. 1376 et 1377 code civil[2] mais, à notre avis, que jusqu'à la date d'expiration du délai de 15 jours si elle a manqué à cette obligation d'information dans ce délai donné.

Sinon, on frémit à l'idée de ce qui aurait pu se passer si la caisse, suspendant les IJ au moment de la demande d'expertise, et sans considération de délai, avait pu laisser la victime dans l'expectative pendant les sept mois visés par l'arrêt du 6 janvier 2000, et il y a d'ailleurs lieu d'observer que les caisses peuvent être enclines à penser que la confirmation par l'expert de la date de consolidation retenue par la caisse avec suspension des IJ (c'est souvent le cas), les dispense de notification…

En définitive, il nous paraît indispensable de restituer à la prescription de ce délai pour la notification de la décision, notamment en matière de consolidation, la portée qui doit être la sienne, pour éviter des décisions des juridictions du fond louables mais aberrantes, comme l'attribution des IJ jusqu'à la date de réception du rapport ou des conclusions, ces documents n'étant pas applicables par eux-mêmes[3], seule la décision de la caisse pouvant être prise en compte, et donc de mettre un terme à la "jurisprudence" sur l'absence de délai et, par suite, de faute qui permet de débouter les requérants.

e) C'est d'ailleurs en raison de l'urgence que les auteurs du D. du 07 janvier 1959 ont pensé que la décision devait être exécutoire par provision, nonobstant toute contestation (art. R.141-6 CSS), et on imagine aisément que cette disposition conserve toute sa portée quand l'expertise a été favorable à l'assuré ou à la victime pour le bénéfice de prestations en nature ou en espèces, une contestation de la caisse ne devant pas aboutir à l'ineffectivité d'une procédure instituée dans le but d'obtenir une appréciation rapide de leurs droits, au regard des prestations sollicitées.

Cette disposition, conforme à l'esprit de la législation de SS, ne peut que contribuer à ce que les parties et l'expert soient soucieux du respect de la procédure, les organismes de SS devant particulièrement veiller à faire en sorte de prendre une décision en parfaite conformité avec l'avis de l'expert et dans les délais prescrits.

Mais la décision après expertise peut également revêtir un caractère judiciaire.

B/ La décision de caractère judiciaire

---

1 *Dans une espèce similaire, la mesure d'instruction à l'effet de rechercher la date de notification à la victime par la caisse avait été ordonnée par la cour de Rouen mais elle fut censurée pour les motifs susvisés de limitation des IJ à la date de consolidation et d'absence de délais !!! Cass. soc. 18 mars 1975 BC V-158 préc.*

2 *Cass. soc. 15 octobre 1951 JCP 1952-II-6710.*

3 *Cass. soc. 11 février 1961 BC IV-44 préc. ; Cass. soc. 3 décembre 1964 BC IV-820 préc. ; Cass. soc. 19 décembre 1968 BC V-618 préc. ; Cass. soc. 13 février 1969 BC V-104 préc.*

• C'est donc depuis l'origine que la décision peut revêtir un caractère judiciaire, l'art. 22 de la loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux ayant précisé que le recours à la PEM était obligatoire au cas de différend faisant apparaître devant les commissions contentieuses une difficulté relative à l'état du malade ou à la date de consolidation[1].

Le D. du 22 décembre 1958 (art. 20 devenu R. 142-24 CSS) devait reprendre la même idée en précisant que la commission ne pouvait statuer, au cas de DOM survenant en cours d'instance, qu'après mise en œuvre de la PEM prévue par décret (07.01.1959 selon D. du 27 février 1959).

Il n'a jamais fait de doute, même si la procédure échappait alors en totalité aux juges, que la décision ne pouvait être que judiciaire, le décret susvisé ayant d'ailleurs prévu expressément que l'organisme intéressé transmettait le rapport d'expertise au secrétaire de la juridiction dans les quarante-huit heures suivant sa réception (même art. 20 al.2 modifié, l'expert substitué à l'organisme intéressé par art.2 du D. du 19 mai 1992 codifié art. R. 142-24 al.3 CSS).

La circulaire 53 SS en date du 4 juin 1959 relative à la PEM prévue par D. du 07 janvier 1959 précisait pour sa part que "la caisse ne devait pas prendre la décision à la suite de l'avis de l'expert si l'expertise avait été pratiquée à la demande d'une juridiction, devant se borner à transmettre au secrétariat de la juridiction les conclusions puis le rapport de l'expert"[2].

Ce ne fut pas, contrairement à ce qui a pu être écrit, la "levée du secret médical qui pèse sur les MC en vertu des dispositions du Code pénal et du code de déontologie médicale (CDM)"[3], ni la fin des difficultés rencontrées, les caisses n'ayant d'ailleurs jamais refusé aux juridictions la communication du rapport quand celles-ci devaient prendre la décision (cette communication fut d'ailleurs expressément prévue en matière d'AT/MP par l'arrêté du 24.07.1956), les difficultés ayant bien perduré quand il s'agissait de produire auprès de la juridiction le rapport afférent à une expertise antérieure à l'instance et faisant l'objet d'une contestation (voir § 3 suivant).

C'était donc cela la vraie DOM visée par le texte, et supposant bien la communication du rapport à la juridiction, non pas tant que le différend résultant de l'application d'une expertise antérieure à l'instance, avec lequel on la confondit souvent[4] (et encore…), mais que la Cour de cassation a bien différenciés, en refusant qu'à la suite de l'annulation de l'expertise ce fut la juridiction qui fixât la mission de l'expert pour la nouvelle expertise (comme c'est donc le cas au cas de DOM survenant en cours d'instance depuis le D. du 20 mai 1965 qui a complété l'art. 20 du D. du 22 décembre 58 devenu R. 142-24 al.2 CSS), la procédure devant être reprise dans ses formes initiales[5].

Et la question s'est donc posée de savoir qui devait, de la caisse ou de la juridiction, prendre la décision au terme de la procédure de la nouvelle expertise, et on a même prétendu que la caisse ne devait pas faire application de l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 (devenu art. R. 142-24 al. 1 CSS), c'est-à-dire qu'elle devait elle-même prendre la décision, les juges du fond, en invitant les parties à mettre en œuvre une nouvelle EM ayant achevé leur rôle, de telle sorte que c'était dans le seul cas de DOM proprement dite que la juridiction pouvait statuer.

---

1 *Et aux autres contestations en matière d'AT/MP, le D. 13 août 1955 ayant levé toute ambiguïté sur la compétence générale des commissions visées à l'art. 22 de la loi.*

2 *Titre III – Chap. III – § 3.*

3 *Circulaire FNOSS n°50 du 5 mai 1959 dans revue de la Sécurité Sociale FNOSS n°102-mai 1959 ; A. CHAZAL : "l'expertise médicale dite technique en matière de sécurité sociale" Thèse 1966 Clermont-Ferrand n°634-635-636 p.288 et 289.*

4 *A. CHAZAL : "l'expertise médicale dite "technique" en matière de sécurité sociale" Thèse 1966 Clermont-Ferrand n°569 p.251 et 252.*

5 *Cass. soc. 29 octobre 1974 BC V-461 ; Cass. soc. 13 mai 1976 JCP 1978-II-18884 obs. JP BRUNET préc.*

Mais le peu de jurisprudence que nous avons pu recueillir montre bien que les juridictions ressaisies s'étaient bien estimées compétentes[1] pour statuer au regard de la "nouvelle expertise" et, rappelons-le, il ne peut s'agir alors dans ce cas d'une DOM au sens du texte, mais de la seule obligation de juger, dès l'instant qu'elles s'étaient déclarées compétentes.

• En effet, si la question ne se pose plus aujourd'hui du point de vue de la décision à prendre, la nuance demeure importante quand les deux types de difficultés sont ainsi confondus, ce qui est fâcheux, et aussi bien quand il s'agit d'une nouvelle expertise quant aux prérogatives respectives du juge et des parties sur le plan du déroulement de la procédure[2].

Mais les suites de l'expertise n'ont donc pas été sans révéler un vrai problème de fond justifiant à nos yeux un paragraphe particulier quand il s'est agi de communiquer aux services administratifs des caisses ou de produire devant les juridictions les documents d'expertise, et plus particulièrement le rapport, et qu'à pu surgir, dressé par les MC, l'obstacle du secret médical…

§ 3 – Le secret médical et la communication des documents d'expertise aux services administratifs de la caisse et aux juridictions

La décision administrative ou judiciaire, selon le cas, n'a pas manqué, en raison de la nature confidentielle des documents d'expertise, conclusions et rapport, de poser le problème de la compatibilité de cette communication avec les règles instaurées en matière de secret médical.

Et à la nécessité réelle et impérieuse pour la caisse ou la juridiction de prendre la décision en la meilleure connaissance de cause possible, est venu s'ajouter le droit pour les parties de bénéficier d'une procédure réellement contradictoire dans le respect des droits de la défense.

Ce ne sont pas tant les conclusions d'expertise, que les services médicaux consentirent à communiquer comme base intangible pour la décision à prendre, que le rapport lui-même qui fut à l'origine de sérieuses difficultés, loin d'être résorbées à l'heure l'actuelle, l'arme des MC, refusant de pourfendre le secret médical pour s'opposer à la communication du rapport, résidant dans les dispositions du Code pénal (art. 226-13 qui sanctionne la révélation d'une information à caractère secret).

Il faut y ajouter celles propres au code de déontologie médicale (CDM) et selon lesquelles obligation était faite aux médecins de ne pas divulguer de faits dont ils auraient pu avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions[3], et selon lesquelles, également, le médecin chargé du contrôle, et donc le MC, était tenu au secret vis à vis de son administration à laquelle il ne devait fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans invoquer les raisons qui les motivaient[4].

Répondant à une série de questions sur le secret médical, le Conseil d'Etat, dans un avis du 02.06.1953, avait estimé "qu'au point de vue du secret médical le médecin expert, chargé par la caisse de l'instruction d'une affaire, se trouvait en principe dans la même situation que le MC, qu'il n'en était autrement que lorsqu'une disposition législative le déliait du secret professionnel, en matière d'AT notamment".

---

1 *Cour de Limoges 13 mars et 13 novembre 1963 (MICHEL c/HOUILLERES DU BASSIN D'AUVERGNE).*

2 *Voir supra 1ère partie – Chap. II – Section III – § 2 B/.*

3 *Successivement art. 7 D. 28 décembre 1955 ; art. 11 D. 28 juin 1979 ; art. 4 D. 6 septembre 1995.*

4 *Successivement art. 55, 81 et 104 mêmes décrets, le D. 6 septembre 1995 abrogé et codifié sous la même numérotation par D. 29 juillet 2004 dans CSP art. R.4127-1 à 112.*

Cet avis révélait, sans aucun doute à la suite d'une question mal posée, une confusion, le médecin expert visé par le Conseil d'Etat n'étant pas investi d'une mission d'arbitrage et ne pouvant être considéré dans la même situation que le MC[1].

En effet, l'exception visée en matière d'AT pour la communication d'un rapport à la caisse n'était que la règle propre à l'expert technique (non médecin en principe !) pouvant être chargé, sur désignation du président de la juridiction, d'assister l'agent assermenté qui procédait à l'enquête légale prévue dans les cas les plus graves[2].

Aussi contestable qu'ait pu paraître l'application du secret médical au rapport d'expertise, et aussi critiquable que soit son instauration dans de telles conditions, flanqué d'une exception qui ne pouvait l'être, il apparaissait à tout le moins nécessaire de le concilier avec l'administration d'une bonne justice et l'appréciation équitable des droits des parties, plus particulièrement de l'assuré ou de la victime, en ne cantonnant pas le rapport d'expertise, dont l'importance ne cessait de croître au regard de la régularité de l'avis et de ses caractéristiques propres exigées, dans le sanctuaire privilégié de la médecine au cœur de laquelle apparaît, aux yeux des médecins, le secret médical, ce que seule la communication du rapport pouvait garantir.

Mais les difficultés n'ont pas surgi en toutes circonstances, notamment lorsqu'il s'agissait de communiquer à la juridiction le résultat de l'expertise qu'elle avait ordonnée, les MC ayant visiblement "joué le jeu", sans césure entre les conclusions et le rapport, l'absence de jurisprudence en témoigne, et la question ne se pose d'ailleurs plus depuis que le D. du 19 mai 1992 a disposé que c'était l'expert lui-même qui transmettait le rapport au secrétariat de la juridiction (art. R. 142-24 al.2 CSS).

Toute autre a donc été, et demeure, leur attitude à l'égard de l'organe de décision qu'est cependant la caisse, et il en a été de même à l'égard de cette "autre partie" que la victime ou le malade, qu'elle est à la procédure.

Et si la jurisprudence a pu, en estimant que le secret médical n'était pas opposable au malade lui-même, ni par son MT[3], ni par le MC[4], contribuer à ce que l'obligation de communiquer le rapport à la victime ou au MT pour le compte du malade, ne soit pas compromise, apparaissant comme juridiquement indiscutable, en revanche, la position "civiliste" qu'elle a échafaudée pour la justification de la communication de ce rapport aux parties et sa production aux juridictions à la suite d'une difficulté dans l'application d'une expertise antérieure à l'instance, n'a eu que peu de portée à l'égard de la caisse elle-même.

Et cette dernière, en présence du refus persistant des MC, en fut même réduite à déplorer à l'audience l'absence d'une pièce essentielle[5] et à provoquer, bon gré mal gré, l'injonction de la juridiction à laquelle le SCM devait finir par se soumettre, ce qui le "couvrait" en quelque sorte au regard des dispositions précitées du Code pénal et du CDM[6].

Ainsi furent révélées, et apparaissent toujours comme latentes, toutes les difficultés auxquelles peut être confrontée la caisse, non seulement comme organe de décision (A/) que comme partie à la procédure, quand il s'est agi pour elle de contester l'avis de l'expert et de produire le rapport d'expertise auprès de la juridiction (B/), et il nous paraît évident que la jurisprudence de la Cour de cassation, à propos des parties, devrait permettre de remédier aux difficultés restantes, la caisse n'étant autre qu'une partie à la procédure, dans les deux cas de décision par elle-même ou par la juridiction.

---

1 *Avis préc. reproduit dans circulaire ministérielle 70 SS en date du 12 août 1953.*

2 *Art. 58 D. 31 décembre 1946 devenu R.442-11 CSS, mais l'enquête légale supprimée par ord. 2004-239 du 15 avril abrogeant les art. L.442-1 à 3 CSS.*

3 *Cass. civ. 2ème 26 mai 1964 JCP 1964-II-13751.*

4 *Cass. soc. 19 juin 1969 BC V-428.*

5 *Cour de Grenoble 23 juin 1959 COLLIN c/CPSS BJ FNOSS n°6-1961.*

6 *Cass. soc. 2 juillet 1992 RJS 1992 n°1163 ; Cass. soc. 5 novembre 1992 BC V-535.*

A/ La communication des documents d'expertise aux services administratifs de la caisse.

L'inexistence de textes, prévoyant formellement la communication des documents d'expertise aux services administratifs de la caisse, est à l'origine de toutes les difficultés rencontrées en la matière, les auteurs du D. du 07 janvier 1959 ayant stipulé que ces documents devaient être adressés au SCM de la caisse alors que le pouvoir de décision n'appartenait qu'au directeur de cette dernière et à ses services administratifs.

Certes, on aurait pu penser, comme le fit une commission de première instance (CPI), qu'étant prévu que la caisse elle-même transmettait la copie du rapport à la victime et au MT du malade selon l'art. 5 du décret (devenu R. 141-4 CSS), "l'obligation au secret professionnel était inapplicable à la communication de ces documents par le SCM aux services administratifs"[1].

A la vérité, cette disposition ne pouvait être prise à la lettre, au regard de celle qui prévoit le dépôt du rapport au SCM, s'étant sans doute agi d'une commodité matérielle, laquelle n'a, en tout cas, pas été suffisante pour faire échec à l'application des principes du secret médical, et nous croyons d'ailleurs savoir que c'est bien le SCM lui-même qui adresse lesdites copies aux destinataires visés.

Comme nous l'avons déjà énoncé, s'il n'a jamais été sérieusement contesté que les conclusions motivées devaient être communiquées aux services administratifs de la caisse (l'art. 5 du D. du 07 janvier 1959 devenu R. 141-4 CSS ayant d'ailleurs prévu leur communication directe par l'expert à la caisse en assurance maladie…), en revanche on a prétendu, pour conserver à l'expertise son caractère confidentiel, que ces services administratifs ne pouvaient être mis en possession que de ces seules conclusions, mais nous savons qu'au regard de la qualité que revêt le rapport de permettre "de présumer de la régularité de la procédure", on ne peut priver la caisse de cette base technique et juridique, si l'on veut que les personnes qui ont pris la décision au seul vu des conclusions motivées puissent s'assurer de la conformité de cette décision aux éléments contenus dans le rapport et de la régularité de la procédure.

Ces motifs se confondent donc avec ceux qui ont conduit la Cour de cassation à considérer que la caisse, comme l'assuré, avaient qualité pour contester l'expertise technique en application de l'art. 7 du D. du 07 janvier 1959 (devenu art. L.141-2 modifié CSS), et donc obtenir communication du rapport puisque, en l'espèce, c'est l'assuré qui avait contesté la décision et que c'était bien le SCM (alors rattaché à la CRSS) qui s'était opposé à la communication du rapport ordonnée par les juges du fond[2].

Le raisonnement vaut donc pour les commissions émanant du conseil d'administration et plus particulièrement pour la commission de recours amiable (CRA) (ex CRG) chargée d'examiner les contestations contre les décisions prises par les caisses, faute de quoi on reconnaîtrait plus de droits aux services administratifs qu'à un organe supérieur d'administration dont, en outre, la saisine est obligatoire préalablement à toute instance contentieuse, ce qu'a d'ailleurs souligné la jurisprudence, s'agissant d'une formalité substantielle et d'ordre public[3].

Cet arrêt de la 2ème Chambre civile, dont on pouvait penser qu'il était de nature à mettre un terme à toutes les difficultés, intervenait dans un contexte où l'avis précité du Conseil d'Etat en date du 02.06.1953 exerçait une influence prépondérante sur le comportement des MC.

Et il paraissait donc évident qu'on ne pourrait s'en tenir à la position retenue dans cet avis, conforme à la notion traditionnelle de secret médical absolu, seul un texte permettant d'y déroger, ou par le Conseil de l'Ordre des médecins lequel, à la même époque, également soucieux de concilier les nécessités de la médecine collective et les exigences de la médecine individuelle, indiquait donc que :

---

1 *CPI Clermont-Ferrand 15 juin 1960 CPSS c/DAUZEDDE BJ FNOSS n°6-1961.*

2 *Cass. civ. 2ème 5 octobre 1967 BC II-275 préc.*

3 *Cass. soc. 19 février 1954 JCP 1954-II-8375.*

"Le médecin chargé du contrôle doit être tenu au secret vis-à-vis de son administration à laquelle il ne doit communiquer qu'une décision sans fournir les raisons médicales qui la motivent"[1].

Mais ces deux positions étaient visiblement à l'origine d'un nouvel art. 55 d'un nouveau CDM (D. du 28 décembre 1955)[2], aux dispositions quasiment similaires et applicables au MC, auquel le Conseil d'Etat assimilait donc le médecin expert, sauf l'exception susvisée en matière d'AT.

Il n'en fallait pas tant pour que les MC soient enclins à s'opposer à la communication du rapport aux services administratifs de la caisse, en dépit des critiques sévères de la doctrine et des recommandations de la circulaire ministérielle en date du 04.06.1959, ces dernières curieusement fondées sur des exceptions autres, concernant les certificats médicaux fournis directement à la caisse en matière d'AT et qui n'eurent pas l'heur de les convaincre[3].

La solution est donc bien à rechercher, à notre avis, en l'absence de texte et de jurisprudence à ce niveau, et les services administratifs n'ayant jamais pu intenter une action contre "leur" SCM, dans la position "civiliste" établie par la Cour de cassation et conférant à la caisse elle-même, en tant que partie, qualité pour obtenir la communication du rapport d'expertise voire, en tant que de besoin, le produire à la juridiction dans une instance contentieuse.

1°) Le secret professionnel et l'avis du Conseil d'Etat en date du 2 juin 1953

• C'est à partir de cet avis[4] que s'est forgée l'attitude des MC, ce qui a conduit le doyen SAVATIER, à la suite d'un refus de communication du rapport à la caisse, demandée par la juridiction, à se pencher sur le problème plus général des relations entre les MC et les caisses, tout en s'attaquant plus particulièrement à cet avis du Conseil d'Etat dont il contestait la portée que lui attribuaient les MC[5].

L'auteur a sévèrement critiqué :

"que l'on puisse étendre à tout ce qui est médical le secret dont peuvent être tenus les médecins à l'égard de leurs employés et borner étroitement à "l'administratif" les rapports qu'ils noueront avec ceux-ci", en rappelant qu'il ne faut pas oublier que :

"la médecine sociale a précisément pour raison d'être le service des malades et des infirmes, mais qu'elle n'y pourra réussir que sur la base d'une certaine franchise et d'une certaine discipline. La dissimulation systématique et générale de la vérité médicale aux organismes destinés à lutter contre la maladie et à secourir les malades ne se couvre de la mystique idéale du secret absolu que par le plus étonnant déplacement des valeurs…", en concluant :

"qu'il faut se résigner à ce que la médecine sociale étende à d'autres qu'aux médecins le secret partagé, même dans des matières qui ne sont pas, par nature, publiques. Mais ce partage ne doit jamais porter que sur ce que l'Administration ou la Justice a strictement besoin de savoir; en fonction des nécessités qu'elle doit satisfaire. Dans toute la mesure où ces nécessités ne sont pas impératives, ce partage doit épargner l'intimité légitime du malade. Il ne doit, en outre, être ouvert qu'aux personnes représentant les services hospitaliers, administratifs, contentieux, qui ont

---

1 *"La Vie médicale" supplément mai 1964.*

2 *Cet art. repris dans art. 104 du dernier CDM (D. 6 septembre 1995) et devenu art. R.4127-104 CSP.*

3 *Art. 24 loi du 30 octobre 1946 devenu 473 CSS puis L.441-6 CSS.*

4 *Publié dans circ. ministérielle 70 SS en date du 12 août 1953 et adressée aux DRSS pour communication aux caisses.*

5 *Note R. SAVATIER sous décision CPI Limoges 7 novembre 1958, Dalloz 1959 – J 425.*

vocation à en être instruits. Enfin, les membres eux-mêmes de ces services sont tenus au secret professionnel. Telles sont les garanties essentielles qu'il faut maintenir".

De façon plus ponctuelle l'auteur a contesté l'application faite de cet avis du Conseil d'Etat par les MC, ces derniers s'étant, de façon générale, considérés comme tenus par les dispositions précitées de l'art. 55 CDM, visiblement issues de cet avis, et sous l'effet desquelles ils avaient fait tomber le rapport d'expertise en s'opposant à sa communication, puisque le Conseil d'Etat avait assimilé le "médecin expert" au médecin conseil…

En effet, le Conseil d'Etat avait été questionné par le Ministre du Travail, plus particulièrement à la suite d'une décision de la commission de première instance (CPI) de Rennes en date du 24.02.1953 ordonnant le dépôt au secrétariat de la juridiction du dossier complet d'un assuré, détenu par le SCM de la caisse, la commission ayant estimé ne pouvoir se satisfaire de l'avis d'un expert, et conduit à se prononcer sur le secret médical imposé au MC vis-à-vis de la caisse, à l'égard des constatations médicales faites par lui, mais aussi sur la situation du médecin expert chargé de l'instruction d'une affaire et qu'il avait considéré comme se trouvant dans la même situation que le MC.

C'est de l'ambiguïté de la question posée au Conseil d'Etat, et sans doute mal posée, qu'est née l'extrapolation, au rapport d'expertise, du secret médical alors même, comme l'a bien démontré Monsieur P. DOURIEZ[1], le médecin expert chargé par la caisse de l'instruction d'une affaire ne pouvant être l'expert désigné conjointement par le MC et le MT, qu'il ne pouvait s'agir que d'un expert mandaté par la caisse dont celui visé par l'art. 27 al. 3 de la loi 30.10.1946 et destiné à assister l'agent assermenté chargé de l'enquête légale en matière d'AT, constituait la plus parfaite illustration.

Et c'était bien cet expert technique, désigné par le président de la juridiction, que visait le Conseil d'Etat à travers les dispositions législatives auxquelles il faisait allusion, et le déliant donc du secret professionnel, ce dont il faisait bien une exception à la règle du secret médical puisque l'art. 58 du D. du 31 décembre 1946 portant RAP pour l'application de la loi, prévoyait qu'il devait remettre son rapport à la caisse, ce qui impliquait donc qu'il parviendrait aux services administratifs de cette dernière[2], cet expert n'étant donc pas celui chargé de régler un litige médical, bien visé par ailleurs[3].

Ainsi est née, de façon confusionnelle, l'opposition de principe des MC à la communication du rapport d'expertise, mais il ne serait pas téméraire de penser que la suppression récente du cet expert technique "invité" par le Conseil d'Etat, dans son avis de 1953, dans un rôle qui n'était pas manifestement par le sien, put permettre de remonter dans l'histoire pour mettre fin à une "exception" confirmant la "règle" de l'assimilation du médecin expert au médecin-conseil, ce dernier tenu de ne communiquer que ses conclusions aux services administratifs, la communication du rapport d'expertise étant ainsi sacrifiée sur l'autel du secret médical, quand elle échappait à l'exception susvisée.

• Devant la nécessité de fournir à la caisse les éléments techniques pour la solution de la COM incompatible avec une telle conception du secret médical, les auteurs du D. du 07 janvier 1959 ont donc adopté un moyen terme, en faisant du "service du contrôle médical" le dépositaire des documents d'expertise, conclusions motivées et rapport, ce qui paraissait de nature à éviter toute divulgation excessive des éléments confidentiels de l'expertise, tout en unifiant les dispositions antérieures, très disparates en la matière, sans donc qu'aucun texte n'ait prévu formellement la communication des documents d'expertise aux services administratifs de la caisse.

---

1 *Le "Concours Médical" 17 octobre 1953 n°42 p. 3479 et suiv.*

2 *L'art. 27 al. 3 loi du 30 octobre 1946 était devenu l'art. L.442-3 CSS, l'art. 58 D. 31 décembre 1946 était devenu l'art. R.442-11 CSS, mais l'ord. 2004-239 du 15 avril a supprimé l'enquête légale en abrogeant les art. L.442-1 à 3 CSS.*

3 *Art. 43 D. 31 décembre 1946 devenu art. R.442-1 CSS.*

C'est alors, et tandis que le doyen SAVATIER contestait donc la portée de l'avis du Conseil d'Etat, que le Ministre du travail devait rechercher dans sa circulaire du 4 juin 1959 relative à la procédure établie par le D. du 07 janvier 1959, des solutions propres à donner une consistance juridique à la communication du rapport d'expertise aux services administratifs, à travers l'exception visée par ledit avis que, pour sa part, il ne contestait pas ce qui ne faisait, en quelque sorte, que cimenter la confusion[1] :

"Je rappelle en effet que plusieurs avis du Conseil d'Etat ont été rendus sur le problème du respect du secret professionnel (ces avis ont été diffusés par circulaires 64 SS du 04.04.1951 et 70 SS du 12.08.1953). Dans son avis émis le 2 juin 1953, le Conseil d'Etat a estimé…".

Le Ministre faisait également appel à d'autres exceptions que celle visée dans cet avis en matière d'AT, telle la fourniture du certificat médical par le MT sur les conséquences de l'accident, et adressé à la caisse (et non au MC)[2].

Ce raisonnement par analogie ou par déduction n'était pas très convaincant, la communication à la caisse de ce certificat médical propre aux AT/MP et à la connotation essentiellement physique, ne paraissant pas comparable à celle d'un rapport d'expertise autrement plus étoffé, et encore moins donc dans le domaine de la maladie, certaines pouvant parfois évoquer un comportement à résonance péjorative, ce qui aurait justifié davantage de confidentialité et explique sans doute que le Ministre ne se soit pas prononcé dans ce domaine.

En outre, on peut s'interroger sur l'applicabilité au rapport d'expertise de la "mutilation" faite par le Conseil d'Etat, dans un autre avis du 6 février 1951 sur le secret professionnel applicable aux agents des caisses, et auquel se réfère également le Ministre, de "faits confidentiels ou confiés sous le sceau du secret", pour les soustraire au secret médical imposé au médecin, ce secret apparaissant alors comme partagé dans l'activité générale du service public et dilué dans le secret professionnel imposé à l'ensemble des agents lesquels, participant à un même service public, "ne sauraient refuser dans leurs rapports administratifs de se communiquer les renseignements qu'ils possèdent", et alors même que le même avis énonçait par ailleurs que "devaient être regardés comme secrets… les renseignements d'ordre médical ou social détenus à l'égard des intéressés par les organismes dont il s'agit, le secret, médical notamment, étant en règle générale absolu".

Dès lors, on comprend que ces recommandations ministérielles n'aient eu que peu d'emprise sur la situation existante et que les MC, faussement persuadés que la communication du rapport d'expertise aux services administratifs tombait sous le coup de la violation du secret médical, n'aient voulu, sauf exception, y consentir.

2°) L'effacement possible du secret professionnel (médical) en application de la position "civiliste" de la Cour de cassation

- Il est indéniable que la Cour de cassation a tiré de la faculté qu'avait le malade ou la victime de contester l'application faite par la caisse de l'avis de l'expert[3], l'obligation pour les parties de produire le rapport d'expertise, "seul le rapport pouvant permettre à la juridiction de se prononcer", les juges du fond ayant estimé pour leur part "qu'il serait sursis à statuer jusqu'à ce que l'une des parties ait versé aux débats le rapport de l'expert dans son intégralité", alors que l'assuré n'avait pu l'obtenir de son MT[4].

---

1 *Titre III – chap. III – § 4 I et II.*

2 *Voir art. L. 441 – 6 CSS..*

3 *Art. 4 arrêté 31 août 1955 reprenant art. 4 arrêté 27 mai 1946 en matière d'AS, Art. 9 arrêté 24 juillet 1956 en matière d'AT/MP lequel prévoyait également la contestation de la régularité de l'expertise.*

4 *Cass. civ. 2ème 30 novembre 1960 BJ FNOSS n°6-1961 préc.*

Si l'adaptation de cette position à l'exigence que le rapport ne pouvait être communiqué qu'au MT pour le compte du malade fit l'objet d'une lettre ministérielle à propos de la production du rapport à la juridiction par l'entremise de la caisse[1], encore fallait-il que cette dernière n'éprouvât pas de difficultés pour être elle-même en sa possession.

C'est donc de la même façon, en s'appuyant sur la possibilité qu'avait la caisse et aussi l'assuré de contester l'avis de l'expert, lequel ne s'imposait que quand le rapport comportait notamment tous les éléments énumérés à l'art. 5 al.5 du D. du 07 janvier 1959[2], que la même 2ème Chambre civile a pu considérer "qu'ils pouvaient l'un et l'autre obtenir communication du rapport d'expertise", les juges du fond ayant, pour leur part, ordonné la communication intégrale du rapport tant à la caisse qu'à l'assuré, alors même que la caisse primaire de sécurité sociale (CPSS) s'était heurtée à un refus de la caisse régionale de sécurité sociale (CRSS) dont dépendait alors le SCM, au motif que seul ce dernier en était dépositaire, aux termes mêmes de l'art. 5 al. 6 du D. du 07 janvier 1959[3] (devenu art. R 141-4 al. 6 CSS).

Pouvant donc obtenir le rapport d'expertise en tant que partie, il paraît indubitable que la caisse puisse également l'obtenir en tant qu'organe de décision, cette communication apparaissant intimement liée aux possibilités de contestation, car il ne serait pas pensable que la caisse puisse se prévaloir, grâce au rapport, de l'irrégularité de l'avis de l'expert en tant que partie, sans pouvoir s'assurer en tant qu'organe de décision, faute de rapport, que cette dernière a été prise en conformité avec les éléments de ce rapport, au risque de s'exposer à l'action de l'autre partie.

Ces considérations ne sont pas sérieusement contestables, le secret professionnel imposé aux agents conservant toute sa portée, ce qui permet d'écarter toute violation du secret médical de la part des MC.

Bien que la lettre ministérielle précitée en date du 26 mai 1961 ait considéré que le rapport d'expertise n'était pas couvert par le secret médical, et qu'une autre lettre ministérielle ait précisé que cette communication était nécessaire puisque le rapport, qui forme un tout, doit apporter à la caisse (et en cas de litige à la juridiction saisie) les éléments techniques de la solution[4], l'invocation du secret médical ne paraissant plus justifiée, le SCM estimait à tort qu'il avait rempli sa mission en ayant communiqué aux services administratifs de la caisse les conclusions motivées en vue de la décision.

- Par suite on ne peut approuver que, lorsque la caisse est engagée dans une instance contentieuse pour laquelle la juridiction a ordonné une expertise (initiale ou nouvelle), loin de se voir communiquer le rapport, elle soit vouée à la "portion congrue" puisque "le service médical transmet au service contentieux les éléments nécessaires pour lui permettre de développer devant le tribunal les observations de l'organisme social. Le cas échéant, un argumentaire est établi par le service médical"[5].

En définitive, c'est à une autre "manière de voir" à laquelle sont conviés les MC, lesquels doivent cesser de se prévaloir du secret médical sans discernement contre les "profanes", ce qui leur permettrait de s'affranchir de l'auréole de ce secret sur le rapport d'expertise et d'admettre ses implications administratives ou contentieuses justifiant sa communication aux parties, notamment à la caisse, et qui les mettent donc à l'abri de toute violation des dispositions du Code pénal et du CDM.

---

1 *Lettre ministérielle DGSS 4ème Bureau n°831-1774 en date du 26 mai 1961, à M. le DRASS de …, à propos de l'exécution de l'arrêt précité de la Cour de cassation en date du 30 novembre 1960, BJ FNOSS n°48-1961.*

2 *Art. 7 D. 7 janvier 1959 devenu art. L.141-2 modifié CSS.*

3 *Cass. civ. 2ème 5 octobre 1967 BC II-275 ; BJ FNOSS n°29-1968 préc.*

4 *Lettre ministérielle DGSS 4ème Bureau n°8057 en date du 16 mai 1966 à Monsieur le DRASS de…, BJ FNOSS n°33-1966.*

5 *Circulaire CNAMTS (CDGR 2798) en date du 20 décembre 1992.*

En outre, la communication du rapport aux services administratifs n'implique pas pour autant la "mutilation" du secret médical imposé aux MC sur le terrain du secret professionnel imposé aux agents de ces services, car le caractère confidentiel des conclusions d'expertise a conduit à la communication de ces dernières à un seul et même agent occupant un poste dit "pré-médical", et qui assure lui-même les suites de l'expertise et notamment la décision à prendre.

Etant donné l'absence d'action de la caisse à l'encontre du SCM quant aux difficultés rencontrées pour obtenir le rapport au regard de la décision à prendre, celle-ci fut-elle administrative ou judiciaire, on ne peut que s'en remettre aux difficultés rencontrées par les juridictions elles-mêmes à la suite de l'action engagée le plus souvent par l'assuré ou par la victime, face à la difficulté d'application d'une expertise antérieure à l'instance, et qui ont bien révélé le problème, ce qui devait donc donner naissance à la position "civiliste" de la Cour de cassation, les parties, et notamment la caisse, ayant l'obligation de produire le rapport et pouvant donc en obtenir communication, au nom du principe de l'équilibre des droits consacré par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Ces considérations nous conduisent par suite à aborder le problème général de la communication aux juridictions des documents d'expertise, et plus particulièrement du rapport, quand ce sont elles qui doivent prendre la décision.

B/ La communication des documents d'expertise aux juridictions

Il n'a jamais été contesté que les conclusions d'expertise pouvaient être communiquées aux juridictions sans que pour autant aucun texte n'ait jamais interdit, ni donc pu permettre, au nom du secret médical, de leur communiquer le rapport d'expertise.

S'il avait été admis à l'origine que le rapport devait être versé au dossier, le secret médical ne pouvant être évoqué en matière d'EM à l'égard de la juridiction saisie[1], l'avis précité du Conseil d'Etat en date du 2 juin 1953 relatif au secret médical et considéré comme applicable, de façon confusionnelle à l'expert comme au MC, conduisit à une attitude plus restrictive, seules les conclusions pouvant être communiquées à la juridiction[2].

Outre que les conclusions peuvent contenir des éléments d'ordre confidentiel, l'avis de l'expert ne pouvait être réduit à deux phrases de conclusions terminant son rapport[3], dont les implications administratives et contentieuses ne cessaient de croître, ce qui interdisait toute dénaturation, laquelle était encore plus choquante à l'égard des juges qu'à celui des services administratifs de la caisse.

La jurisprudence avait d'ailleurs fait table rase, en matière d'expertise judiciaire, de l'épée de Damoclès que constituait l'art. 378 du Code Pénal en considérant que le médecin désigné comme expert par un tribunal n'était pas lié par cet article à l'égard de celui qui l'a désigné[4], ou que méconnaissait les règles de cet art. 378 (devenu 226-13) l'expert qui rendait compte de sa mission à d'autres que la justice elle-même[5].

Et les dispositions de l'art. 55 du CDM d'alors (aujourd'hui R. 4127-104 CSP), qui obligeaient le médecin chargé du contrôle (et donc le MC) à ne communiquer à son administration que les conclusions sans en indiquer les raisons médicales, ne paraissaient pas extensibles, contrairement à l'avis précité en date du 2 juin 1953, aux médecins experts, et alors

---

1 *Lettre du Ministre du Travail du 12 septembre 1951 BJ FNOSS n°44-1951.*

2 *LE BALLE et NOWINA, Manuel pratique du contentieux de la SS, éd. SIREY 1956 suppl. n°1 n°385, se référant à BJ FNOSS n°28-1955.*

3 *Note SAVATIER sous décision CPI de Limoges 7 novembre 1958, Dalloz 1959-J 425 préc.*

4 *Cass. req. 19 janvier 1914 D.P. 1919-1-58 ; Tribunal correctionnel de la Seine 22 février 1949 D. 1949-287.*

5 *Cour de Grenoble 29 janvier 1909 D.P.1910-2-121.*

même que les MC dépositaires du rapport ne pouvaient être, selon cet avis, tenus par des faits non constatés par eux-mêmes.

L'absence d'autres précisions ne soulevait donc pas pour autant la question du secret médical à l'égard de la communication des documents d'expertise et plus particulièrement du rapport à la juridiction, les auteurs de l'arrêté du 24 juillet 1956 (art. 8) concernant les AT/MP ayant pris soin de préciser l'obligation de transmettre, dans les 48 heures de la réception, les conclusions et le rapport à la juridiction qui avait ordonné l'expertise, pour bien rappeler que seule cette dernière, et non pas la caisse, pouvait prendre la décision.

De telle sorte que les textes qui suivirent, généralisant la disposition de la communication par la caisse puis par l'expert lui-même, du rapport d'expertise à la juridiction, ne pouvaient en rien résoudre les difficultés liées par ailleurs, et notamment pour la production du rapport afférent à une expertise antérieure à l'instance, à l'invocation du secret médical par les MC, aucun texte formel n'ayant donc jamais interdit ni pu autoriser cette communication, ce qui ne peut que nous conduire à préciser l'exacte portée de ces textes, leur ineffectivité en matière de secret médical et l'insuffisance des mesures pour y remédier.

1°) L'exacte portée des dispositions concernant la communication du rapport d'expertise aux juridictions

C'est dans le contexte susvisé de la décision à prendre par la juridiction au cas de DOM apparaissant en cours d'instance que le D. du 22 décembre 1958 a généralisé, par son art. 20, au seul regard de l'expertise ordonnée en conséquence, l'obligation pour l'organisme intéressé de lui transmettre le rapport d'expertise[1].

Mais on pouvait alors s'étonner qu'ait pu en être déduit "qu'il fallait considérer que ce texte levait l'obligation qui pesait sur les MC en vertu des dispositions des art. 378 Code pénal et 7 CDM"[2] et qu'en quelque sorte, "il n'était plus possible, au regard du secret professionnel, de refuser avec quelque chance de succès de transmettre aux juridictions le rapport intégral d'expertise"[3].

La circulaire 53 SS en date du 4 juin 1959, en précisant que la caisse devait se borner à transmettre à la juridiction les conclusions et le rapport d'expertise, leur communication ainsi entendue nous a-t-il semblé, soulignait bien d'ailleurs que c'était à la juridiction et non à la caisse de prendre la décision[4], ce qui excluait la signification et la portée donnée à cet art. 20 du D. du 22 décembre 1958 et permettait donc de considérer que la communication par l'organisme intéressé, puis par l'expert, n'était que précision, sans modification de la procédure.

On avait d'ailleurs pu constater que les MC furent rarement réticents, en dépit de l'avis précité du Conseil d'Etat en date du 2 juin 1953, pour la communication du rapport aux juridictions qui avaient ordonné elles-mêmes l'expertise, l'absence de jurisprudence en témoigne. Dès lors on ne pouvait, pour expliquer les difficultés qui allaient perdurer, poser la question du secret médical sans autre distinction, ce qui aurait conduit à une appréciation inexacte de la réalité du comportement des MC.

2°) Les difficultés restantes et la position "civiliste" de la Cour de cassation

• Ne pouvaient donc, dans ces conditions, que demeurer les cas de difficultés nés de l'application d'une expertise antérieure à l'instance avec les problèmes qui pourraient en découler et qui en découlent encore, puisque c'est bien à leur propos, à la suite de l'invocation du secret médical par le MC (quand ce n'était pas la caisse elle-même pour éviter d'entrer en "conflit" avec

---

[1] *Devenu art. R.142-24 modifié CSS, la communication étant assurée par l'expert depuis D. 19 mai 1992.*

[2] *Circulaire FNOSS A 50 du 5 mai 1959 dans Revue SS FNOSS n°102 mai 1959.*

[3] *A. CHAZAL : "l'expertise médicale dite "technique" en matière de SS", thèse 1966 Clermont-Ferrand n°634-635-636 p. 288 et 289.*

[4] *Titre III – Chap. III – § 3.*

le SCM), que la Cour de cassation devait établir sa position "civiliste" en justification de la communication du rapport d'expertise, "ce dernier, dont la production incombait aux parties, permettant seul à la juridiction de se prononcer et, en second lieu, le secret médical ne concernant pas le sentiment de l'homme de l'art formulé dans un rapport d'expertise"[1].

Les parties pouvaient donc obtenir que le rapport ne fut pas communiqué exclusivement au SCM pour que la caisse put le verser aux débats dont il faisait partie intégrante, puisque la décision pouvait n'être pas conforme à l'avis de l'expert y inclus, ce dernier pouvant lui-même être irrégulier s'il n'avait pas été pris dans les conditions légales que devait mentionner le rapport[2], une jurisprudence constante ayant exigé en outre qu'il fut "clair, précis et dépourvu d'ambiguïté".

Cette position "civiliste", selon laquelle l'obligation pesait donc sur l'assuré ou sur la caisse, plus particulièrement sur le demandeur à l'instance, avait été amorcée dans l'arrêt de la Commission régionale d'appel de Paris, qui avait jugé que seul le rapport intégral permettait d'apprécier la régularité de l'expertise si l'avis n'était pas clair, précis et non équivoque, les parties devant être mises en demeure de le verser aux débats, sauf à justifier par une déclaration de l'expert qu'il existait un secret médical[3].

La cour de Grenoble avait également jugé dans le même sens, et sans restriction, que le refus de la caisse procédait d'une conception erronée du secret médical et que la remise du rapport d'expertise au SCM n'entraînait pas pour autant un droit de rétention pour la caisse ou son MC mais plutôt une obligation d'agir en dépositaire loyal, tenu de verser au débat judiciaire les éléments complets de l'expertise sur laquelle était fondée la décision de la caisse[4].

C'est également à propos d'un refus du SCM, fondé sur l'obligation du secret professionnel que la commission de première instance (CPI) de Limoges, s'estimant insuffisamment informée par les seules conclusions, avait ordonné le versement aux débats du rapport dans son intégralité, au motif que :

"Ce rapport était en effet un document d'appréciation indispensable qui devait être porté à la connaissance de la juridiction contentieuse, laquelle n'aurait recours à l'avis d'un autre expert qu'autant qu'elle s'estimait insuffisamment éclairée par les motifs et les conclusions du rapport… En outre, il était équitable et logique de permettre à celui qui prétend souffrir de l'injustice d'une décision, de saisir la juridiction compétente qui ne pourra alors statuer qu'après avoir ouvert et discuté le dossier, la jurisprudence considérant d'ailleurs que les personnes qui, de par leur profession, apprennent habituellement des faits confidentiels cessent, lorsqu'elles agissent en qualité d'expert, d'être tenues au secret professionnel vis-à-vis de tout le monde et peuvent être contraintes d'éclairer la justice sur la question technique qui leur a été posée, c'est-à-dire dans les limites de la mission dont elles ont été investies"[5].

Cet ancrage de la communication du rapport sur les principes "civilistes" du caractère contradictoire de la procédure et des droits de la défense, n'était pas sérieusement contestable, eu égard aux implications juridiques et administratives de ce rapport.

Et cette évolution était à rapprocher de l'inopposabilité au médecin expert, à propos de son accès au dossier du malade, du secret médical, lequel trouvait son fondement dans l'intérêt personnel du malade, de telle sorte :

"qu'un assuré social ne saurait être paralysé, dans l'exercice d'un droit qui lui est conféré, par l'impossibilité où il serait d'en rapporter la preuve du fait qu'il est argué par la caisse du secret médical, alors que celui-ci n'est pas opposable au malade lui-même"[6], ou que :

---

1 *Cass. civ. 2ème 30 novembre 1960 BJ FNOSS n°6-1961 préc.*

2 *Cass. civ. 2ème 5 octobre 1967 BC II-275, BJ FNOSS 29-1968 préc.*

3 *Commission régionale d'appel de Paris 7 janvier 1959, Dalloz 1959 Sommaire p.44 (CPSS c/NADJI).*

4 *Cour de Grenoble 23 juin 1959 CPSS/COLLIN BJ FNOSS n°6-1961préc.*

5 *CPI Limoges 7 novembre 1958 Dalloz 1959 – J 424, note SAVATIER préc.*

6 *Cass. civ. 2ème 28 janvier 1966 CPSS c/LEROY BJ FNOSS n°28-1966 et BC V-136.*

"Les experts ne sauraient être paralysés dans l'exercice de leur mission par la carence de la caisse qui ne saurait trouver sa justification dans un secret professionnel qui n'est pas opposable au malade"[1], sans que pour autant le malade puisse s'opposer à l'accès à son dossier au nom du secret médical, ce qu'avait admis une cour d'appel :

"L'expertise, dont le principe n'avait pas été contesté, ne pouvait avoir de valeur probante que par l'examen de tous les éléments relatifs à l'état de l'assuré social, sans aucune restriction, et alors que le secret médical n'était invoqué par l'une des parties que pour écarter un élément de preuve apparaissant contraire à ses prétentions et non pas dans un intérêt moral légitime"[2].

Cette inopposabilité du secret médical au malade, qu'il s'agisse de la communication du rapport d'expertise aux juridictions par le biais des parties ou de l'accès de l'expert au dossier médical du malade, manifestait donc que lorsque la loi subordonne un droit à des conditions touchant une maladie, il est impossible de priver entièrement la justice, sous prétexte de secret médical d'ordre public ou au motif que le SCM n'est ni hiérarchiquement ni disciplinairement sous l'autorité de la caisse, de tout renseignement qualifié.

Mais il y a bien lieu de noter qu'elle n'affectait pas la règle selon laquelle le rapport d'expertise doit être communiqué, pour le compte du malade, au seul MT[3], ce dernier tenu seulement par une obligation de prudence quant aux informations susceptibles d'être communiquées à son patient, compte tenu de l'état de ce dernier, ce qui, pour garantir ses droits, avait conduit le Ministre du travail à proposer une mesure d'adaptation pour l'information de la juridiction sous forme de deux manières de procéder pour exécuter la décision judiciaire telle qu'énoncée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30.11.1960 précité, selon laquelle "la production du rapport incombait aux parties" :

- Soit en remettant directement à la juridiction le rapport d'expertise,
- Soit en adressant une copie certifiée conforme du rapport au MT pour que le malade puisse le produire à la juridiction, le Ministre estimant que le premier procédé, outre qu'il ne mettait pas l'assuré en possession du rapport, était plus expédiant, demandant alors au DRASS de bien vouloir faire valoir à la caisse comme au MC régional, l'intérêt qui s'attachait à ce que la caisse mette directement et sans plus attendre la juridiction en possession du rapport sans lequel il ne lui était pas possible de rendre sa décision[4].

Cette solution judicieuse supposait cependant qu'il avait fallu attendre la décision de la juridiction, sans donc qu'y apparaissent les suites pratiques à tirer de la position "civiliste" de la Cour de cassation exposée dans la lettre quant à la production du rapport par les parties et qui aurait justifié une remise spontanée à la caisse par le SCM.

Et la FNOSS qui, dans sa circulaire précitée du 05.05.1959, avait donc pu se méprendre sur le sens des dispositions prévoyant la communication du rapport d'expertise par la caisse à la juridiction, en pensant que ces dispositions levaient l'obligation du secret professionnel (médical) à l'égard du MC, ce que nous ne pouvons approuver, devait se rendre à l'évidence et exprimer des craintes à la suite du même arrêt de la Cour de Cassation en date du 30 novembre 1960 quant à une attitude de refus systématique de nature à susciter des difficultés et retards au détriment des assurés sociaux, voire des victimes d'AT, en invitant les juridictions à recourir à l'art. 19 du D. du 22 décembre 1958 (act. R. 142-22 CSS) leur permettant de prendre une ordonnance non

---

1 *Cass. soc. 19 juin 1969 BC V-428.*

2 *Cass. soc. 27 avril 1967 BC V-343, Droit Social 1968-275 note VOIRIN.*

3 *Le Conseil d'Etat, rappelons-le, a estimé que l'art. R.142-24 al. 4 CSS (issu de l'art. 2 D 19 mai 1992) prévoyant la communication du rapport d'expertise par le secrétaire de la juridiction à la victime ou au MT du malade, ne méconnaissait pas le principe du contradictoire de la procédure – Conseil d'Etat 8 septembre 1995 RJS 1995 n°1183, ce qui paraît valoir pour les autres dispositions prévoyant les mêmes destinataires (art. R.141-4 al. 7 et art. R.142-24-1 al. 7 CSS).*

4 *Lettre ministérielle du 26 mai 1961 à Monsieur le DRASS de…, BJ FNOSS n°48-1961 préc.*

susceptible de recours dans le cadre de leurs pouvoirs généraux d'instruction, pour la production de toutes pièces de nature à éclairer le litige[1], et au sein desquelles on pouvait légitimement inclure le rapport d'expertise.

Ces craintes devaient s'avérer fondées en dépit des recommandations formulées dans la circulaire ministérielle 83 SS en date du 24 juillet 1956 propre aux AT/MP, et reprises dans la circulaire ministérielle 53 SS en date du 4 juin 1959 selon lesquelles, en AS comme en AT, la juridiction devait avoir connaissance du rapport afin de statuer sur le litige et notamment apprécier la régularité de la procédures suivie, la validité des conclusions formulées… ou l'appréciation faite par la caisse de l'avis de l'expert[2].

• C'est dans ce contexte de difficultés que devait apparaître une réglementation de la production du rapport à la juridiction dans le cas, nouveau, d'une nouvelle expertise, quand le différend portait sur l'application d'une expertise antérieure à l'instance, la juridiction pouvant l'ordonner sur demande d'une partie, mais seulement au vu du rapport de l'expertise ayant donné lieu à la contestation et au vu des observations des parties[3], sans qu'ait été réglé pour autant l'ensemble des difficultés nées jusqu'alors en dehors de ce cas nouveau, ni que la caisse ait progressé dans son statut de "parent pauvre" de la procédure.

3°) L'insuffisance des dispositions du D. du 19 mai 1992 (art. R.142-24-1 al.1, 2 et 3 CSS)

L'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 imposant la communication du rapport d'expertise par la caisse au secrétaire de la juridiction, n'ayant pu de ce fait, contrairement à ce qui a été écrit[4], régler la question du secret médical, en tout cas pas celle de la communication à la juridiction du rapport de l'expertise pratiquée avant l'instance et dont l'application donnait lieu à difficulté qui n'était donc pas la DOM apparue en cours d'instance visée par le texte[5], le législateur est intervenu compte tenu du défaut de production spontanée du rapport par le SCM à la caisse.

Cette production était pourtant légitimée par la position "civiliste" de la Cour de cassation dans le cadre de cette frange plus que résiduelle, les auteurs du D. du 19 mai 1992, au cas de demande de nouvelle expertise susvisée, ayant en quelque sorte "organisé" la production du rapport par les parties pour garantir sa communication à la juridiction, sans recours à l'injonction par cette dernière.

On peut regretter que, pour ce faire, les auteurs du décret, loin de conférer à la caisse les attributions qui doivent être les siennes, aient prévu pour l'assuré destinataire du rapport, l'annexion de ce dernier à sa demande d'introduction d'instance (ce qui vise donc, à coup sûr, la victime), et dans les "autres cas" la production du rapport au tribunal par le SCM (ce qui vise à coup sûr le malade), la circulaire précitée de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) en date du 20.12.1992 se bornant à préciser "qu'en assurance maladie le rapport doit être adressé au tribunal par le SCM puisque l'assuré n'en est pas directement destinataire".

Mais quid de la caisse, qu'on ne peut tout de même pas réputer en possession du rapport d'origine dont la production serait donc subordonnée au bon vouloir du SCM alors qu'elle est tout de même partie à l'instance, les auteurs du décret ayant bien laissé dans l'ombre, avec toutes les

---

1 *Note FNOSS sous arrêt Cass. civ. 2ème 30 novembre 1960 BJ FNOSS n°6-1961 préc.*

2 *Titre III – Chap. VI.*

3 *Art. L.141-2 modifié CSS suite art. 3 loi du 03 janvier 1990 et art. R.142-24-1 al. 1, 2 et 3 CSS issus art. 3 D. 19 mai 1992.*

4 *Circulaire FNOSS n°50 du 5 mai 1959 dans Revue de la SS FNOSS n°102 mai 1959 préc. ; A. CHAZAL : "l'expertise médicale dite "technique" en matière de sécurité sociale), thèse 1966 Clermont-Ferrand n°634-635 et 636 p. 288 et 289 préc.*

5 *Sur la distinction, note JP BRUNET sous arrêt Cass. soc. 13 mai 1976 JCP 1978-II-18884 préc.*

difficultés qui en découlent, les oppositions quasi systématiques à la communication du rapport à la caisse ?

En outre, ces auteurs, loin d'avoir épongé tout le potentiel de difficultés pouvant naître de la contestation d'une expertise antérieure à l'instance, ont laissé exposées au risque de réticence du SCM toutes les autres difficultés, en ne visant que le cas afférent à la demande d'une nouvelle expertise, alors que le D. du 19 mai 1992 n'était pas un texte d'application de la loi du 23 janvier 1990, elle-même d'application immédiate, mais relatif aux procédures de l'expertise médicale qu'il modifiait d'ailleurs sur d'autres points.

Ce sont en effet celles-là même qui existaient auparavant, notamment le cas de la contestation de l'application faite par la caisse de l'avis de l'expert, ou de l'avis de l'expert lui-même, ou encore de l'énoncé des questions posées à l'expert, n'impliquant pas nécessairement une demande de nouvelle expertise, et pour lesquelles la juridiction, ne pouvant alors recourir qu'à un complément d'expertise ou à une "nouvelle expertise" au cas d'annulation de l'expertise antérieure, même s'il n'a pas été requis de nouvelle expertise[1], considère toujours indispensable, pour ce faire, la communication du rapport dont la production incombe bien aux parties.

Il serait fâcheux qu'en présence de ces insuffisances et de l'absence de texte formel lui permettant d'obtenir communication du rapport, la caisse dut encore déplorer l'absence d'une pièce essentielle et provoquer l'injonction de la juridiction[2].

En conclusion, il reste à souhaiter que la nécessaire communication du rapport d'expertise par le SCM aux services administratifs de la caisse cesse d'être frappée du sceau maléfique de la violation des dispositions du Code pénal et du CDM, engendrée par un avis du Conseil d'Etat datant de 1953, empreint de confusion, et que soit appliquée de façon spontanée par le SCM la position "civiliste" de la Cour de cassation, pour que la caisse puisse obtenir communication de ce rapport, tant d'ailleurs comme organe de décision que comme partie à l'instance, au titre des droits de la défense.

A cet égard, le fondement de cette communication à la caisse paraît d'ailleurs pouvoir être renforcé par la doctrine, dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), de l'équilibre des droits, laquelle devrait permettre d'effacer le caractère absolu du secret médical, en raison de la coexistence d'un principe d'immunité et d'un principe de légitimité.

Ce dernier ne peut en effet qu'être assorti de sa composante majeure qu'est la proportionnalité de la révélation à sa finalité, la communication du rapport d'expertise n'étant pas contestable quand elle implique la connaissance de l'ensemble des éléments qui le composent et dont l'appréciation, tant pour la régularité de la procédure que pour la validité de l'avis de l'expert, conditionne la reconnaissance d'un droit[3] par la caisse elle-même ou par la juridiction.

SECTION III – LES FRAIS D'EXPERTISE

L'expertise occasionne certaines dépenses, notamment les honoraires du médecin expert, comme en matière d'expertise judiciaire, pour laquelle ce sont en principe les juges qui fixent eux-mêmes le montant des frais et imputent les dépenses.

---

1 *Juris-Classeur 2000 : contentieux général de la Sécurité Sociale, expertise médicale, fascicule 784.*

2 *Cass. soc. 2 juillet 1992 RJS 1992 n°1163 ; Cass. soc. 5 novembre 1992 BC V-535 préc.*

3 *P. SARGOS : "les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical, doctrine JCP la semaine juridique EG n°50 du 8 décembre 2004-2244 préc.*

Mais le vœu du législateur a été manifestement de ne pas laisser à la charge du malade ou de la victime les frais d'expertise, sauf faute de leur part appelant une sanction, et ce principe s'applique indistinctement à l'expertise du recours médical et à celle du recours contentieux quand elle est ordonnée par le juge.

Des textes réglementaires ont donc été nécessaires, tant pour déterminer la nature des frais et leur tarification que pour établir le régime particulier de leur prise en charge, les dépenses étant imputées aux caisses des régimes concernés mais pouvant être mises à la charge du malade ou de la victime au cas de faute de leur part, et même parfois du seul fait qu'il succombe.

Dans sa quête de sanctions le législateur, après l'en avoir pourtant faite y échapper, s'est montré curieusement plus sévère à l'égard de l'EM issue du secours contentieux, même si elle n'est jamais ordonnée que par le juge et de façon essentielle pour la solution du litige, que pour celle émanant du recours médical auprès de la caisse. Il l'assortissait même, indépendamment de toute faute, du paiement d'un droit dû par l'appelant qui succombait, et au cas de nouvelle expertise, de la mise à la charge du demandeur des frais engendrés, du seul fait qu'il succombait également ainsi que, dans tous les cas de recours à l'EM, avec amende, si le recours était jugé dilatoire ou abusif.

S'il nous est donc loisible d'aborder la nature et la définition des frais d'expertise sans distinction particulière (§ 1er), cette évolution dans le sens d'une atténuation du principe de base de la gratuité avec imputation des dépenses aux caisses de sécurité sociale au travers des règles propres à l'expertise judiciaire dans le cadre de la procédure civile, nous commande par contre, au regard de la prise en charge de ces dépenses, de distinguer selon que l'expertise est mise en œuvre par la caisse ou est ordonnée par la juridiction (§ 2).

§ 1er – Nature et tarification des frais d'expertise

- L'art. 9 du D. du 07 janvier 1959 (devenu art. R.141-7 modifié CSS) a prévu le règlement des honoraires et frais de déplacement du médecin expert, ceux du MT en matière d'AT/MP et, en assurance maladie, seulement quand ils faisaient partie du comité de trois médecins (MC, MT et médecin expert) visé à l'art. 3 du même décret (art. R.141-1 al.3 CSS abrogé par D. 2010-344 du 31 mars), selon un tarif fixé par arrêté ministériel[1].
- Cet arrêté ministériel du 6 juin 1963 (JO du 22 juin), actuellement en vigueur, dispose que les honoraires du médecin expert sont établis selon le tarif conventionnel de la consultation ou de la visite propre à la catégorie du praticien, affecté d'un coefficient (C ou V x 3,5 pour l'omnipraticien ou le généraliste, CS ou VS x 2 pour le spécialiste, CNPSY ou VNPSY x 2 pour le psychiatre ou le neuropsychiatre[2], et de C ou V x 6 pour le professeur des universités affecté dans une UER médicale, ou pour le médecin, chirurgien ou spécialiste d'un centre hospitalier régional faisant partie d'un CHU).

---

[1] *Cet article avait prévu également les frais de déplacement du malade (qui jusqu'alors étaient à sa charge) et ceux de la victime, qui faisaient partie des frais d'expertise depuis l'origine, mais la subordination de la PEC de l'ensemble des frais à la condition que la contestation ne soit pas manifestement abusive, a conduit le législateur à les y faire échapper et à les transférer sur le compte du risque, le D.06.05.1988 ayant abrogé l'al. 1er de l'art. R.141-7 CSS en disposant, à la suite de la modification de l'art. L.321-1 CSS (auquel renvoyait l'art. L.432-1 pour les AT/MP) consécutive à la loi du 6 janvier 1986 sur les transports sanitaires, qu'étaient pris en compte les frais de transport pour se rendre à la convocation du médecin expert désigné en application de l'art. R.141-1 (art. R.322-10 et suiv. CSS).*

[2] *Avec minimum, pour les spécialistes, de tarifs au moins équivalents à ceux du médecin généraliste selon lettre circulaire T 7505 du 28.09.1969, BJ FNOSS n°15-1969.*

Le même arrêté dispose encore que les honoraires du MT qui assiste à l'expertise, et seulement en cas d'AT/MP (ou de participation au comité de trois médecins susvisé et abrogé), sont établis selon le même tarif conventionnel (C ou V x 1,5 pour l'omnipraticien, CS ou VS pour le spécialiste, CNPSY ou VNPSY pour le neuropsychiatre, et C ou V x 3 pour le professeur d'université, ou pour le médecin hospitalier tel que susvisé en tant que médecin expert), et que ses frais de déplacement (comme éventuellement ceux du médecin expert) sont calculés d'après le tarif conventionnel de l'indemnité kilométrique (IK) en vigueur, l'ensemble de ces dispositions étant applicable, selon l'arrêté, à l'expertise visée à l'art. L.324-1 CSS (ex 293)[1]-[2].

- Enfin, en l'absence de toute précision sur les examens et analyses complémentaires susceptibles d'être pratiqués par l'expert lui-même ou en dehors de l'expertise, des circulaires ministérielles ont prévu la possibilité d'une prise en charge sous conditions particulières[3]-[4].

On peut s'étonner de l'absence d'honoraires du MT en tant que frais d'expertise en matière d'assurance maladie, hormis quand ce dernier faisait partie du comité de trois médecins visé à l'art. R.141-1 al. 3 CSS et compétent, pour certains cas qu'un arrêté ministériel devait déterminer.

En effet, si on pouvait admettre que cette limitation serait plus ou moins compensée par l'importance des cas à soumettre audit comité, on n'imaginait pas que cet arrêté ne verrait jamais le jour et que serait perpétuée une discrimination entre l'assurance maladie et l'assurance AT/MP puisque le D. du 31 mars 2010 a abrogé l'al. 3 de l'art. R. 141-1 CSS concernant cet arrêté, qui n'est donc jamais paru.

- La nature et le montant des frais de l'expertise ordonnée par le juge et pratiquée dans le cadre des dispositions qui sont propres à l'EM ne peuvent donc qu'être les mêmes, l'art. 58 modifié du D. du 22 décembre 1958 relatif au contentieux général de la SS ayant visé les dépenses de "toute nature" et notamment les frais d'expertise lesquels, lorsqu'ils n'étaient pas mis à la charge d'un organisme ou d'une partie par une disposition particulière, étaient réglés par les caisses des régimes concernés.

Et cette formulation, par son identité (qu'on retrouve dans les art. L. 144-5 et R. 144-11 CSS), constitue bien le pendant de celle contenue dans l'art. R.141-7 pour les frais d'expertise et dont l'arrêté d'application susvisé constitue bien la référence exclusive pour la tarification.

Dès lors, si la juridiction peut donc ordonner la prise en charge de toutes les dépenses visées à l'art. R. 141-7, elle ne peut en revanche aller au-delà en la matière et notamment pour les honoraires et frais de déplacement du MT en assurance maladie en raison du caractère limitatif de ces dépenses, et il apparaît plus que jamais nécessaire que cesse cette discrimination entre assuré ou malade et victime et que les conditions d'accès à l'expertise soient identiques, quel que soit le risque.

---

[1] *Dite "thérapeutique" et dont la procédure est confondue, depuis la loi du 20.12.2004 avec celle de l'EM visée à l'art. L.141-1 CSS, ce dernier modifié en conséquence.*

[2] *Pour la détermination des honoraires dus au médecin expert et, le cas échéant, au médecin traitant, antérieurement à l'arrêté du 06.06.1963 : voir arrêté du 09.01.1946 en matière d'AS, arrêtés des 05.02.1947 et 23.09.1955 en matière d'AT, arrêtés des 13.10.1959 et 28.04.1961 (JO 14 mai) communs aux AS et aux AT.*

[3] *Voir notamment circ. min. 57 SS en date du 08.01.1961.*

[4] *Au cas de carence de l'intéressé, voir lettre ministérielle DGSS (4ème Bureau), n°1983 en date du 27.06.1955 pour rapport de carence et codification adéquate, confirmée par circ. min. DSS/Agriculture n° 2003-350 en date du 15 juillet.*

§ 2 – La prise en charge des frais d'expertise

Dans sa volonté de ne pas laisser à la charge du malade ou de la victime les frais d'expertise, le législateur, en en transférant la charge aux caisses des régimes concernés par le litige, n'a pas pour autant oublié la règle de procédure civile selon laquelle tout recours abusif doit être sanctionné.

Mais comme nous l'avons déjà souligné, il s'est montré plus sévère pour l'expertise contentieuse et a même sanctionné l'appelant du seul fait qu'il succombait, dérogeant donc au principe de base.

A/ Cas de l'EM initiée par la caisse

• L'art. 9 du D. du 07 janvier 1959 (devenu R. 141-7 modifié CSS), énonçant les frais d'expertise a disposé qu'ils étaient à la charge de la caisse primaire ou régionale de SS ou de la caisse de MSA mais la procédure étant également applicable aux régimes spéciaux (art. 13 du D. du 07 janvier 1959) puis étendue au régime des TNS (RSI) selon l'art. L. 141-3 modifié CSS, le principe s'applique donc à ces régimes qui ne peuvent en disposer autrement.

Mais, selon le texte, la caisse ou l'organisation spéciale de SS peuvent demander à la juridiction de mettre à la charge de la victime ou du malade tout ou partie des honoraires et frais si la contestation est reconnue comme manifestement abusive, ce qui paraît y faire échapper ceux résultant de l'expertise déclenchée directement par la caisse ou demandée par la victime en dehors de toute contestation.

• On observera rapidement qu'il s'agit là des dispositions antérieures propres aux AT/MP, si ce n'est qu'avait disparu la condition que la contestation devait être reconnue comme telle par l'expert pour que la juridiction fut saisie, les textes sur les AS s'étant limités à préciser que les frais d'honoraires pouvaient être mis à la charge de l'assuré si l'expert avait reconnu la contestation comme manifestement non fondée[1].

Etait donc rendu commun aux AT/MP et aux AS le critère à prendre en considération pour faire supporter tout ou partie des frais d'expertise au malade ou à la victime, et on ne peut qu'approuver cette référence à la théorie générale de l'abus de droit en toute hypothèse, car elle donnait plus de garanties, eu égard à toute la jurisprudence qui s'y attache, qu'une absence de fondement manifeste laissant une grande part d'imprécision et pouvant confiner à l'arbitraire.

Et la disparition, par suite pourrait-on dire, de la condition de la reconnaissance par l'expert de la contestation manifestement abusive ou non fondée, dissipait une certaine équivoque, car on ne pouvait plus penser que l'avis de l'expert, à ce sujet, liait la juridiction comme l'avis médical lui-même, les frais d'expertise pouvant désormais être mis à la charge du malade ou de la victime en l'absence d'avis de l'expert et la juridiction ne pouvant être liée par l'opinion exprimée.

• La jurisprudence n'a d'ailleurs pas varié depuis l'origine quant à la seule compétence des juges en matière d'attribution définitive des charges des frais d'expertise, mais il n'en reste pas moins qu'elle a dû se prononcer, après que la reconnaissance par l'expert du caractère manifestement abusif de la contestation n'ait plus été exigée, l'équivoque n'étant pas complètement dissipée.

---

[1] *Voir loi du 30 octobre 1946 (art. 77) et arrêté du 24 juillet 1956 (art. 10) en matière d'AT/MP ; arrêtés des 27 mai 1945 (art. 5) et 31 août 1955 (art. 5) en matière d'AS.*

Les juges du fond ont donc de nouveau affirmé n'être pas liés par l'avis en énonçant que l'assuré pouvait être condamné au paiement des frais s'il ressortait de la rédaction du rapport de l'expert que la procédure avait été abusivement sollicitée[1], et de façon plus générale et plus juste qu'en cas de contestation manifestement abusive les honoraires et les frais pouvaient être mis à la charge de la victime[2].

Et la Cour de cassation les a approuvés en retenant que l'affirmation par le médecin expert qu'une contestation était manifestement abusive ne pouvait être acceptée sans contrôle par eux, l'avis de l'expert n'ayant de force particulière que dans le domaine de la technique médicale et non quand il s'étend à la nature de la contestation et à son caractère abusif, laissés d'abord à l'appréciation de la caisse qui peut saisir la juridiction.

Cette dernière a donc seule qualité pour prononcer la sanction demandée par la caisse et nécessairement le droit de rechercher si la contestation était manifestement abusive[3], la caisse devant faire constater ce caractère abusif par la juridiction compétente[4].

- En l'absence d'avis de l'expert, qui n'est donc plus nécessaire, la caisse demeure bien sûr toujours fondée à saisir la juridiction du seul fait qu'elle estime la contestation abusive et on peut donc penser que ce droit lui laisse la possibilité d'interroger l'expert à ce sujet, en incluant la question dans le protocole d'expertise. Mais la réponse de l'expert ne peut, en tout état de cause, que constituer un élément indicatif pour la caisse quant à l'opportunité de saisir la juridiction laquelle, appréciant souverainement la situation, ne peut imputer à la charge de la victime que les seuls frais visés à l'art. R. 141-7 CSS à l'exclusion de toute autre sanction, ce qui n'est donc pas le cas quand l'expertise est ordonnée par le juge dans le cadre d'une procédure contentieuse.

B/ <u>Cas où l'expertise est ordonnée par la juridiction</u>

- Les textes successifs sur le contentieux de la SS ayant prévu l'application de la PEM au cas de DOM survenant en cours d'instance, il en est résulté que les frais d'expertise sont établis sur les bases énumérées par l'art. R. 141-7 CSS (issu du D. du 07 janvier 1959) et l'arrêté ministériel pris pour son application en date du 06.06.1963 (JO du 22 juin) pour la fixation des honoraires du médecin expert et de ses frais éventuels de déplacement.

Ces dépenses, y compris celles non expressément visées par les textes faisant référence à cet arrêté[5], c'est-à-dire les honoraires du MT en cas d'AT/MP et ses frais de déplacement, ainsi que les frais d'examens complémentaires, ne peuvent qu'être incluses dans les "dépenses de toute nature" que visait l'art. 58 du D. du 22 décembre 1958"… et notamment les frais… d'expertise qui n'ont pas été mis expressément à la charge d'une partie ou d'un organisme par une disposition particulière et qui étaient, ou bien réglés directement par les caisses nationales des régimes concernés, ou bien avancés par les caisses locales et remboursés par ces caisses nationales".

---

1 *CPI de Boulogne-Sur-Mer, 15 décembre 1960, C… c/CPSS Boulogne-Sur-Mer BJ FNOSS n°11-961.*

2 *CPI de Longwy, 15 octobre 1962 BJ FNOSS n° 5-1963.*

3 *Cass. civ. 2ème 13 décembre 1961 – BC II 864 et 865 ; Cass. civ. 2ème 2 avril 1963 – BC II 318 et BJ FNOSS n°45-1963.*

4 *Lettre ministérielle du 13 juin 1966 BJ FNOSS n° 20-1965.*

5 *Art. 9 et 11 arrêté du 28 avril 1959 (pris en application de l'art. 58 D. 22 décembre 1958) relatif aux frais de contentieux général et abrogés par arrêté du 3 juillet 2003, puis D. 3 juillet 2003 (art. R. 144-7-3 et 7-5 al. 2 devenus art. R.144-14 suite D. 29 septembre 2005 qui a supprimé la section intitulée "gratuité de la procédure" dont les dispositions ont été incluses dans la section propre aux dépenses de contentieux).*

Cet art. 58 (à l'origine des art. L. 144-5 et R.144-11 CSS) reprenait donc le principe de base qu'avait énoncé l'art. 31 de la loi fondamentale du 24.10.1946 sur le contentieux de la SS et selon lequel, outre que la procédure était gratuite et sans frais, les dépenses de contentieux étaient supportées par les organismes centraux des régimes concernés, l'abus de droit y trouvant normalement sa place pour tempérer le principe et sanctionner le malade ou la victime au paiement de ces frais, au cas de procédure manifestement frustratoire, puis de recours jugé dilatoire ou abusif selon l'art. 57 du même décret (à l'origine de l'art. R.144-10 al. 3 CSS).

Les frais d'EM naturellement inclus dans les frais de contentieux général et leur identité bien établie, il n'y aurait donc d'autres remarques à faire que celles que nous avons énoncées à propos de l'expertise demandée aux caisses et le lecteur pourrait même s'interroger sur le pourquoi de la distinction que nous avons établie n'était-ce, rappelons-le, que le législateur devait se montrer d'une sévérité particulière pour l'expertise contentieuse.

On pouvait en effet se demander si le principe de base de la gratuité de la procédure et de la PEC des frais par les régimes sociaux n'était pas, désormais, une exception au principe purement civiliste selon lequel les dépenses sont à la charge de celui qui succombe, avec paiement d'un droit et même force amendes au cas d'abus de droit, ce caractère exceptionnel trouvant ici une forme particulièrement achevée quand l'expertise médicale est ordonnée par la juridiction alors même que celle ordonnée par la caisse échappe à toute sanction.

• Il faut justement rappeler que le même art. 31 de la loi du 24 octobre 1946 sur le contentieux, modifié par l'art. 2 du D. du 20 mai 1955 remédiant à l'imprécision du texte, n'avait pas retenu les frais de l'EM visés à l'art. 22 de la même loi, c'est-à-dire issus de celle ordonnée par la juridiction en cas de DOM survenue en cours d'instance, au rang des dépenses pouvant être mises à la charge de l'assuré ou de la victime au cas de recours jugé dilatatoire ou abusif, mais seulement les frais d'enquête ou d'expertise visés à l'art. 23 de la loi, s'agissant de simples mesures d'instruction à la discrétion du juge au sens des dispositions du code de procédure civile (CPC).

Et ce n'était pas là une simple absence, comme d'aucuns ont pu le penser, et qui aurait cependant permis de condamner le malade ou la victime aux frais de l'expertise médicale[1] mais la volonté délibérée, l'EM étant toujours ordonnée obligatoirement par le juge de façon essentielle pour la solution du litige, avec valeur de décision sur le fond, de la faire échapper au recours jugé dilatoire ou abusif et à ses effets, en corollaire de celle ordonnée par la caisse, l'art. R.141-7 CSS ne visant que la contestation du malade ou de la victime…

Et les mêmes auteurs du D. du 22 décembre 1958 (art. 57 devenu R.144-10 al. 3 CSS) abrogeant la loi du 24 octobre 1946 et son art. 31 modifié (alors codifié art. 225 CSS) devaient, de façon peu scrupuleuse nous semble-t-il, inclure les frais d'expertise médicale dans les dépenses pouvant être mises à la charge du malade ou de la victime au cas de recours jugé dilatoire ou abusif, alors que l'expertise ordonnée par la caisse y échappait. Elle était même plus sévèrement sanctionnée que celle demandée à la caisse, pour laquelle la contestation devait être manifestement abusive, et surtout, tomber sous le coup d'une amende assez lourde, au taux prévu par l'art. 471 puis 559 CPC… et aussi, indépendamment de tout recours dilatatoire ou abusif, d'une faute d'une partie pouvant conduire à mettre les frais à sa charge.

• Des textes ultérieurs devaient imposer, pour tout appelant qui succombait, fut-ce du chef d'une EM, le paiement d'un droit (ne pouvant dépasser 1/10^{e} du montant du plafond mensuel pour le calcul des cotisations de SS) sauf dispense expresse figurant dans la décision (art. 23 du D. du 18 mars 1986) et en outre, pour toute partie qui succombait du chef de la nouvelle expertise demandée et ordonnée par la juridiction en application de l'art. L. 141-2 modifié CSS, la charge des honoraires et frais de la nouvelle expertise sauf décision motivée du tribunal pouvant mettre la totalité ou une fraction de ces frais à la charge d'une autre partie (art. 5 du D. du 19 mai 1992), cet ensemble codifié sous l'art. R. 144-6 al. 2 et 3 (devenu art. R. 144-10 al. 2 CSS) suite à la

---

[1] *A. CHAZAL "L'expertise médicale dite technique en matière de sécurité sociale", thèse 1966 Clermont-Ferrand n° 712 et 713 p. 321.*

suppression par D. du 29 septembre 2005 de la section intitulée "gratuité de la procédure" dont les dispositions ont été incluses dans la section propre aux dépenses de contentieux.

• Ce "sort" réservé aux frais de l'EM dont nous avons souligné le caractère essentiel pour la juridiction est d'autant plus fâcheux que la DOM survenant en cours d'instance n'est souvent que le rebondissement de la difficulté ignorée (ou tue) comme telle au niveau de la caisse et orientée vers le contentieux général[1], la juridiction recourant alors à la PEM sans que l'appelant ne l'ait pour autant expressément sollicitée, et que la demande de nouvelle expertise par une partie ne lie pas le juge qui ne peut d'ailleurs y recourir, selon la jurisprudence actuelle, que dans le cas où la première expertise s'avère insuffisante pour solutionner le litige, ne s'agissant pas à vrai dire d'un autre avis.

Il y a lieu de rappeler à ce sujet que l'expertise ordonnée par la caisse au cas notamment de divergence entre le MC et le MT sur l'état de la victime ou du malade, n'est pas visée par les textes, qui n'envisagent que la requête de ces derniers eux-mêmes.

Il paraît souhaitable, quand ce sont les juges qui décident d'y recourir qu'ils tiennent compte, le cas échéant, de ces réalités lors de la liquidation et de l'imputation des frais.

Ainsi s'achève la première partie de notre ouvrage consacrée au domaine et à la réalisation de l'EM.

Et s'impose donc, eu égard notamment au caractère exorbitant de la PEM et à la force probante de l'avis de l'expert, avec les risques et aussi les exigences qui en résultent, la question de la portée de cet avis qui, au fond, n'a jamais pu échapper, tel un "électron libre", à tout recours.

Et au "jeu de pouvoirs" entre le juge et l'expert qui en est inévitablement résulté, ce n'est pas tant une insuffisance de la législation qui a dominé, et à laquelle le juge aurait remédié, pour mieux garantir les droits du malade ou de la victime, que le prix à payer par l'EM pour être admise dans le giron de la procédure civile.

L'existence même de l'EM n'en demeure pas moins "précaire", même si le fait que l'avis de l'expert ne s'impose plus à la juridiction peut contribuer au maintien de la procédure, et il nous est apparu impossible de ne pas poser, corrélativement à la question de la portée de l'avis, celle de l'avenir de l'EM, ce qui fera donc l'objet de la deuxième partie de notre ouvrage.

---

[1] *Voir supra chap. I – section II.*

DEUXIEME PARTIE

P O R T E E D E L ' A V I S DE L ' E X P E R T
E T A V E N I R
D E L’E X P E R T I S E M E D I C A LE

En posant la question de la portée de l'avis de l'expert, assortie de celle de l'avenir de l'expertise médicale (EM), nous insinuons bien que cet avis revêt une force probante que n'a pas celui de l'expert judiciaire[1], à l'égard duquel le juge possède une entière liberté d'appréciation selon le principe de la procédure civile mais que, corrélativement si l'on peut dire, l'expertise pourrait être menacée dans son existence même en ce sens que le juge retrouverait peu à peu et tôt ou tard la plénitude de ses pouvoirs en la matière.

Un peu comme si l'histoire, quelles que puissent en être les raisons, et elles sont nombreuses, voulait rendre à ces juges ce qu'elle leur avait confisqué en d'autres temps et circonstances face à une procédure "exorbitante", n'était-ce que l'EM, au fil du temps, a acquis, pensons-nous, ses "lettres de noblesse".

C'est bien là que se situe l'épicentre de notre travail, et il faut remonter l'histoire propre de l'EM si l'on veut comprendre, dans cette confrontation de deux thèses où, d'une part, l'intention était de faire de l'EM la charte de tout litige tandis que, d'autre part, les magistrats n'eurent de cesse que d'intégrer dans les débats le régime de l'expertise judiciaire, avec quelle acuité, au travers de critiques de toutes sortes et de difficultés innombrables avec une jurisprudence plus qu'abondante, a pu se poser la question de la portée de l'avis de l'expert, doté de sa force probante mais qui ne s'impose plus au juge, et au fond, celle de la légitimité de l'EM (chap. I).

Et peut alors par suite être posée, en définitive, la question de l'avenir de l'EM, l'exception du régime inspiré des règles de l'expertise judiciaire et du CPC, pour le règlement des litiges médicaux en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle (AT/MP) dans le domaine agricole, y aidant (chap. II).

---

[1] *Voir supra Chap. II – Section I - § 1, art. 232 à 248 et 263 à 284-1 CPC.*

CHAPITRE I

L A P O R T E E D E

L' A V I S D E L'E X P E R T

L'appréciation de cette portée a révélé une ambiguïté fondamentale qui imprègne encore de nos jours la procédure, en ce sens qu'on a pu penser que l'avis de l'expert ne pouvait faire l'objet d'aucun recours et que la jurisprudence puis les textes, qui ont subordonné la validité de l'expertise à des conditions substantielles, ne visaient qu'à combattre ce caractère exorbitant, alors qu'en fait, jamais les créateurs de l'expertise médicale (EM), en 1945, n'ont entendu que la procédure qu'ils créaient échappât à tout contrôle, l'avis de l'expert alors livré tel quel au juge pour qu'il en tire les conséquences juridiques.

Cette ambiguïté, qui s'est avérée lourde de conséquences, tant sur la procédure elle-même que sur le fond, doit à nos yeux être expliquée (Section I), si l'on veut bien comprendre la signification des conditions substantielles qui ont été posées pour que l'avis conserve sa force probante (Section II) et les innombrables difficultés qui ont pu naître quand il s'est agi des mesures à prendre au cas où ces conditions faisaient défaut (Section III), sans compter celles qui sont nées de la confrontation de l'avis de l'expert à une demande de nouvelle expertise ou à la présomption d'imputabilité en matière d'accident du travail/maladie professionnelle (AT/MP), mettant en jeu le pouvoir traditionnel des juges, notamment quant à l'appréciation du caractère professionnel de l'accident ou de la lésion (Section IV).

SECTION I – UN AVIS DOTE D'UNE FORCE PROBANTE SANS PREJUDICE DE RECOURS

• Nous rappellerons que l'avis de l'expert fut considéré comme "sans recours" dès lors que l'art. 99 ord. 19.10.1945 prévoyait le règlement des contestations d'ordre médical (COM) "dans les conditions prévues à l'art. 33".

Ce dernier, propre à l'assurance longue maladie, imposait, en dehors de toute phase contentieuse, un examen spécial du malade par le médecin-conseil (MC) et le médecin traitant

(MT) en vue de déterminer le traitement dont ce malade devait faire l'objet et, au cas de désaccord, l'intervention d'un expert désigné d'un commun accord par les deux praticiens et, à défaut, par le DRS sur une liste établie par lui-même, cet art. 33 précisant que l'avis ne pouvait faire l'objet d'aucun recours.

Il est évident que cet emprunt à l'art. 33 ne pouvait viser que les conditions de règlement de la divergence entre le MC et le MT par un expert, comme après l'échec de l'examen spécial, et non pas cet examen lui-même.

Nous avons déjà évoqué, à propos des conditions de réalisation de l'examen du malade ou de la victime[1], comment doctrine et jurisprudence, outre qu'elles infligèrent sans autre considération le caractère de "sans recours" de l'avis de l'expert pour le traitement du malade en matière d'assurance longue maladie (ALM), à l'avis de l'expert technique, qu'elles qualifièrent même, ironiquement et maladroitement, "d'Expert 33", faisant littéralement fondre l'entier contenu de l'art. 33 sur les contestations d'ordre médical (COM) visées à l'art. 99, purent penser que l'examen spécial avait pu faire partie de la procédure d'expertise médicale (PEM).

C'était à la "faveur" de la suppression de l'ALM et donc de l'abrogation de l'art. 33 par le D. 20.05.1955, qui édictait un nouvel art. 99, la doctrine s'interrogeant tout de même sur le bien-fondé de cet examen[2].

Avant ce nouvel art. 99 issu du D. précité et recomposé faute de référence possible à l'art. 33, uniquement pour reprendre le principe de l'expertise à son propre compte, à l'exclusion de toute modification de procédure, et donc sans l'examen spécial resté propre à la détermination du traitement du malade, désormais dans le cadre des ALD, les auteurs de la loi du 30.10.1946 sur les AT/MP (art. 27 et 45) avaient fait preuve de concision en excluant, dans leur référence à l'art. 33, l'al. 1er consacré à cet examen spécial, pour ne viser que l'expertise au cas de désaccord entre le médecin-conseil (MC) et le médecin traitant (MT) sur l'état de la victime et son caractère de "sans recours".

Mais la Cour de cassation elle-même et en la matière, devait succomber, comme le commentateur de son arrêt d'ailleurs, puisqu'elle faisait de cet examen spécial "une garantie essentielle des droits de la défense", dont l'inobservation entraînait l'inopposabilité de la décision de la caisse à l'égard de la victime et même la possibilité de recours à une nouvelle expertise[3].

Et l'avis de l'expert ne devait son salut en la matière qu'à la découverte, un peu tardive, par la Cour de cassation de la correcte compréhension du texte par les auteurs de la loi précitée, non sans qu'il en soit résulté pour autant, ce que laisse bien entendre la rédaction des arrêts, que l'examen spécial était applicable dans le domaine des contestations sur l'état du malade et il eut été préférable que la motivation de ces arrêts retînt que l'examen spécial était étranger à la procédure d'expertise médicale (PEM)[4], tous risques confondus.

On ne remerciera jamais assez les auteurs du D. du 20 mai 1955 pour avoir, même involontairement, mis fin à cette invraisemblable thèse, et le lecteur comprendra que nous ayons réitéré notre souci de ne pas la laisser subsister, quand l'avis de l'expert avait pu ainsi être privé de toute portée du fait du défaut de cet examen spécial…

- Restait donc à savoir, dans ce contexte d'un emprunt de l'expertise de l'art. 33 par l'art. 99 ord., ainsi rendu confusionnel et qu'il nous fallait bien préciser, ce qu'il advenait, à l'égard des COM, du "sans recours" de l'expertise thérapeutique visée à cet article 33, laquelle ne visait,

---

1 *Voir supra 1ère partie – Chap. III – Section I – § 2 – a/.*

2 *R. LINDON, "L'Expert 33 en matière de sécurité sociale", JCP 1958 , doctrine 1412 préc.*

3 *A.J.L.B. , "L'expertise médicale de l'art. 33 de l'ord. 19 octobre 1945 applicable aux AT : un exemple de jurisprudence", sous arrêt cass. 28 juillet 1951 JCP 1952, doctrine 972 préc. ;BC III – 633.*

4 *Cass. soc. 18 novembre 1954 BC IV-723 ; Cass. soc. 8 décembre 1955 BC IV-886 ; Cass. soc. 24 mai 1956 BC IV-485 ; Cass. soc. 28 juin 1956 BC IV-597; Cass. soc. 4 octobre 1956 BC IV-708 ; Cass. soc. 3 mai 1957 BC IV-506 tous préc.*

répétons-le, qu'à régler d'office la divergence entre le MC et le MT sur le traitement du malade en matière d'ALM, trouvant ses modalités d'application dans le règlement intérieur des caisses primaires (RICP) propre au service des prestations, tandis que l'art. 99, inséré dans un chapitre intitulé "Contentieux et Pénalités" prévoyait les siennes dans un texte propre aux COM qu'il visait[1].

Bref, l'expertise applicable à ces dernières ne pouvait que se situer à un autre niveau juridique, mettant en jeu l'existence même d'une prestation, tandis que l'expertise thérapeutique n'avait trait qu'à la mise en œuvre d'une assurance en principe non contestée comme telle si ce n'était son contenu, d'où l'indication de l'absence de recours, et on comprend que les auteurs du nouvel art. 99 sur les COM n'aient pas repris, de même qu'ils le firent pour l'examen spécial, la mention que l'avis de l'expert ne pouvait faire l'objet d'aucun recours, ainsi que les auteurs de l'arrêté d'application du 31.08.1955 modifié, et il est permis de se demander si une telle assimilation de l'expertise médicale à l'expertise thérapeutique sans recours a jamais été possible.

Il est vrai que l'assuré put toujours contester l'application faite par la caisse de l'avis de l'expert selon les deux arrêtés susvisés et, en matière d'AT/MP, la victime pouvait contester, outre cette application, la régularité même de l'expertise selon l'arrêté du 24.07.1956 lequel ne mentionnait pas davantage le "sans recours"[2].

Il était donc patent que les instigateurs de la PEM n'avaient visiblement jamais entendu faire fi de toutes les garanties offertes aux assurés, au regard des principes généraux d'équité qui doivent présider au déroulement de toute procédure contradictoire, et que l'avis lui-même, s'il ne pouvait normalement être remis en cause, ne pût faire l'objet d'aucun recours !

La perception de ces nuances aurait sans doute permis d'éviter des considérations peu opportunes et réductrices, comme celles :

"Que l'Expert 33, cette désignation chiffrée évoquant celle que certaines sociétés philosophiques réservent aux membres d'un rang élevé, n'était-il pas à leur image un technicien à qui sa science majeure lui valait d'occuper, dans la hiérarchie judiciaire, une place privilégiée ?"[3]

Ou :

"Que la loi du 30 octobre 1946 et l'ord. du 19 octobre 1945 pouvaient être critiquées comme anticonstitutionnelles, le pouvoir judiciaire étant amputé au profit de l'expert de son indépendance de décision et que la législation de sécurité sociale avait consenti de façon permanente et indéterminée au profit d'un expert une délégation de pouvoirs du juge"[4], trop de commentateurs ayant en effet exagéré la portée des résultats de l'expertise technique.

• Les auteurs du D. du 07 janvier 1959[5] (aujourd'hui art. L. et R. 141.1 et suiv. CSS) ne devaient pas, eux non plus, reprendre la formule en disposant que, lorsque l'avis avait été pris

---

1 *Arr. du 27 mai 1946 puis arr. du 31 août 1955 modifié à la suite du nouvel art. 99.*

2 *Mais le D. 13 août 1955 à l'origine de cet arrêté et homologue du nouvel art. 99 de l'ord. 19 octobre 1945, créait un art. 27bis dans la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP pour tenir compte de l'abrogation de l'art. 33, reprenant à son compte propre le principe de l'expertise médicale tout en mentionnant l'absence de recours possible, ses auteurs sans doute influencés par le RICP propre aux AT/MP dont l'art. 100 mentionnait que l'avis de l'expert n'était pas susceptible de recours.*

3 *R. LINDON, avocat général à la Cour de cassation, "L'Expert 33 en matière de sécurité sociale" JCP 1958 doctrine 1412 préc.*

4 *"Nouveaux aperçus sur les méfaits de l'expertise médicale dite technique en matière d'AT", par P. DOURIEZ dans le Concours Médical en date du 2 août 1958 p. 3601 et s.*

5 *Qui abrogèrent donc les art. 99 ord. 19 octobre 1945 et 27bis loi 30 octobre 1946 qui avaient été codifiés art. 402 et 486 CSS, en unifiant les procédures.*

dans certaines conditions fixées par le décret et notamment celles de l'art. 5, il s'imposait à l'intéressé comme à la caisse et à la juridiction compétente, s'inspirant visiblement de l'abondante jurisprudence qui s'était développée, dans le "silence" des textes.

Et on peut être tenté de penser "qu'il allait sans dire que la procédure n'était valable et efficace que dans la mesure où ses règles étaient respectées, mais le nombre des instances où les effets de l'expertise étaient en cause conduit à répondre que le fonctionnement de l'institution eût été meilleur en le disant"[1].

Monsieur le Professeur SAVATIER nous paraît avoir réalisé une analyse remarquable du rôle du médecin expert et de sa compatibilité avec les prérogatives du juge en considérant :

"Que la mission de l'expert avait deux faces et que sur le plan technique, entre les deux parties, c'était un arbitre, et sur le plan juridique un informateur décisif"[2].

L'auteur rappelle qu'invité à trancher entre le médecin-conseil et le médecin traitant, défenseurs techniques de la caisse et du malade, d'après un protocole, véritable compromis comportant leurs avis respectifs et assortis de leur possibilité d'assister à l'expertise réalisée par l'examen du malade, et désigné par eux, l'expert rend alors une décision qui s'impose définitivement aux parties et que c'est donc par voie de conséquence que son avis s'impose à la juridiction.

Car, poursuit l'auteur, "l'arbitrage du médecin expert ayant souverainement tranché une question préjudicielle médicale, sa sentence vaut alors chose jugée entre les parties, s'imposant donc à la juridiction saisie ensuite des conséquences d'un fait réputé acquis à condition toutefois, note l'art. 7 (celui du D. du 07 janvier 1959), devenu art R. 141-2 CSS, que les conditions substantielles légales de la désignation de l'expert technique et du déroulement des opérations aient été observées. La question médicale étant réputée tranchée, le juge n'a plus à connaître que de ses conséquences juridiques".

Et il ne nous paraît pas souhaitable de nous étendre sur les innombrables décisions qui se sont limitées à la simple énonciation d'un principe "d'irréfragabilité" qui ne visait qu'à rappeler la force probante donnée à l'avis de l'expert, et nous préférons mentionner celles qui ont traduit le souci des juridictions de tracer des limites à cette force particulière donnée à l'avis de l'expert.

- Certes, à la suite de la loi du 23 janvier 1990, modifiant l'art. L. 141-2 CSS, en énonçant que le juge pouvait, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise, et que l'avis de l'expert ne s'imposait plus à la juridiction compétente, on pouvait penser que c'en était donc terminé de la force probante de l'avis de l'expert à l'égard du juge.

Cette loi n'intervenait-elle pas d'ailleurs après que de nouvelles critiques peu opportunes aient été formulées, comme celles qui qualifiaient l'EM de "monstruosité juridique"[3] ou avaient estimé "contraire à l'équité comme aux principes élémentaires du droit que, contre un acte qui n'émane pas d'une autorité administrative et qui peut porter au malade un préjudice grave, celui-ci soit dépourvu de toute possibilité de recours"[4] ?

Mais en fait, l'étau du "sans recours" déjà largement desserré, il ne pouvait qu'en être de même pour la force probante de l'avis de l'expert sous peine d'en revenir au droit commun et de supprimer tous les avantages de la procédure quand il ne s'agissait que de trouver des remèdes à

---

[1] *A. CHAZAL : "l'expertise médicale dite "technique" en matière de sécurité sociale", thèse 1966 Clermont-Ferrand p. 346.*

[2] *Note sous décision de la CPI de Limoges 7 novembre 1958, Dalloz 1958 – J 424. Dans l'espèce rapportée, le caractère équivoque des conclusions de l'expert avait conduit la commission à exiger la communication du rapport d'expertise, ce qui avait posé le problème, crucial encore, du secret médical que l'auteur aborde également et que nous avons nous-mêmes abordé, voir supra 1ère partie – Chap. III – Section II - § 3.*

[3] *Appellation prêtée à la FNATH selon Mémoire de J. MATHIEU, Rennes 1988, "l'expertise médicale prévue à l'art. L. 141-1 CSS", p. 46 et 47.*

[4] *Rapport du médiateur de la République 1982, proposition STR 82-57.*

ses inconvénients, ainsi qu'en témoignent les débats à l'Assemblée Nationale où le Ministre de la Solidarité et de la Protection Sociale remarquait :

"La commission souligne à juste titre le caractère exorbitant du droit commun de la procédure prévue à l'art. L. 141-1 CSS et sa proposition de supprimer le caractère irréfragable de l'expertise pour la juridiction compétente peut être acceptée par le gouvernement, mais il paraît cependant nécessaire d'essayer de limiter la multiplication des expertises et des contre-expertises au détriment des assurés sociaux eux-mêmes qui verraient ainsi s'allonger les délais de décision… C'est pourquoi le gouvernement a déposé un amendement qui, tout en supprimant le caractère irréfragable de l'expertise à l'égard du juge, donne à ce dernier un pouvoir d'appréciation pour les contre-expertises n'intervenant, sur demande d'une partie qu'à bon escient, ce qui préservait au mieux l'intérêt des assurés", et où Monsieur J. Cl. BOULAND observait :

"Ce qui est dérogatoire au droit commun, c'est que l'expertise s'impose au juge. En revanche, il est raisonnable de prévoir des dispositions limitant le recours aux expertises afin de ne pas trop allonger la durée des procès. Le fait que la remise en cause du rapport de l'expert soit subordonnée à la fois à la demande d'une partie et à l'appréciation du juge paraît un assez bon compromis entre le retour au droit existant et un système ouvrant la voie à un excès de procédure"[1].

De fait, même si l'avis de l'expert ne s'impose plus au juge, il ressort des premiers arrêts de la Cour de cassation que le nouveau dispositif ne paraît pas, pour l'heure tout au moins, avoir modifié radicalement l'étendue des pouvoirs du juge ni la force particulière de l'avis de l'expert.

La Cour a en effet estimé que du moment que l'avis était clair et précis, sa régularité n'étant pas contestée et en l'absence de demande de nouvelle expertise, il s'imposait aux parties et, par suite, au juge[2] qui est donc fondé à refuser la nouvelle expertise[3] et, qu'au cas où l'avis serait dépourvu de ces qualités de clarté et de précision , le juge ne peut se prononcer lui-même sur la question, ni recourir à une expertise judiciaire de droit commun mais seulement à un complément d'expertise ou à une nouvelle expertise, si une partie en a fait la demande[4].

La nouvelle expertise ainsi cadenassée, le critère classique conserve donc tout son impact et le médecin expert continue donc d'être cet "informateur décisif", mais de ce qui concerne le "fait médical", ce qui a conduit un éminent juriste à écrire que :

"Le médecin expert était plus qu'un expert, plus même qu'un arbitre, qu'il se prononçait comme un aimable compositeur", et que son pouvoir constituait "un impérialisme médical"[5], mais n'en illustre pas moins que la compétence de l'expert est strictement limitée à la technique médicale, ce qui fait apparaître les limites de l'information décisive sur lesquelles il n'y a pas lieu, à notre avis, de s'étendre.

En effet, la jurisprudence est bien établie quant à l'impossibilité de régler tout ce qui est extra médical dans le rapport d'expertise, ou sans rapport direct avec l'objet du litige, le médecin expert questionné quant à savoir si l'état du malade constituait ou non une rechute d'un accident du travail (AT) antérieur, ne pouvant conclure qu'on avait eu tort de considérer cet accident comme professionnel, un tel avis allant à l'encontre d'une décision définitivement acquise et ne sachant lier la commission contentieuse[6].

---

1 *JO Débats Assemblée Nationale 2ème séance du 1er décembre 1989 p. 5846 et 5847.*

2 *Cass. soc. 29 janvier 1994 – Dalloz 95 – Sommaire 38 obs. X. PRETOT, RJS/1994 n°321.*

3 *Cass. soc. 27 mai 1993 RJS/1993 n°796.*

4 *Cass. soc. 14 octobre 1993 RJS/1993 n°1141 ; Cass. soc. 9 mai 1994 RJS/1994 n°767 ; Cass. soc. 30 avril 1997 RJS/1997 n°753 ; Cass. soc. 26 juin 1997 RJS/1997 n°1164 ; Cass. soc. 1er avril 1999 BC V-155 ; Cass. soc. 1er février 2000 BC V-56 ; Cass. civ. 2ème 3 mai 2006, NP 04-30715 préc.*

5 *Obs. de M. le Doyen VOIRIN sous 2 arrêts Cass. 5 mai 1961 Droit social 1962 p. 59.*

6 *Commission régionale d'appel de Lyon 1er février 1952 JCP 1952-II-7268.*

De même, questionné de la même façon à propos de maladie professionnelle de saturnisme, l'expert ne pouvait conclure à une rechute provenant non pas de saturnisme mais d'une insuffisance thyroïdienne, la victime continuant alors de bénéficier de la législation sur les AT/MP[1].

Et les juges, s'ils ont, pour fonder leur conviction, la possibilité de rechercher des éléments susceptibles d'éclairer les débats, ne peuvent pour autant donner à un expert la mission de superviser implicitement et pour partie les conclusions de l'expert technique qui attribuait à une intoxication oxycarbonée un caractère lent et progressif, dès lors qu'il n'a jamais été contesté que le travail avait été interrompu pour cause de maladie et qu'il n'a jamais été allégué de l'action soudaine et violente d'une force extérieure ayant provoqué l'intoxication, constitutive comme telle d'un AT[2].

L'avis de l'expert ne peut donc que s'imposer lorsque ses conclusions répondent clairement à la question posée, indépendamment d'une appréciation portée sur un point étranger à sa mission[3], et la caisse ne saurait écarter une expertise dont il n'est ni démontré ni soutenu qu'elle ne répondait pas aux exigences de l'art. R. 141-1 et suivants CSS et en provoquer une nouvelle, sous quelque prétexte que ce soit, les considérations par lesquelles l'expert a cru devoir envisager la date de reprise de travail alors que la question ne lui avait pas été posée, étant surabondantes et étrangères au litige[4].

• Reste que jamais les créateurs de la PEM, en 1945, n'ont entendu que l'expertise fût livrée telle quelle aux juges pour qu'ils en tirent les conséquences juridiques, une jurisprudence considérable s'étant développée dans le silence des textes sur certaines conditions de forme visées dans la procédure et sur des conditions de fond d'origine jurisprudentielle dont le défaut fut considéré comme pouvant affecter la régularité de l'avis. Les auteurs du D. du 07 janvier 1959 devaient toutefois se limiter à transcrire dans le texte les conditions de forme auxquelles devait répondre l'avis pour qu'il s'imposât, mais la jurisprudence continuait alors d'imposer les conditions de fond qu'elle avait elle-même instaurées.

Il va de soi que face à ce souci de tracer des limites à la force probante de l'avis de l'expert, toutes les irrégularités n'ont pu avoir la même incidence et la jurisprudence a été amenée à distinguer entre les formalités substantielles et non substantielles.

Cette distinction existe en effet dans toute procédure, les règles qui régissent cette dernière ne pouvant toutes être considérées comme ayant la même importance, en ce sens que certaines doivent être rattachées aux principes fondamentaux qui garantissent le libre exercice des droits de chaque partie et supposent donc un respect incontournable. Et d'autres peuvent être considérées, au contraire, comme moins importantes, leur inobservation ne constituant pas un vice rédhibitoire susceptible de dénaturer substantiellement la procédure et de porter atteinte aux intérêts des parties.

Et même si l'art. L. 141-2 CSS ne fait plus de distinction entre les formalités requises, comme le faisait le D. du 07 janvier 1959 dont il est issu, pour que l'avis conserve sa force probante, la jurisprudence a toujours eu le souci des réalités et de ne pas entraver le fonctionnement d'une institution visant le règlement rapide des litiges en admettant cette distinction classique.

Mais ne nous attardons pas sur cette dernière pour la raison essentielle que, en dehors des brefs délais considérés comme non prescrits à peine de nullité, sauf violation des droits de la défense, toutes les formalités aussi bien que les qualités intrinsèques que devait revêtir l'avis, notamment être clair, précis, dépourvu d'ambiguïté, et être complet et définitif, ont dans l'ensemble, non sans d'innombrables difficultés, loin d'être résorbées, eu une incidence, au cas de défaut, sur la validité de l'expertise.

---

1 *Cas. soc. 29 mars 1955 BC IV-313.*

2 *Cas. soc. 10 juin 1954 BC IV-395.*

3 *Cas. soc. 7 novembre 1984 FERRON c/CPAM Marne.*

4 *Cour de Versailles, 1er mars 1994, DA SILVA FREITAS c/CPAM Yvelines.*

Il est vrai que la PEM revêt un caractère d'ordre public, la violation de ses formalités ou de ses règles de fond pouvant être invoquée en tout état de cause et ayant fini par entraîner la nullité, celle-ci ne fut-elle pas prévue par un texte et n'eut-t-elle pas causé de grief.

Au contraire, en matière d'expertise judiciaire, seules les irrégularités de fond échappent à cette double exigence, et si la nullité peut être prononcée sans texte pour l'inobservation des formalités substantielles d'ordre public, encore faut-il toujours prouver un grief[1].

SECTION II – LES CONDITIONS SUBSTANTIELLES DE VALIDITE DE L'EXPERTISE

Il ne nous paraît pas nécessaire de reprendre, à ce stade, l'examen de l'ensemble de la réglementation exposé dans la première partie de notre ouvrage, si ce n'est de procéder à un rappel sommaire des diverses phases de la procédure et à une appréciation critique de leur caractère substantiel dégagé par la jurisprudence, sous le titre des conditions formelles de régularité de l'avis de l'expert (§ 1er).

Nous serons nécessairement un peu plus prolixes sur les conditions substantielles de fond, c'est-à-dire tenant à la qualité objective de l'avis de l'expert que, rappelons-le, le législateur n'a pas abordées, et qui sont donc d'origine exclusivement jurisprudentielle, et répondant en quelque sorte aux qualités intrinsèques que doit revêtir l'avis (§ II).

§ 1 – Les conditions substantielles de forme

Nous les aborderons au travers de la distinction retenue dans la première partie de notre ouvrage entre l'organisation de l'expertise et l'expertise elle-même, en distinguant les conditions substantielles correspondant à la phase préparatoire de l'expertise, c'est-à-dire les conditions de désignation de l'expert (A/), l'établissement du protocole d'expertise et de la mission de l'expert (B/), celles correspondant à l'expertise elle-même (C/) et celles afférentes aux suites de l'expertise qu'on peut ramener à l'établissement et à la communication des conclusions et du rapport d'expertise (D/).

A/ Les conditions substantielles de la désignation de l'expert

Il paraît évident que la désignation de l'expert constitue une formalité essentielle qu'on peut appréhender en deux composantes, celle afférente à l'intervention du MC et du MT, pour l'exercice de ce choix d'une part, et celle afférente au choix lui-même de l'expert d'autre part.

Il s'agit en effet de choisir l'homme de l'art, le technicien chargé d'apporter la solution médicale du litige, en tant qu'informateur "décisif" par un concours de volontés des deux médecins, l'un représentant technique du malade ou de la victime, l'autre représentant les intérêts de la caisse, et dont les avis divergent en principe.

---

1 *Voir art. 175 à 178 CPC avec renvoi aux art. 112 à 121 CPC.*

Par suite, il est difficile de ne pas voir dans les qualités de MC et de MT et dans la qualité de l'expert choisi de leur commun accord (ou par le directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) au cas de désaccord), des conditions substantielles pour que l'avis conserve la force probante dont il est doté.

• Si la qualité de MC n'a que très rarement donné lieu à difficulté, le médecin consulté sur initiative du SCM de la caisse pouvant être assimilé au MC[1], lequel est en principe celui qui en détient officiellement le titre pour participer à la désignation, la qualité de MT ne paraît pas pouvoir être acquise du seul fait du choix effectué par le malade ou la victime lesquels, rappelons-le, lorsqu'ils ont l'initiative de la procédure, ne font qu'indiquer le nom et l'adresse de leur médecin traitant, cette indication ne paraissant pas pouvoir être considérée comme déterminante au point de ne pouvoir donner lieu à discussion et d'exclure une contestation de nature à entraîner la nullité de l'expertise. Mais dans le cadre actuel, cette difficulté peut être atténuée (médecin traitant), par une disposition d'ordre réglementaire (voir art. L. 162-5-3 CSS).

Toutefois, s'il n'existe pas, à notre connaissance, d'exemple de contestation par la caisse du choix fait par le malade ou la victime, il n'en reste pas moins qu'il appartient au MC de rechercher, en tant que de besoin, un choix "consensuel", quand il lui apparaît que le MT choisi de façon "affective", ou parce qu'il est le médecin habituel, ne peut avoir la compétence requise au regard de la technicité des soins litigieux ou de l'appréciation en cause.

D'autre part, le malade ou la victime conteste parfois le choix fait par le MC lorsque c'est ce dernier qui a l'initiative de la procédure, et il peut en résulter la nullité de la procédure dans ce cas également.

On regrettera que l'appréciation de la qualité, substantielle donc, de MT, ait pu être considérée par la Cour de cassation comme échappant à sa censure, quand les juges du fond avaient estimé que le MT retenu était celui qui avait délivré le plus grand nombre de certificats[2], ou comme ayant une base légale quand ces mêmes juges avaient estimé que le MT devait être celui qui avait délivré une ordonnance quelques jours auparavant[3], ou comme découlant du seul changement de procédure et du choix de la victime, qui n'avait pourtant plus l'initiative de cette dernière quelle qu'elle fut, à la suite de l'annulation d'une expertise précédente et du recours à une nouvelle expertise[4].

En effet, il résultait de telles appréciations qu'on ignorait à-peu-près tout du rôle exact des médecins évincés et si, par leurs estimations ou leurs prescriptions, ils n'avaient pas contribué aux soins de façon significative ou étaient à l'origine du litige, ce qui ne saurait satisfaire aux exigences de la procédure.

Il est heureux que la Cour de cassation ait conféré à la qualité de MT, et alors même que c'était le malade qui avait l'initiative de la procédure, la consistance qu'on était en droit d'attendre, quand les juges du fond avaient maintenu le recours de la caisse au médecin prescripteur de la cure thermale, sans tenir compte du changement de MT indiqué par la malade, en considérant "que ce médecin était seul en possession du dossier médical complet et qu'il était le mieux à même, parmi les médecins successifs, d'éclairer l'expert sur l'évolution de l'état de santé de la malade et de l'opportunité des différentes cures thermales qu'elle avait suivies"[5].

On rappellera que la cour de Colmar n'avait pas manqué de fonder son appréciation, pour une question d'imputabilité de l'accident au travail, sur les rôles respectifs des médecins intervenus et notamment de celui "qui, dans le traitement du traumatisme ou de la maladie, s'était formé de ceux-ci la plus exacte image clinique", et débouté la victime qui contestait le choix fait

---

1 *Cass. soc. 24 octobre 1958 BC IV-1103 préc.*

2 *Cass. soc. 7 novembre 1959 BC IV-1101 préc.*

3 *Cass. soc. 20 décembre 1961 BC IV-1081 préc.*

4 *Cass. soc. 17 décembre 1964 BC IV-867 préc.*

5 *Cass. soc. 12 février 1975 BC II-1975 préc.*

par le MC, au profit de son médecin habituel qu'elle estimait comme étant son MT[1], et que la cour de Nancy avait débouté la victime de la même prétention en estimant "que le médecin traitant était, au sens de la procédure d'expertise médicale, celui ayant donné les soins et administré les traitements nécessités par l'affection médicale, maladie ou accident, et dont les conséquences faisaient l'objet du litige"[2].

Mais c'est la cour de Paris qui nous paraît avoir donné la définition la plus significative, dans un cas plus récent où c'était le malade qui avait l'initiative de la procédure, et donc du "choix" du MT, quand elle estimait "que le MT n'était pas nécessairement celui indiqué par le malade mais, de façon générale, celui qui a signé la prescription, objet de la contestation, ou dispensé les soins"[3].

Cette définition ne manque pas de conférer toute la consistance requise à la qualité de MT, dont on peut dégager un critère prééminent, celui de prescripteur des soins ou auteur de l'estimation contestée, sauf au cas où le MT n'a plus la clientèle du malade ou de la victime, car on ne peut faire abstraction de la confiance dont doit bénéficier le MT de la part du patient.

Mais on ne saurait exiger que ce dernier ait prévenu la caisse du changement pour pouvoir obtenir la nullité[4].

C'est en effet au MC qu'il appartient de s'en assurer quand il se met en rapport avec le médecin pressenti, sans qu'il en découle pour autant que le MT retenu soit automatiquement celui désigné, le cas échéant, par le malade ou la victime, s'il apparaît qu'il ne peut revêtir cette qualité, au regard de la définition donnée par la cour de Paris dans son arrêt précité.

• Reste donc qu'indépendamment de leur qualité de MC et de MT, les deux praticiens doivent exercer leur choix d'un commun accord, et on ne peut que conférer à cette exigence un caractère substantiel en vertu du caractère contradictoire de la procédure, ce qui exclut toute action unilatérale à propos de laquelle il avait été prétendu que, dans certaines régions, "le contact entre le MC et le MT ne se réalise jamais"[5].

Si bien, rappelons-le, que "l'expertise pratiquée par l'expert désigné en dehors du médecin traitant", comme celle pratiquée "sans les accords du médecin traitant et du blessé" ne peuvent être qu'irrégulières et encourir la nullité[6].

En dépit de l'absence de tout formalisme quant aux modalités de désignation de l'expert, il ne peut qu'en être de même, l'accord ou le désaccord ne pouvant se présumer sans qu'il en résulte pour autant un renversement de la charge de la preuve, "quand, le MC ayant simplement noté que le MT n'avait pas répondu dans le délai de huitaine à la demande d'accord, ce dernier devait être considéré comme acquis, mais que le dossier ne contenant aucun document établissant que le MC avait bien pris contact de manière utile et effective avec le MT, les droits du malade n'avaient pas été suffisamment sauvegardés, tant pour le choix de l'expert que pour la mission à

---

[1] *Cour de Colmar 12 juillet 1960 (N… c/CPSS et CRSS Strasbourg) – BJ FNOSS n°15-1961 préc.*

[2] *Cour de Nancy 27 novembre 1963 (BEN MOUSSA c/CPSS Longwy) – BJ FNOSS n°34-1965 préc.*

[3] *Cour de Paris 24 février 1998 18ème Ch. B., CPAM Val de Marne c/BADAOUI et autres préc.*

[4] *Cour de Nancy 27 novembre 1963 préc.*

[5] *J. GUTTIERES, B. NICOURT et D. THIEULLET "pour l'humanisation de la Sécurité Sociale", p. 2343 Le Concours médical du 22 avril 1961, préc.*

[6] *Cass. soc. 30 décembre 1954 BC IV-864 préc. ; Cass. soc. 18 décembre 1956 BC IV-953 préc. ; Cass. soc. 15 février 1957 BC IV-125.*

lui donnée"[1], ou, "quand la caisse n'apporte pas la preuve que l'avis du MT a été vainement sollicité pour la désignation de l'expert par le DDASS"[2].

Et, à l'opposé pourrait-on dire, l'expertise ne saurait être annulée, le défaut d'accord ne pouvant qu'être consommé quand il est établi que le MT s'était d'abord refusé à désigner l'un des quatre experts proposés par le MC, puisque le MC avait refusé la désignation de celui proposé par le MT, avant qu'il fût recouru à l'expert désigné par le DDASS à l'époque[3].

Les caisses se doivent donc de ne pas considérer de façon trop hâtive que le commun accord est acquis pour saisir l'expert, ou le désaccord consommé pour saisir le directeur général de l'ARS, et au-delà du cas où l'accord se réalise, le plus souvent spontanément, il leur appartient de recourir à un certain formalisme et notamment à l'interrogation écrite du MT, en l'invitant à répondre dans le délai de huitaine retenu par la jurisprudence et l'Administration[4], et à l'expiration duquel se produit, faute de réponse, le défaut d'accord.

Mais la question fondamentale demeure bien que le commun accord soit réel et pas seulement formalisé par suite d'un rapport de force défavorable au MT, lequel ne doit pas se limiter à avaliser la proposition du MC qui peut s'avérer restreinte ou orientée, si l'on veut que le commun accord soit véritablement "substantiel".

Mais ce disant, nous touchons déjà au problème du choix de l'expert lui-même.

● On rappellera qu'en corollaire de la "souveraineté" du MC et du MT pour le choix de l'expert, les créateurs de l'EM ont posé le principe de leur liberté pour ce choix avec les seules restrictions réglementaires de l'exclusion du médecin ayant déjà soigné le malade ou la victime ou qui est attaché à l'entreprise, ou du MC attaché à l'organisme partie au litige (art. R 141-1 al. 4 CSS), et dont l'inobservation constituerait une irrégularité majeure sanctionnée par la nullité de la procédure.

Cette liberté n'a souffert qu'une brève limitation entre 1986 et 1988 où la référence à une liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de sécurité sociale, nouvellement créée, fut obligatoire pour le choix de l'expert.

En dehors de cette limitation éphémère, il y a lieu d'observer que jamais les deux praticiens n'ont été tenus par une liste quelconque, que ce soit la liste du DDS (puis du DDASS), comme certains auteurs ont pu le croire[5], l'expertise ne pouvant être annulée de ce chef[6], ou par la liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de sécurité sociale, indépendamment de la question du choix de l'expert le plus qualifié pour remplir la mission d'expertise.

Il ne faut donc pas s'étonner que la Cour de cassation, ne s'émouvant jamais du manque d'adéquation de la qualification de l'expert à la nature de l'affection en cause, s'en soit toujours tenue à une position bien prudente du fait qu'aucun texte n'imposait que l'expert fût un spécialiste[7], alors que rien n'interdit au juge de rechercher la qualification adéquate.

Par contre, on peut alors s'étonner qu'après que le législateur ait entendu remédier à ces inconvénients en exigeant que l'expert soit un spécialiste de l'affection en cause, chaque fois que cette dernière se rapporte au diagnostic ou au traitement de certaines affections relevant d'une spécialité médicale (art. 2 du D. du 20 avril 1988 codifié art. R. 141-1 al. 2 CSS), la Cour de

---

1 *Cour de Nancy 16 mars 1960 (BEN MOUSSA c/CPSS Longwy), Bull. inf. CANSSM n°15-1961 préc..*

2 *Cass. soc. 22 mars 1989 BC V-243 préc.*

3 *Cass. soc. 18 juin 1959 4ème espèce BC IV-761 préc.*

4 *Cour de Nancy 16 mars 1960 (BEN MOUSSA c/CPSS Longwy) – bull. inf. CANSSM n°15-1961 préc. ; décision DGSS (4ème Bureau) n°4906 en date du 13 mai 1965, BJ FNOSS n°40-1965.*

5 *Note SAVATIER sous décision CPI Limoges en date du 7 novembre 1958, Dalloz-J 425 préc.*

6 *Cass. soc. 5 novembre 1970 BC V-600.*

7 *Cass. soc. 4 mai 1962 BC IV-399 ; Cass. civ. 2ème 20 novembre 1963 BC II-751 ; Cass. soc. 26 juin 1985 BJ CNAMTS n°10-86 (CPAM… c/M…) tous préc.*

cassation ait cru pouvoir brider ces dispositions dans le pouvoir d'appréciation des juges du fond, en autorisant ces derniers à en exclure l'application s'ils estimaient que "les résultats de l'expertise étaient suffisants pour éclairer le litige et en permettre la solution"[1].

Cette "civilisation" peu orthodoxe de la procédure est d'autant plus critiquable qu'elle est déduite du fait que la caisse n'avait pas contesté la désignation d'un médecin généraliste par les premiers juges, la nullité devant être soulevée avant toute défense au fond, ce qui paraissait suffisant pour la débouter, et qu'en outre ces mêmes juges avaient recouru à une expertise en la forme du droit commun, notamment en désignant eux-mêmes l'expert, ce que seules les parties pouvaient faire, s'agissant bien d'une DOM survenue en cours d'instance, et ce que condamne d'ailleurs la Cour[2].

Il nous paraît souhaitable que ces dispositions soient mises en jeu comme telles, ainsi que l'a bien fait la cour de Poitiers, en considérant qu'il y avait bien lieu d'écarter l'expertise technique dès l'instant qu'il était établi que le médecin expert n'était pas le spécialiste de l'affection en cause relevant d'une spécialité médicale[3].

En définitive, il serait téméraire de ne pas accorder à l'ensemble des dispositions spécifiques qui commandent le choix de l'expert le caractère essentiel et donc substantiel qui est le leur, proprio motu pourrait-on dire, quand on sait que d'éminents juristes considèrent :

"Qu'il peut être fait grief à l'expertise de donner trop de latitude aux juges, notamment pour le choix de l'expert et pour la détermination de sa mission, et qu'on peut considérer que le juge n'est pas le mieux placé pour trouver quelle est la personnalité la plus qualifiée pour remplir la mission d'expertise. En effet, les listes d'experts établies par la cour d'appel et le bureau de la Cour de cassation ne sont pas toujours assez précises quant aux qualifications particulières des techniciens dont le nom a été retenu…"[4].

Indépendamment du fait que nous souhaitons bien que ce soit le juge qui choisisse l'expert quand il fixe la mission, le lecteur appréciera cette opinion à sa juste valeur quand, en l'espèce précitée[5], le juge s'était bien approprié ce choix, sans pour autant s'être soumis aux prescriptions édictées pour garantir la qualification adéquate de celui qu'il désignait et qui, normalement, le prémunissaient contre l'excès de latitude que cette opinion déplore.

Ou alors, on pourrait penser que la tendance serait encore de permettre aux juges de reprendre d'une main ce qu'ils ont dû céder de l'autre…

B/ <u>Les conditions substantielles de l'établissement du protocole et de la mission d'expertise</u>

• Si le "bon choix" de l'expert est primordial, encore faut-il que ce dernier soit saisi de façon aussi précise que possible avec les éléments du litige consignés dans un document officiel, le protocole d'expertise, établi par la caisse elle-même (en fait par le service du contrôle médical) (SCM).

La question médicale n'étant pas détachable de la législation sur le fond de laquelle s'exerce donc l'art du médecin expert, le protocole constitue, par suite, un document médico-légal, en ce sens qu'il doit comporter, outre les questions posées à l'expert, et de par la spécificité de la

---

1 *Cass. soc. 9 mai 1996 RJS/1996 n°850 préc.*

2 *Cass. soc. 13 février 1997 BC V-67 préc ; Cass. civ. 2ème 24 mai 2005 NP 03-30358 préc.*

3 *Cour de Poitiers 13 décembre 1990 MALVEAU c/CPAM Charente-Maritime préc.*

4 *J.F. BURGUELIN, Procureur Général près la Cour de cassation : "Etude et débats – Liberté et expertise – Approche conceptuelle", Le point de vue du magistrat, Revue Experts CEJ Juin 2000 n°47.*

5 *Cass. soc. 9 mai 1996 RJS/1996 n°850.*

PEM, les avis du MC et du MT, dont on sait que ces derniers y ont un rôle prééminent et, le cas échéant, les motifs invoqués par le malade ou la victime (art. R. 141-3 CSS).

La question fondamentale qui se pose ici est bien celle des conditions de l'établissement du protocole et plus particulièrement de la mission de l'expert à l'égard du MT, et la jurisprudence n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur cette question de la communication de ce protocole au MT, sinon pour accord du moins pour avis, étant précisé que les caisses ont pour habitude de le présenter au MT pour signature, établi par elles-mêmes de façon unilatérale et comportant nécessairement les questions posées à l'expert.

Si les exigences du principe du contradictoire et des droits de la défense ont conduit la jurisprudence à conférer au protocole lui-même[1], à l'avis du MC et du MT[2], ainsi qu'à l'énoncé des motifs invoqués par le malade ou la victime[3], un caractère substantiel, sous peine d'inopposabilité ou de nullité de l'expertise, encore que la Cour de cassation se soit contentée de la seule sollicitation de l'avis du MT ou de la seule signature du protocole pour déclarer ce dernier régulier[4], en revanche, pour la mission, le protocole a été considéré comme régulier et l'expertise validée sans autre exigence que sa seule mention par la caisse. Et, à la vérité, n'a jamais été véritablement abordée sinon écartée cette question, fondamentale donc, du caractère contradictoire de la mission, ce qui dépasse largement le seul cadre du protocole au sein duquel cette mission doit figurer.

La question de savoir si les règles générales du droit et de la procédure n'imposaient pas aux caisses l'obligation de communiquer au MT les termes de la mission fut bien posée au Ministre du Travail, mais ce dernier devait s'en tenir aux dispositions en vigueur (art. 4 D. 07.01.1959 codifié art. R. 141-3 CSS), au motif que cette communication ne pouvait qu'alourdir la procédure[5], ce qui laissait bien pendante la question du caractère contradictoire pour la rédaction des termes de cette mission.

• On pouvait alors souhaiter que la Cour de cassation fût appelée à se prononcer pour conduire les caisses à une application équitable des règles édictées. Mais, dans une affaire où la Cour de Lyon avait annulé une expertise technique dans le cadre des régimes spéciaux, au motif que le protocole, et donc la mission, n'avait pas été établi par le directeur départemental de la santé (DDS) (comme c'était le cas pour le seul choix de l'expert quand le MT est attaché à l'entreprise ou à l'organisation spéciale de sécurité sociale), mais par un médecin de l'organisation spéciale de sécurité sociale dont les questions avaient pu manquer d'impartialité[6], elle devait censurer les juges du fond en s'en tenant aux dispositions de l'art. 4 du D. du 07 janvier 1959 quant à l'établissement du protocole par la caisse, "les prestations fussent-elles assurées par l'employeur, la juridiction saisie d'un litige ayant toujours la faculté d'apprécier si la mission confiée à l'expert a été établie dans des conditions normales et suffisamment précises et si l'expert a été suffisamment renseigné"[7].

Si l'on comprend que la Cour de cassation ait eu le souci de faire respecter les dispositions propres aux régimes spéciaux, qui ne concernaient donc que le choix de l'expert par le DDS ou le DDASS et non la mission, on peut regretter que, pour ce faire, elle n'ait qu'entrevu cette question fondamentale du mode de fixation de la mission de l'expert au travers de l'établissement par la caisse d'un protocole apparaissant dès lors comme le simple scellement d'un ensemble de données, y compris donc la mission, "acceptée" par le MT, lequel n'est donc pas

---

1 *Cour de Colmar 12 juillet 1960 CRSS Strasbourg c/BECKER préc.*

2 *Cass. civ. 2ème 12 juin 1963 BC II-444 préc.*

3 *Cass. soc. 21 juin 1962 BC IV-587 préc.*

4 *Cass. soc. 8 novembre 1977 BC V-613 ; Cass. soc. 9 mars 2000 RJS/2000 n°458 ; Cass. soc. 11 janvier 1979 BC V-38 ; Cass. soc. 4 mai 1983 BC V-233 tous préc.*

5 *JO Débats Assemblée Nationale 14 juin 1960 p.1314.*

6 *Cour de Lyon 9 juillet 1962 EMBARECK BEN HAMOU c/HOUILLERES DU BASSIN DE LA LOIRE préc.*

7 *Cass. soc. 18 décembre 1963 BC IV-909 préc.*

dans les meilleures conditions pour exercer les droits de la défense[1], et "donnée" à l'expert. Nous pensons que le droit ainsi reconnu aux juridictions d'apprécier les conditions d'établissement de la mission nous paraît bien trop vague pour pallier les inconvénients d'une rédaction tendancieuse ou "orientée" de la mission.

Faute d'une jurisprudence en ce sens, et s'il n'apparaît pas possible de faire de l'accord des deux médecins une condition de validité de la procédure pour les raisons d'alourdissement déjà mentionnées, et surtout du fait que surgirait alors la question du règlement de leur désaccord, en revanche, il demeure possible de faire une mention obligatoire des observations du MT sur la question posée à l'expert. Cette dernière constituerait en effet une véritable épée de Damoclès sur la tête de son confrère MC, lequel ne pourrait qu'être incité à éviter toute question manquant d'objectivité sous peine de s'attirer les observations de son confrère MT, et même à prendre contact avec lui avant toute rédaction de la mission[2], le protocole ne pouvant être régulier qu'autant que le MT se serait prononcé de la sorte.

• Mais il ne peut échapper au juge qu'il doit s'assurer que les questions posées à l'expert sont bien adaptées au litige à trancher, au cas où elles ne permettraient pas d'y répondre correctement, pour éviter toute conclusion pouvant s'avérer préjudiciable au malade ou à la victime[3], notamment quand est en jeu la présomption d'imputabilité dont bénéficie la victime. Et il ne peut qu'en être de même quand c'est la juridiction qui a défini les termes de la mission, compte tenu que la décision de recourir à l'EM revêt le caractère d'une décision sur le fond tranchant, au moins pour partie, le litige, et ouvrant immédiatement la voie de l'appel ou du pourvoi[4].

Or, dans une affaire ou était en jeu un problème essentiel, celui de la possibilité de recourir à un masseur-kinésithérapeute (MK) possédant une formation ou un équipement spécifique pour certaines affections et dont le cabinet était considéré par l'assuré comme la structure de soins la plus proche appropriée à l'état du malade**,** avec demande de prise en charge corrélative des frais de transport, que la caisse limitait pour sa part au cabinet du MK le plus proche du domicile (en l'absence de spécialité en la matière, l'ensemble des MK étant réputé de même compétence), la Cour de cassation devait, curieusement, estimer que la question posée à l'expert, qui concernait l'état du malade, échappait aux griefs du moyen[5].

En l'espèce, dès lors qu'elle avait admis le recours à la PEM, que dans un premier temps les juges du fond avaient écartée en réglant eux-mêmes le litige[6], la Cour de cassation ne pouvait, dans son arrêt de renvoi, face à la mission confiée cette fois à l'expert par la juridiction du fond et dont la rédaction était contestée par la caisse, du fait d'une distinction dans la compétence, statuer de la sorte. Il est en effet évident que la question médicale posée à l'expert n'est pas détachable de la législation à laquelle elle s'applique et que l'expertise n'apparaît d'aucune utilité si tel n'est pas le cas, ne pouvant être créatrice de droits.

Il ne fait pas de doute, aujourd'hui, que la notion de structure de soins la plus proche appropriée à l'état du malade (art. R. 322-10-5 CSS) permet, malgré l'absence de spécialité en matière de kinésithérapie, que puissent être prises en compte les formations suivies par certains MK (et notamment en matière de kinésithérapie respiratoire), de même d'ailleurs que les

---

1 *Y. SAINT-JOURS, "De la nécessité d'une réforme de l'expertise médicale en matière de sécurité sociale" RDSS 24 (1) janvier-mars 1988 préc.*

2 *Voir "Mission de l'expert" supra 1ère partie chap. 2 – Section III – § 2 – B/ – a).*

3 *TASS Gironde 14 juin 1988 CPAM Gironde c/BOUVIER préc. ; Cass. soc. 16 décembre 1987 BC V-734 ; Cass. soc. 5 novembre 1988 BC V-696.*

4 *Cass. soc. 18 octobre 1979 BC V-760 ; Cass. soc. 25 mai 1988 Dalloz 1989 – sommaire 310, obs. X. PRETOT ; Cass. soc. 26 janvier 1995 RJS/1995 n°444 ; Cass civ. 2ème 29 juin 2004 RJS/2004 n°1101 (2 espèces).*

5 *Cass. soc. 27 mai 1999 RJS/1999 n°1155. Pour une approche plus complète du litige, voir supra 1ère partie chap. I – Section I – § 3 – C/ – 2°).*

6 *Cass. soc. 20 février 1997 CPAM Ile et Vilaine c/G… n° pourvoi 95-18245 préc.*

équipements spécifiques qui les accompagnent souvent et qui, eux, ne mettent pas directement en jeu l'absence de spécialité qui interdirait donc de distinguer selon la compétence.

Il serait fâcheux que l'expert pût voir assise la régularité de son avis en de telles circonstances, car la caisse n'ayant pas été déboutée sur le fond véritable, qui a bien été éludé, les organismes de sécurité sociale pourront continuer à évoquer, pour limiter la prise en charge des frais de déplacement, le cabinet le plus proche qui ne sera pas, forcément, le plus approprié à l'état du malade.

En définitive, il apparaît que la question de la mission dépassant largement sa mention dans le protocole, ce dernier ne devrait pouvoir être déclaré régulier qu'autant qu'y figureraient, outre les mentions énoncées à l'art. R. 141-3 CSS, les observations du MT sur la ou les questions posées à l'expert, faute de quoi il ne pourrait s'ensuivre que la nullité de la procédure.

Et ce serait bien sûr sans préjudice du pouvoir des juridictions d'apprécier l'adéquation de la question posée avec les termes du litige ou avec la législation applicable, même quand c'est le juge qui a rédigé la mission, sa décision de recourir à la PEM, qui vaut donc sur le fond, ne pouvant échapper aux griefs d'un moyen par une dissociation de la question médicale de la législation à laquelle elle s'applique.

C/ Les conditions substantielles des opérations d'expertise

• L'objet du litige reposant sur la divergence d'appréciation de l'état du malade ou de la victime lesquels, qui plus est, sont parties au litige, il est apparu impératif au législateur d'imposer l'examen du patient contrairement à la règle établie par la jurisprudence, selon laquelle l'expertise est applicable aux parties dès l'instant qu'elles y ont été appelées ou présentes[1].

Par suite l'expertise technique, pratiquée sur pièces, ne peut revêtir cette qualité et qu'encourir la nullité pour défaut de condition substantielle[2].

Mais on ne saurait reprocher aux juridictions de faire preuve de pragmatisme pour celles pratiquées "post mortem", notamment au sujet de litiges afférents à l'imputabilité du décès à un AT/MP, quand elles considèrent que ces expertises, ne perdant que leur force probante, peuvent cependant constituer un élément d'information, sans d'ailleurs faire obstacle à une mesure d'instruction complémentaire dans le cadre des dispositions de l'art. 23 loi du 30 octobre 1946 (devenu L. 441-3 CSS) [3], et par lesquelles elles ne peuvent donc se considérer comme liées, sans préciser qu'elles ont emporté leur conviction qu'elles peuvent d'ailleurs y puiser même si l'expertise est irrégulière[4].

Si l'on ne saurait reprocher aux caisses de recourir à la PEM, ne serait-ce que pour hâter la solution des litiges autrement que par la voie directe du contentieux général, on ne peut les approuver de s'en réclamer en cassation quand les juridictions du fond les ont déboutées, notamment pour pouvoir contester, la force probante de l'avis aidant, la présomption d'imputabilité et apporter la preuve que le travail n'a joué aucun rôle dans le décès[5]. En particulier, la veuve ne peut que toujours bénéficier de la présomption d'imputabilité, n'ayant pas fait preuve d'une hâte excessive en léguant, conformément à la volonté de son époux, le corps du

---

[1] *Cass. civ. 11 décembre 1888 DP 1889-I-423 ; Cass. civ. 3 février 1925 DP 1925-I-113- jurisprudence constante.*

[2] *Cass. soc. 20 mars 1956 BC IV-304 préc. ; Cass. civ. 2ème 16 janvier 2003 NP 01-21277 préc.*

[3] *Cass. soc. 8 novembre 1957 JCP/1958 – II – 10 435 4ème espèce préc.*

[4] *Cass. soc. 22 octobre 1964 BC IV-695 ; Cass. soc. 26 novembre 1970 BC V-672 ; Cass. soc 23 avril 1976 BC V-239 ; Cass. soc. 22 octobre 1986 BC V-495 tous préc.*

[5] *Cass. soc. 14 novembre 1991 BC V-505 préc. ; Cass. soc. 22 mai 1997 RJS/1997 n°1028 préc.*

défunt à la science, ce qui avait rendu l'autopsie impossible, et donc sans renversement de la charge de la preuve prévue à l'art. L. 442-4 CSS[1].

• Autre particularité, le MC et le MT sont obligatoirement convoqués (par l'expert), ce qui traduit bien la spécificité de la procédure. En effet, si rien n'interdisait aux parties de se faire assister ou représenter à l'expertise, en vertu des dispositions propres à l'expertise de droit commun, la caisse par le MC, le malade ou la victime par le MT, mais que rien n'imposait, au regard des principes juridiques classiques, que la convocation des praticiens fut obligatoire, il était difficile de ne pas voir en ces derniers de véritables mandataires, même si le malade ou la victime sont nécessairement présents à l'expertise.

Le droit social avait ainsi bien fait en sorte d'éviter toute pénalisation du malade ou de la victime qui n'auraient pas demandé à leur MT de les assister, face au MC représentant les intérêts de la caisse et dont l'interlocuteur ne pouvait être que ce médecin, qui ne saurait être le médecin de la compagnie d'assurance de protection juridique[2].

Ces considérations ont conduit la jurisprudence à faire de la convocation du MC et du MT, depuis qu'elle est devenue obligatoire, une condition substantielle dont le défaut fit tantôt perdre sa force probante à l'avis de l'expert, le juge retrouvant sa liberté d'appréciation[3], tantôt entraîner la nullité de l'expertise[4], la jurisprudence s'étant progressivement, non sans à-coups, orientée vers la solution de la nullité de l'expertise et du recours à une nouvelle expertise technique.

Cette orientation nous paraît beaucoup plus en conformité avec l'essence de l'expertise médicale, pour laquelle la discussion au cours des débats ne saurait être substituée à la discussion prévue au cours de son déroulement, en dégénérant en expertise de droit commun ou même en la nouvelle expertise visée à l'art. L. 141-1 modifié[5].

Mais la preuve du défaut allégué de convocation ne saurait peser sur le malade ou la victime, la nullité étant établie si l'expert ne prouve pas qu'il a procédé à cette formalité.

D/ Conditions substantielles relatives à l'établissement et à la communication des conclusions motivées et du rapport d'expertise

• Les auteurs du D. du 7 janvier 1959 (devenu art. L. et R. 141-1 et suivants CSS) avaient entendu conférer une certaine prééminence aux prescriptions concernant la contexture du rapport-d'expertise (rappel du protocole – exposé des constatations médicales – discussion des points soumis et conclusions motivées selon art. 5 al. 5 du décret) quand ils avaient établi que l'avis ne s'imposait aux parties et à la juridiction compétente que s'il avait été pris dans les conditions du décret qu'ils édictaient et notamment dans le respect de ses prescriptions relatives au rapport d'expertise (art. 7 du décret).

Ce faisant, ils mettaient l'accent sur l'importance que revêt ce rapport, sorte de document médico-légal constatant la matérialisation des opérations d'expertise et constituant la preuve du déroulement régulier de la procédure.

---

1 *Cass. soc. 20 janvier 1994 BC V-8, Dalloz 1994 – J 229 concl. Y. CHAUVY.*

2 *Cass. civ. 2ème 8 janvier 2009 NP 08-114-25.*

3 *Cass. soc. 22 juin 1967 BC IV-511 ; Cass. soc. 29 janvier 1969 BC V-63, et Droit Social septembre-octobre 1969 – note P. VOIRIN p. 541, les deux préc.*

4 *Cour de Nancy 10 février 1962 CPSS Haute-Marne c/FUVEL, Bull. inf. CANSSM n°4-1963 avec comm. FNOSS p. 23 ; Cass. soc. 21 juin 1962 BC IV-587 ; Cour de Riom 18 juin 1963 Houillères Bassin de Lorraine c/PILUDU ; Cass. soc. 4 juin 1970 BC V-388 ; Cass. soc. 29 avril 1981 BC V-368 ; Cass. soc. 8 juin 1983 BC V-313 ; Cass. soc. 16 décembre 1987 BC V-735 ; Cass. soc. 24 octobre 1991 BC V-450, tous préc.*

5 *Cour de Bordeaux 27 avril 2006 CPAM Gironde c/CARVALHO préc.*

La jurisprudence a pu, par suite, estimer que le défaut affectant cette régularité, notamment le défaut de rappel du protocole[1], entraînait la nullité de cette procédure, s'agissant bien d'un rappel qui ne pouvait donner lieu à un simple résumé, la reproduction intégrale constituant la preuve que l'expert a bien pris connaissance de l'ensemble des données du litige.

Il est évident que les constatations médicales constituent un élément capital du rapport auxquelles il faut ajouter, par analogie avec les dispositions concernant l'expertise judiciaire pour l'annexion au rapport des explications des parties qui doivent être "entendues", les dires et explications du malade ou de la victime dont le défaut constituait une lacune essentielle faisant perdre à l'avis sa force probante[2], et le fait que l'intéressé n'ait pas été en mesure de présenter à l'expert toutes précisions concernant son état de santé, entraînant la nullité de l'expertise, s'agissant là d'une formalité substantielle[3].

Il est tout aussi évident que la discussion ne vise manifestement que les opinions du MC et du MT "in limine litis", constituant la clef de voûte du rapport, étroitement liée à la motivation qui doit apparaître dans les conclusions.

Il serait en effet impensable et contraire à l'éthique que l'expert pût motiver son avis sans mettre en jeu, dans sa motivation, les opinions divergentes des deux médecins, l'absence de discussion et de motivation ne pouvant qu'annuler l'expertise, du fait de son inexistence pourrait-on dire[4].

• Modifiant l'art. R. 141-2 CSS (ex art. 7 du D. 07 janvier 1959), les auteurs de la loi du 23 janvier 1990 ont supprimé la disposition selon laquelle l'avis de l'expert s'imposait à la juridiction compétente, ce qui commandait en quelque sorte de ne plus mettre en exergue les prescriptions concernant l'établissement du rapport, de telle sorte que la communication au malade (MT) et à la victime, sinon des conclusions du moins du rapport, que les auteurs du D. du 07 janvier 1959 n'avaient certainement pas entendu exclure des formalités substantielles, ne pouvait que conditionner la régularité de l'expertise. Cette communication permet en effet de s'assurer des conditions et de la manière dont l'expert a rempli sa mission, le rapport constituant en quelque sorte, de par les éléments qu'il doit produire, sauf preuve contraire, une présomption de régularité.

• Si, heureusement, il n'existe pas de difficulté de transmission par l'expert de ses conclusions et de son rapport au SCM de la caisse, au regard de la décision à prendre par cette dernière, en revanche il n'en a pas été de même quand la caisse devait communiquer le rapport d'expertise (copie) aux parties que sont le malade (le MT pour son compte) ou la victime (art. R. 141-4 al.7 CSS).

Le SCM recevant donc lui-même le rapport d'expertise, nous ne reviendrons pas ici sur les nombreuses difficultés que peut avoir cette instance de décision et autre partie qu'est la caisse à obtenir ce rapport au nom du secret médical invoqué par le MC, et qui peuvent d'ailleurs interférer sur son obligation de le communiquer aux autres parties, de telle sorte que les caisses sont paralysées, pour l'appréciation de la régularité de l'avis de l'expert, ne songeant pas, évidemment, à attaquer "leur" service médical, et qu'est ainsi écarté à ce niveau tout risque d'invocation du défaut d'une formalité qui est bien substantielle[5].

---

1 *Cass. soc. 20 décembre 1961 BC IV-864 préc.*

2 *Cass. soc. 16 février 1961 JCP 61-II 12089 et BC IV-170 préc.*

3 *Cass. soc. 26 mai 1991 BC IV-559 préc, ces exigences paraissent d'ailleurs aujourd'hui confiner davantage à un droit fondamental dans l'exercice duquel le malade ou la victime doit pouvoir faire entendre sa cause de façon équitable, qu'aux qualités propres du rapport, et être par suite proches de celles qui incombent au magistrat.*

4 *Cass. civ. 2ème 17 mars 1966 BC II-365 préc.*

5 *Voir supra 1ère partie – Chap. III – Section II – § 3 – A/.*

Reste donc que le malade ou la victime n'échappèrent pas eux-mêmes à ces difficultés, et on peut dès lors s'étonner qu'après avoir estimé que :

"L'assuré pouvant contester l'application faite par la caisse de l'avis de l'expert, il s'ensuivait que le rapport de ce dernier, dont la production incombait aux parties, pouvait seul permettre à la juridiction de se prononcer"[1], ou :

"Qu'il résultait de l'art. 7 du D. du 07 janvier 1959 (devenu art. L. 141-2 modifié CSS), que tant la caisse que l'assuré social avait qualité pour contester l'avis technique de l'expert (qui devait être pris dans les conditions fixées par ce décret…), ce qui impliquait qu'ils puissent obtenir, l'un et l'autre, copie intégrale du rapport d'expertise…"[2], la Cour de cassation ait pu considérer, plus de vingt ans après (et alors que la communication du rapport à la victime avait été prescrite depuis l'arrêté du 20 juillet 1956 pour les AT/MP), que la connaissance par la victime de ce rapport n'était pas indispensable et insusceptible de nuire à ses intérêts et de porter atteinte aux droits de la défense, quand la caisse avait omis de le lui transmettre :

"Ni la communication des conclusions ni celles du rapport d'expertise ne constituant des formalités substantielles…"[3].

Il est heureux que la communication du rapport à la victime ait été, enfin, plus récemment hissée au rang des formalités substantielles dont la sanction est la nullité de l'expertise sous la violation de l'art. R. 141-4 al. 7 CSS, quand la caisse ne justifiait pas de l'envoi de ce rapport, alors que les juges du fond avaient estimé qu'aucune sanction n'était prévue pour cette omission qui ne portait pas atteinte aux droits de la défense[4].

Il y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que le respect du principe du contradictoire doit être considéré comme garanti, s'agissant de la communication du rapport d'expertise au seul MT, pour le compte du malade, pour les raisons que nous avons largement exposées concernant l'information de ce dernier sur son état[5], les juges du fond ne pouvant annuler l'expertise au motif que le rapport n'avait pas été communiqué au malade lui-même[6].

Il paraît donc vain de prétendre :

"Pouvoir légitimement s'interroger sur les raisons d'une telle distorsion"[7], ou que :

"Cette différentiation peut résider dans une distinction entre le litige d'ordre médical en matière d'AS qui opposerait le MC et le MT et le même litige en matière d'AT/MP et qui opposerait la victime à la caisse", quand le Conseil d'Etat a considéré qu'elle ne méconnaissait pas le principe du contradictoire, s'agissant des dispositions homologues de celles de l'art. R. 141-4 al. 7 CSS telles que visées à l'art. R. 142-24 al. 4 CSS pour la communication du rapport au MT du malade ou à la victime par le secrétaire du tribunal quand c'est ce dernier qui a recouru à l'expertise[8].

• Une jurisprudence récente, à propos du défaut de communication de ses conclusions médicales par l'expert au MT du malade antérieurement à la rédaction de son rapport, et selon laquelle ce défaut constitue une violation du principe du contradictoire, nous impose les précisions suivantes :

---

1 *Cass. civ. 2ème 30 novembre 1960 BJ FNOSS n°6-1961préc.*

2 *Cass. civ. 2ème 5 octobre 1967 BC II-275 préc.*

3 *Cass. soc. 3 février 1988 BC V-88 préc.*

4 *Obs. sous arrêt Cass. soc. 8 mars 2001 RJS/2001 n°1217 préc.*

5 *Voir supra 1ère partie chap. III – Section II – §1er – B/.*

6 *Cass. soc. 2 juillet 1992 BC V-440 préc. ; Cass. soc. 14 janvier 1999 Juris Data n°000273 préc.*

7 *Juris Classeur 2000 fascicule 784 – Expertise médicale p.11.*

8 *Obs. sous arrêt Conseil d'Etat 8 septembre 1995 RJS/1995 n°1184.*

En effet, aucun lien ne peut être établi, à la lecture de l'art. R. 141-4 al. 4 et 7 CSS, entre cette communication au MT et la rédaction de son rapport par l'expert; de telle sorte que la première constituerait un préalable à la seconde et dont le défaut appellerait une sanction, voire entraînerait la nullité de l'expertise.

Sinon, ce serait ignorer la polarisation du principe du contradictoire autour d'un protocole énonçant les avis respectifs et divergents du MC et du MT, et leur présence possible à l'expertise par leur convocation obligatoire, la distinction entre la communication des conclusions et celle du rapport n'ayant jamais pu avoir d'autre but que celui de hâter la décision de la caisse.

Dès lors, l'information du MT ne peut conduire, à ce stade, à l'ériger en contradicteur médical susceptible de présenter ses observations dans le processus de rédaction de son rapport par l'expert, alors qu'elle n'obéit qu'à des considérations de prudence dans l'information du malade sur son état et que c'est bien la victime elle-même qui reçoit ces conclusions.

Il est regrettable que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (possible révélation d'une "civilisation" de la procédure ?) ait perdu ces considérations de vue, conférant à la communication des conclusions une place et une portée qu'elle ne peut avoir, dût-elle être faite par l'expert au MT antérieurement à la rédaction de son rapport, sans donc qu'il ait été établi que le malade (MT) n'avait pas, à tout le moins, eu connaissance en temps utile du rapport d'expertise lui-même contenant nécessairement les conclusions[1].

Seule la communication du rapport au MT du malade ou à la victime peut donc revêtir un caractère substantiel, le défaut de communication des conclusions au MT ou à la victime ne pouvant avoir par lui-même aucune incidence sur la régularité de l'expertise en ce sens que l'expert, dont l'avis s'impose aux parties, rend ici une sentence médicale dont on ne comprendrait pas, tel un juge, qu'il eût à la communiquer aux parties avant de la rendre. Il en est d'ailleurs de même pour la violation des brefs délais visés aux art. R. 141-2, 3 et 4 CSS, et notamment celle du délai de 48 heures qui accompagne la communication des conclusions au médecin traitant du malade ou la victime, et celle du délai de 15 jours pour la décision de la caisse, sauf atteinte aux droits de la défense[2].

Cette considération malencontreuse de la violation de l'art. R. 141-4 CSS a eu des "effets secondaires" déplorables en ce sens que la cour de renvoi, annulant l'expertise, devait en ordonner trois autres qui furent également annulées.

Outre qu'on peut s'étonner, alors qu'il ne s'agissait pas d'une difficulté d'ordre médical (DOM) survenue en cours d'instance, mais d'une difficulté liée à l'application d'une expertise antérieure, que la cour, ordonnant une nouvelle expertise (ce qui impliquait la reprise de la procédure en ses formes initiales)[3], ait désigné elle-même l'expert (même si c'était le même) et fixé elle-même la mission (même si c'était la même) (1er arrêt du 4 juillet 2007), et qu'après avoir annulé cette nouvelle expertise du fait de l'absence de communication de ses conclusions par l'expert au MT, la cour ait encore fixé elle-même la mission de l'expert (même si c'était toujours la même), tout en laissant cette fois aux parties, justement, le choix de l'expert (qui ne fut donc plus le même) (2ème arrêt du 21 novembre 2007), on comprend difficilement qu'après avoir encore annulé l'expertise précédente du fait du non-respect du principe du contradictoire et, cette fois-ci, de l'absence de motivation des conclusions, la cour ait pu perpétuer une surprenante confusion (3ème arrêt du 8 mars 2008).

En effet, prisonnière du fait que l'expert aurait omis de faire connaître au MT du malade ses conclusions antérieurement à la rédaction de son rapport, ce qu'avait donc sanctionné la Cour de cassation, et plaçant le curseur où il ne fallait pas pour l'appréciation du respect du contradictoire, la cour devait inviter le SCM à communiquer son troisième arrêt à l'expert et à lui

---

1 *Cass. civ. 2ème 14 septembre 2006 NP 0430798 préc.*

2 *Cass. soc. 20 février 1953 Dalloz 1953.J.339 ; obs. JP BRUNET JCP 1975-J.17924 sous arrêt Cass. soc. 6 mars 1974 préc.*

3 *Cass. soc. 8 juin 1961 BC IV-618 ; Cass. soc. 29 octobre 1974 BC V-461 ; Cass. soc. 13 mai 1976 obs. JP BRUNET, JCP 1978-J.18884 préc.*

faire connaître, outre l'obligation de motivation de ses conclusions, qu'il devait communiquer ces dernières au MT du malade.

Or, outre qu'il nous a été donné de constater que le SCM formule les recommandations nécessaires dans le protocole saisissant l'expert, quant à la communication des conclusions (et du rapport) au MT ou à la victime et à la caisse, il n'y avait pas lieu à cette formalité, appropriée au seul cas où c'est la caisse qui prend la décision.

En effet, dans cette phase judiciaire de l'espèce, où la juridiction ayant elle-même ordonné l'expertise, elle seule pouvait prendre la décision, seule la communication du rapport par l'expert au secrétaire de la juridiction, qui en adresse copie au SCM et au MT du malade ou à la victime, pour garantir le principe du contradictoire, permettait à la juridiction de rendre son jugement (art. R. 142-24 al. 3 et 4 CSS), ce qui privait de tout sens la recommandation de la cour concernant la seule communication des conclusions par l'expert au MT du malade.

Dès lors, après avoir constaté (dans un quatrième arrêt du 11 juin 2008), l'absence de dépôt du rapport au greffe et annulé encore l'expertise, toujours du fait du non-respect du principe du contradictoire, le rapport déposé au seul SCM de la caisse et dépourvu de toute motivation, il est regrettable, même si on peut lui savoir gré d'avoir mis fin à une gabegie d'expertises, que la cour ait réglé le litige de façon peu orthodoxe.

En effet, elle devait considérer que la caisse ne contestait pas les pièces versées au débat justifiant le repos jusqu'au 4 février 2003, ce qu'on ne pouvait pas lui reprocher puisqu'elle demandait précisément la confirmation de l'expertise initiale et du jugement du TASS en date du 13 février 2003, mettant un terme à la justification médicale de l'arrêt de travail au 13 juin 2002, ce qui incluait nécessairement une telle contestation, ce subterfuge faisant que, sous le couvert de son pouvoir d'appréciation, la cour, jetant l'éponge, avait pris une décision dépourvue de base légale…[1]

§ 2 – Les conditions substantielles de fond ou les qualités intrinsèques de l'avis de l'expert

Si les textes législatifs ou réglementaires n'ont jamais contenu aucune précision sur les conditions intrinsèques de validité de l'avis de l'expert technique, cela ne signifie pas pour autant que leurs auteurs ont entendu conférer à l'expert un pouvoir exorbitant, en ce sens que son avis aurait échappé à tout contrôle, livré tel quel aux juges pour qu'ils en tirent les conséquences juridiques.

Et la jurisprudence qui s'en est nécessairement suivie, loin de combattre, à notre avis, un tel pouvoir, n'a fait que subordonner l'avis de l'expert à des qualités de base pourrait-on dire, comme le font les juges en matière d'expertise judiciaire, quand ils apprécient souverainement ces qualités pour fonder lueur jugement sur des motifs sérieux et valables, ces qualités apparaissant même particulièrement nécessaires en la matière, compte tenu de ce que l'expert est un "informateur décisif" qui rend véritablement une sentence.

On a donc assisté à une véritable "objectivisation" de ces qualités, les exigences de la jurisprudence pouvant se résumer en deux catégories, l'une afférente à la clarté et à la précision de l'avis dépourvu d'ambiguïté et non équivoque, l'autre ayant trait à son caractère complet et définitif.

---

[1] *Cour de Montpellier 11 juin 2008 CPAM Gard c/HAROUAT avec référence à ses trois arrêts précédents des 4 juillet 2007, 21 novembre 2007 et 8 mars 2008 préc.*

A/ L'avis doit être clair, précis, dépourvu d'ambiguïté et non équivoque

• Cette "synthèse" a été formulée par R. LINDON, Avocat Général à la Cour de cassation, dans sa tentative, inaboutie à notre avis, visant à fustiger l'EM à cause d'une prétendue portée absolue qu'elle n'avait donc pas, avec, en outre, l'inclusion en son sein de l'examen spécial réalisé conjointement par le MC et le MT en matière d'assurance longue maladie (ALM) puis d'ALD, véritable "corps étranger" exclusif de toute contestation[1].

De nombreuses décisions judiciaires ne furent en outre que de simples reprises de cette "synthèse", quand elles précisaient que les juridictions étaient liées par cet avis dès lors que ses conclusions étaient formelles et ne pouvaient prêter à équivoque ou à discussion et qu'il n'y avait donc pas lieu de tenir compte d'autres indications provenant des éléments de la cause, de telle sorte que d'autres énonçaient que les juridictions avaient le droit d'écarter l'avis de l'expert si celui-ci laissait place à un doute, donnait lieu à interprétation et que ses conclusions apparaissaient contradictoires, obscures, ambiguës ou manquaient de clarté[2].

Si l'expert ne peut donc présenter des conclusions dubitatives, il peut avoir émis un avis clair et précis ayant prouvé l'existence d'incertitudes, ne faisant jamais que donner un avis technique qui ne peut donc comme tel être remis en cause comme, par exemple, quand l'expert a conclu que l'examen de l'assuré ne permettait pas de confirmer ni d'infirmer que celui-ci était capable de reprendre une activité salariée à la date du suppression des IJ, la prescription de repos du MT n'ayant pas été infirmée[3], ou quand un doute subsiste entre un AT et les lésions, l'expert ayant exprimé les raisons de ce doute de façon claire et précise et que la juridiction peut en tirer les conséquences juridiques qui font que la preuve du lien de causalité n'est pas rapportée.

C'est alors que se pose la question du pouvoir précis des juges et il ne fait pas de doute que, l'avis s'imposant, le juge doit trancher. Et cette question peut paraître particulièrement délicate quand intervient, en matière d'AT/MP, la présomption d'imputabilité et/ou qu'une demande de nouvelle expertise a été faite, mais il serait tout de même fâcheux que la juridiction se place sur le terrain du droit commun de la preuve, en laissant celle-ci à la charge de la victime, écartant donc la présomption d'imputabilité à son détriment[4] ou, pis encore, qu'en présence d'une demande de nouvelle expertise par la victime elle fît directement application de la présomption d'imputabilité en sa faveur du fait que le seul rapport de l'expert ne détruisait pas cette présomption[5].

• Reste que l'avis de l'expert ne peut être considéré comme valable que pour autant qu'il a été rendu sous certaines conditions de fond, la jurisprudence ayant toujours exigé qu'il soit

---

1 *R. LINDON, "L'expert 33 en matière de Sécurité Sociale" (du n° de l'art. ord. 19 octobre 1945 prévoyant cet examen spécial !) JCP 1958 doctrine 1412 préc.*

2 *Jurisprudence constante : de l'origine à 1963, voir A. CHAZAL "l'expertise médicale dite "technique" en matière de Sécurité Sociale" – Thèse 1966 Clermont Ferrand p.367 renvois1 et 2 et, postérieurement, Cass. soc. 20 mai 1969 BC V-344 ; Cass. soc. 5 mai 1971 BC V-339 ; Cass. soc. 24 juin 1971 BC V-491 ; Cass. soc. 28 novembre 1974 BC V-578 ; Cass. soc. 13 mars 1985 BC V-171 ; Cass. soc. 28 janvier 1987 BC V-49 ; Cass. soc. 20 janvier 1994 BC V-21 ; Cass. soc. 9 mai 1994 BC V-171, Cass. civ. 2ème 3 mai 2006 NP 04-30715, sans préjudice du pouvoir pour le juge d'ordonner, sur demande d'une partie, une nouvelle expertise depuis la loi du 23 janvier 1990 (art. L. 141-2 modifié CSS).*

3 *Cass. civ. 2ème 1er juin 1965 JCP 1965-IV-99.*

4 *Droit social Mai 1967 p.339 – Note JAMBU-MERLIN.*

5 *Cass. soc. 3 février 2000 Dalloz 2000-1 J.531 note Y. SAINT-JOURS préc. et voir infra Section IV.*

motivé, l'expert se devant en quelque sorte d'examiner tous les aspects de la contestation. La discussion et les conclusions motivées constituent d'ailleurs, avec l'exposé des constatations faites au cours de l'examen, les conditions de forme imposées par l'art. 5 du D. du 07 janvier 1959 (devenu art. R. 141-4 al.5 CSS).

C'est ainsi que l'avis ne peut être admis lorsque l'expert :

"Se borne à affirmer l'inexistence d'une certaine maladie après l'accident, sans signaler la source de son information, et sans même mentionner l'opinion contraire du médecin traitant"[1], ou rejette le diagnostic exprimé par les services d'un hôpital "sans préciser les raisons et les motifs qui le lui faisait écarter"[2], ou fonde son avis sur une hypothèse, du fait du caractère incertain dudit avis[3], ou encore lorsque son rapport, qui contenait plusieurs lacunes essentielles, n'était pas motivé et ne contenait même pas les dires et explications de l'intéressé[4], ou que ce rapport présente comme constante une lésion dont l'existence n'est pas établie, ce qui enlève toute valeur à l'avis de l'expert[5].

Et ce dernier ne peut, toujours, être admis qu'à la condition qu'on ne puisse relever de contradiction entre discussion, motivation et conclusions. Ainsi, l'avis ne s'impose pas s'il n'est pas formel et se trouve "contredit par d'autres circonstances de la cause"[6], ou est dubitatif ou équivoque dans ses conclusions[7], ou au cas de contradiction entre les conclusions et les éléments médicaux produits, qui démontraient que la demanderesse ne pouvait répondre le travail à la date fixée par l'expert[8], ou encore au cas de contradiction entre la motivation et les conclusions, le refus de l'assuré de se soumettre à un examen supplémentaire en résultant justifiant son débouté sur la base de l'art. 11 NCPC, sans qu'on puisse reprocher à la cour d'avoir tranché elle-même une difficulté d'ordre médical (DOM)[9].

B/ <u>L'avis doit être complet et définitif</u>

Il peut paraître inutile d'évoquer cette qualité supplémentaire qui serait en quelque sorte intrinsèque à la clarté de l'avis et à sa netteté mais il arrive souvent que l'avis, tout en revêtant ces qualités et alors exempt de critiques, n'ait pas fourni de réponse à l'une ou l'autre des questions posées ou que des éléments médicaux nouveaux qui n'ont pas été pris en considération par l'expert se révèlent.

Et l'avis de l'expert ne se suffisant pas à lui-même pour une simple omission matérielle ou pour des raisons qui ne sont pas imputables au praticien, on ne peut ignorer ces considérations en admettant qu'il soit maintenu et qu'étant insusceptible, en l'état, de trancher la contestation médicale, une mesure soit ordonnée pour obtenir les renseignements complémentaires susceptibles d'éclairer la réflexion des juges[10], ou destinés à parfaire cet avis et à le rendre propre au règlement définitif de la question[11].

---

1 *Cass. soc. 8 décembre 1955 BC IV-668.*
2 *Cass. soc. 11 juillet 1956 BC IV-657.*
3 *Cass. soc. 28 mai 1960 Bull. UIMM 1960 n°174 p.172.*
4 *Cass. soc. 16 février 1961 JCP 1961-II 12089 préc ; Cass. soc. 26 mai 1991 BC IV-559 préc.*
5 *Cass. soc. 6 mars 1985.*
6 *Cass. soc. 20 octobre 1955 BC IV-734.*
7 *Cass. soc. 10 octobre 1963 (HOUILLERES DU BASSIN DES CEVENNES c/MARIN).*
8 *Cass. soc. 24 octobre 1991 BC IV-450.*
9 *Cass. soc. 10 décembre 1992 BC V-591.*
10 *Cass. soc. 7 novembre 1959 BC IV-1100.*
11 *Cass. soc. 14 mars 1963 BC IV-255.*

Il paraît évident que l'avis ne peut être considéré comme empreint de contradiction quand l'expert s'est prononcé sur des points "hors sujet", dès lors que ses conclusions médicales sont claires et complètes et qu'elle permettent de trancher définitivement la contestation, comme par exemple quand, rejetant tout lien de causalité entre une arthrose et un AT, il s'est prononcé sur "l'incapacité permanente" résultant de cette arthrose en en fixant le taux, cette précision, alors qu'il avait répété que ladite incapacité n'était pas imputable à l'AT, ne pouvant que demeurer étrangère à la contestation et sans incidence sur son règlement[1].

L'expertise, manquant d'une qualité substantielle de forme, ou l'avis revêtant une insuffisance de fond, ou n'étant pas complet, se pose donc la question de la mesure à prendre pour régler le litige.

SECTION III – LES MESURES A PRENDRE AU CAS D'IRREGULARITE OU D'INSUFFISANCE DE L'EXPERTISE

Les juges, appelés à statuer sur la validité de l'expertise, n'ont pu échapper à l'obligation de déterminer les droits respectifs des parties, et si l'expertise n'avait pas rempli son office, à la nécessité d'ordonner la mesure d'instruction qui apporterait la solution médicale permettant de statuer sur le fond du litige, toute décision judiciaire devant comporter l'indication de la mesure à prendre pour pallier l'irrégularité ou l'insuffisance de l'EM diligentée.

Mais, dans ce domaine, et en dépit de la volonté initiale des créateurs de l'EM d'en avoir fait la charte de l'ensemble des difficultés, l'absence de toute précision dans les textes (sauf sans doute pour la nouvelle expertise issue de la loi du 23 janvier 1990 (art. L. 141-2 CSS modifié) et dont le D. du 19 mai 1992 (art. R.142-24-1 CSS) a bien précisé qu'elle était régie par les art. R. 141-1 à R. 141-10 CSS caractérisant la PEM, sauf dispositions particulières), a mis en "concurrence", si l'on peut dire, pour la résolution de cette difficulté proprement judiciaire, la liberté d'appréciation retrouvée du juge, impliquant pour l'avis de l'expert la perte de sa force probante ou la nullité de l'expertise, avec recours éventuel à l'expertise judiciaire, face à un retour à la PEM avec, au cas de nullité de l'expertise, recours à une expertise de même type ou, au cas de simple insuffisance de fond, recours à un complément d'expertise, création purement prétorienne.

On imagine bien que les juges ont défendu "bec et ongles" leurs prérogatives traditionnelles. De telle sorte que l'énonciation par le D. du 07 janvier 1959 que l'avis ne s'imposait aux parties et à la juridiction compétente qu'à la condition qu'il ait été pris dans les conditions fixées par le décret, n'a pas fondamentalement modifié cette querelle de pouvoirs entre le juge et l'expert, bien que la Cour de cassation ait décidé depuis 1970 surtout, et après de nombreuses hésitations, d'imposer le recours à l'expertise technique au cas de nullité de forme et de chasser, avec autant d'hésitations, tout recours à l'expertise judiciaire au cas d'insuffisance de fond.

Même si les difficultés s'amenuisent, la résistance des juridictions du fond demeure importante et la faculté donnée au juge d'ordonner, sur demande d'une partie, une nouvelle expertise (art. L. 141-2 CSS modifié préc.), n'a pas manqué de susciter de nouvelles difficultés (expertise judiciaire ou expertise technique ?), et les juridictions ordonnant d'office la nouvelle expertise, ou tranchant elles-mêmes le litige ou substituant la présomption d'imputabilité à l'EM en matière d'AT/MP.

---

[1] *Cour de Limoges 17 décembre 1963 MICHEL c/Houillères Bassin d'Auvergne préc.*

Ces difficultés proprement judiciaires, ayant donc trait à l'application d'une expertise antérieure, se sont trouvées amplifiées par la confusion avec la DOM elle-même, alors que les deux types de difficultés n'obéissent pas aux mêmes règles, l'exclusion de l'expertise judiciaire ne pouvant avoir pour effet d'écarter les règles de la procédure civile concernant l'acte irrégulier, nul ou insuffisant et d'autant moins, compte tenu de la force probante de l'avis de l'expert.

Cette confusion a conduit à un empiètement important des pouvoirs du juge sur ceux des parties, la clarification de la distinction nous paraissant s'imposer (§ 1er).

Et aux difficultés propres à l'applicabilité de la PEM et à sa mise en œuvre[1], se sont donc ajoutées d'innombrables difficultés quant aux mesures à prendre, ces dernières en définitive largement conditionnées par la nature de l'irrégularité pour la présentation de laquelle nous nous référerons à la distinction classique, d'ailleurs retenue par la jurisprudence[2], selon que le vice est de forme (§ 2) ou de fond (§ 3).

§ 1 – L'amplification des difficultés ou la confusion entre la difficulté proprement judiciaire liée à l'application d'une expertise antérieure et la difficulté d'ordre médical elle-même survenant en cours d'instance

• Depuis l'origine, de nombreuses difficultés ont surgi à propos de l'application d'une expertise antérieure à l'instance, essentiellement quand les juges saisis estimaient, en vertu de leur obligation de juger, qu'ils pouvaient, après nullité ou irrégularité de la procédure, statuer eux-mêmes sur le litige, par exemple sur la date de guérison ou de consolidation, ou surseoir à statuer sur cette date, tandis que la Cour de cassation les censurait sur le terrain de la DOM (comme si la difficulté était initiale), pour laquelle était bien établie la seule compétence de l'expert technique en vertu de l'art. 45 loi du 30 octobre 1946 modifiée (devenu art. L.442-6 CSS) et de l'art. 22 loi du 22.10.1946 (dont l'équivalent est l'art. R. 142-24 al. 1 CSS)[3].

On aurait pu voir là l'amorce d'une jurisprudence salvatrice selon laquelle l'acte irrégulier doit être repris dans ses formes initiales, n'avait-ce donc été la confusion avec la DOM, ce qui laissait dans l'ombre la question, non négligeable, du pouvoir des juges face à une expertise contestée, ainsi qu'en témoignent d'innombrables difficultés survenues quant à savoir si les juges retrouvaient leur liberté d'appréciation ou étaient tenus de recourir à un complément d'expertise ou à une nouvelle expertise.

Il faut en effet rappeler que la chambre civile de la Cour de cassation admettait le recours à l'expertise judiciaire[4], tandis que la chambre sociale imposait le recours à l'expertise technique[5] avant de faire prévaloir sa jurisprudence[6].

---

1 *Voir supra 1ère partie – Chap. 1 – Section I - § 3.*

2 *Voir pour la classification des irrégularités de nature à affecter la validité de l'expertise : J. BORDELOUP "Réflexions sur l'expertise médicale dans le droit de la Sécurité Sociale" – Questions de SS 1966 p.300.*

3 *AJ.LB "L'expertise médicale de l'art. 33 ord. 19 octobre 1945 applicable aux AT – 1 exemple de jurisprudence" – JCP 1952 doctrine 972, sous arrêt Cass. soc. 28 juillet 1951 BC III-663 préc.*

4 *Cass. civ. 2ème 1er février 1967 BC II-46.*

5 *Cass. soc. 8 mai 1961 BC IV-618 préc. ; Cass. soc. 23 février 1967 BC IV-187 préc.*

6 *Cass. soc. 4 juin 1970 JCP 1970-IV-199.*

Mais pour avoir été de principe et réglé la question des pouvoirs respectifs du juge et de l'expert, au cas de nullité de l'expertise médicale, sans que les juridictions du fond ne se soient pour autant disciplinées à ce jour, l'arrêt du 04.06.1970 précité, comme d'ailleurs celui du 08.05.1961, portait en ses flancs la prolongation de la confusion entre la DOM, survenant en cours d'instance et la difficulté proprement judiciaire née d'une expertise antérieure, puisque la solution retenue pour la seconde était fondée sur la violation du texte propre à la première, soit l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 modifié précité.

La section sociale de la chambre civile avait même fait abstraction totale de l'expertise technique antérieure pour censurer le recours à une expertise judiciaire, justifiant une nouvelle expertise technique sans égard à cette expertise, ce qui revenait à ne tenir aucun compte de la portée donnée à l'avis de l'expert[1].

• S'il est un texte dont l'entendement a été bien peu satisfaisant (en dehors bien sûr de l'art. 33 ord. du 19 octobre 1945…), ce fut bien cet art. 20 du D. du 22 décembre 1958 (devenu donc art. R. 142-24 al. 1 CSS).

Nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur le fait que les créateurs de la PEM avaient remarquablement prévu sa mise en œuvre au cas de DOM survenant en cours d'instance contentieuse, la contestation étant souvent orientée par les caisses vers la voie du contentieux général qui n'était pas la sienne[2], les auteurs du décret précité reprenant donc cette disposition de principe.

Mais, en dépit de cette simple continuité, la confusion avec la difficulté proprement judiciaire fut telle qu'on a pu voir dans ces dispositions un inconvénient, du fait que la juridiction n'était pas à même de définir la mission pour la nouvelle expertise, le D. 20.05.1965 complétant cet art. 20 apparaissant alors comme le remède salvateur quand il stipulait que la mission était fixée par une décision du tribunal en cas de DOM survenant en cours d'instance[3].

• On pouvait penser que c'en était fini de la confusion quand la chambre sociale de la Cour de cassation refusa que puisse être considéré comme violé le même art. 20, et que les juridictions du fond s'étaient justement opposées à établir la mission du nouvel expert après annulation d'une expertise, ce qui n'était donc pas la DOM survenue en cours d'instance laquelle implique bien, elle, que la mission soit fixée par le tribunal[4]

• Mais la réintroduction de la violation dudit art. 20 peut être à nouveau observée sur le terrain, qui n'est pas le sien, de la difficulté proprement judiciaire liée à l'application d'une expertise antérieure, la chambre sociale sanctionnant les juges du fond qui l'ont résolue en réglant eux-mêmes le litige ou recouru à une expertise judiciaire au lieu de recourir à un complément d'expertise ou à une nouvelle expertise médicale.

Indépendamment des solutions retenues qui relèvent des mesures à prendre au cas de vice de forme ou de fond et visées dans les deux paragraphes suivants, il nous paraît donc utile d'insister avant toute chose sur la nécessaire distinction entre les deux types de difficulté, de telle sorte que ne soient plus à nouveau générés des différends sur ce terrain-là, les juridictions du fond ne pouvant être sanctionnées sur la base de la violation d'un texte propre à la DOM survenue en cours d'instance, quand elles n'avaient fait que se prononcer sur la validité d'un acte de procédure,

---

[1] *Cass. civ. Section sociale 25 octobre 1960 BJ FNOSS n°15-1961 (CPSS c/VINALS) avec commentaire DGSS préc.*

[2] *Voir supra 1ère partie – Chap. I – Section I - § 3 préc.*

[3] *Voir A. CHAZAL "L'expertise médicale dite « technique » en matière de Sécurité Sociale", thèse 1966 Clermont-Ferrand n°166-844-853-866-868-876-884.*

[4] *Cass. soc. 29 octobre 1974 BC V-461 préc. ; Cass. soc. 13 mais 1976 (CPAM Haute-Marne c/MOUGENE) JCP 1978-II-18884-obs. JP BRUNET préc.*

c'est-à-dire sur la portée de l'avis de l'expert, même si elles avaient substitué leur avis à celui de cet expert[1] ou recouru à l'expertise judiciaire[2].

• Il est regrettable que les difficultés liées à une expertise précédente aient pu ainsi conduire à la "mutation" de la DOM sur ce terrain-là, comme pour sauver la jurisprudence de ses innombrables hésitations[3] car, outre qu'elle est peu orthodoxe, les auteurs D. 22.12.1958 n'ayant fait que reprendre les dispositions existantes depuis l'origine de l'art. 22 loi 24.10.1946 sur le contentieux (qui était devenu art. 226 CSS), elle est, comme l'a bien montré notamment l'arrêt MOUGENE précité, génératrice de difficultés, les juridictions du fond ayant pris l'habitude d'empiéter sur les prérogatives des parties quand ce n'était pas ces dernières qui se réclamaient d'un pouvoir que ces juridictions n'ont pas.

On observe même ce phénomène d'empiètement à l'aide de la nouvelle expertise, visée par l'art. L. 141-2 modifié CSS, quand, la juridiction ayant constaté une irrégularité formelle substantielle entraînant la nullité de l'expertise et donc, normalement, le renvoi à une "nouvelle expertise" dans les formes initiales (en l'espèce, celles auxquelles renvoie l'art. L. 141-1 CSS), elle désigne elle-même l'expert et en fixe la mission en application de l'art. R. 142-24-1 CSS sur la nouvelle expertise ![4]

En définitive, il y a lieu de considérer que la seule question qui se pose est celle de la mesure à prendre au regard de l'acte frappé d'irrégularité substantielle ou d'insuffisance de fond, sans que le recours à la PEM puisse être présupposé par la mise en jeu de l'art. R. 142-24 CSS al.1 CSS propre à la seule DOM, ni par celle de l'art. R. 142-24-1 propre à la nouvelle expertise demandée par une partie, du fait que ces deux articles ont leurs effets propres.

Quand la Cour de cassation entend, de manière justifiée à nos yeux, censurer les juges du fond qui ont recouru à l'expertise judiciaire ou substitué leur avis à celui de l'expert, elle ne peut donc le faire qu'en considération de la règle doctrinale et jurisprudentielle selon laquelle l'acte nul doit être considéré comme inexistant et, par suite, repris dans ses formes initiales comme il peut arriver en matière d'expertise de droit commun, étant précisé que le complément d'expertise, création prétorienne visant à pallier la seule insuffisance de fond de l'expertise, procède de la même idée de retour à l'acte initial[5].

§ 2 – <u>Les difficultés relatives aux mesures à prendre en cas d'irrégularité substantielle de forme de l'expertise</u>

• En dépit de la reconnaissance de formalités essentielles dès l'origine, ce n'est que beaucoup plus tard, à compter des années 1970 qu'est apparue, de façon durable, l'application à l'EM de la théorie selon laquelle l'acte irrégulier doit être considéré comme nul et, du fait de son inconsistance, conduire à une reprise de l'acte en ses formes initiales.

---

1 *Cass. soc. 14 octobre 1993 RJS/1993 n°1141 ; Cass. soc. 30 avril 1997 RJS/1997 n°754 ; Cass. civ. 2ème 3 mai 2006 NP 04 30715 préc.*

2 *Cass. soc. 26 juin 1997 BC V-239.*

3 *Voir infra § 2 et 3 suivants.*

4 *Cour de Bordeaux 27 avril 2006 et 31 août 2006 CPAM Gironde c/CARVALHO préc. et supra 1ère partie – chap. II – Section III - § 2 – B/ – 2°).*

5 *Droit social janvier 1962 p.58 obs. P. VOIRIN sous deux arrêts Cour de cassation en date du 5 mai 1961 préc.*

Ce recul de leur liberté d'appréciation que les juges du fond avaient fréquemment tenu à retrouver en pareil cas[1], avec l'approbation de la Cour de cassation[2] et sous l'œil critique de la doctrine[3], avait été amorcé plus de dix ans auparavant avec un arrêt de la Cour de cassation dans lequel apparaissait pleinement la question du pouvoir du juge face à une expertise irrégulière.

En effet, les juges d'appel qui s'étaient prononcés pour la nullité de l'expertise (contrairement aux juges du 1er degré) et qui avaient recouru à une expertise judiciaire, étaient approuvés quant à la nullité fondée sur le fait que les fonctions d'expert ne pouvaient être assumées par un médecin ayant soigné le malade auparavant (art.2 du D. du 07 janvier 1959 devenu R. 141-1 dern. al. CSS), mais désapprouvés pour ne pas avoir recouru à une expertise technique[4].

• La Cour de cassation devait confirmer sa position quelques mois plus tard, quand elle censura les juges du fond, qui avaient annulé une expertise technique pour défaut de rappel du protocole dans le rapport d'expertise, tout en ordonnant une expertise judiciaire[5] ou, tout en constatant l'absence de reproduction dans le protocole des motifs de la demande d'expertise par la victime et du défaut de convocation du MT, avaient fondé leur décision sur l'avis de l'expert[6] ou encore, après avoir annulé une expertise technique pour diverses irrégularités, s'étaient fondés sur les constatations du MT pour faire droit à la demande de l'assuré[7].

On pouvait alors penser que la jurisprudence de la Cour de cassation était établie en la matière, même s'il est vrai qu'elle s'était appuyée sur la violation de l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 (devenu R. 142-24 al. 1 CSS) dont nous venons de souligner l'utilisation inopportune en pareil cas pour faire pencher la balance du côté de la PEM.

• Mais cette avancée devait être de courte durée car, si on devait constater que la question revenait sur le pur terrain de l'acte irrégulier, où n'était plus préconisée la seule violation des formalités imposées, ce qui ne pouvait que leur redonner toute leur portée, ce ne fut pas pour fonder plus convenablement le recours à la PEM, mais pour imposer la "thèse" surprenante selon laquelle l'irrégularité n'avait pour effet que de priver l'avis de l'expert de sa force probante, de telle sorte que les juges retrouvaient leur liberté d'appréciation.

Certes, on eût pu penser que cette thèse n'était qu'une tentative de réponse adaptée à l'insuffisance de fond de l'EM comme, par exemple, quand l'avis comportait des lacunes essentielles, et n'était pas motivé ni ne contenait les dires et explications de l'intéressé, les juges du fond recourant à une expertise judiciaire[8], de la même façon que quand cet avis, ne comportant pas de conclusions, n'aboutissait à aucun résultat utile[9] (encore que le défaut de conclusion puisse constituer un vice substantiel de l'expertise).

Mais on devait constater son application à des irrégularités purement formelles, dès 1963, pour défaut, dans le rapport de rappel du protocole, des points en discussion et de l'exposé des constatations[10], ou quand le MT n'avait pas été convoqué aux opérations d'expertise[11]; autant

---

1 *Cour de Besançon 4 mai 1961 CPSS Montbéliard c/WIDONSKI, BJ FNOSS n°39-1961 préc.*

2 *Cass. soc. 20 mars 1956 BC IV-304, JCP 1956-II-9368 3ème espèce ; Cass. soc. 21 février 1963 BC IV-186 ; Cass. civ. 2ème 12 juin 1963 BC II-484 préc. ; Cass. soc. 24 octobre 1963 BC IV-727 ; Cass. civ. 2ème 1er février 1967 BC II-46 ; Cass. soc. 22 juin 1967 BC IV-511 préc.*

3 *Cass. soc. 20 janvier 1969 BC V-63, Droit social sept.-oct. 1969 p.541 note VOIRIN préc.*

4 *Cass. soc. 8 mai 1961 BC IV-618 préc.*

5 *Cass. soc. 20 décembre 1961 BC IV-864.*

6 *Cass. soc. 21 juin 1962 BC IV-587 préc.*

7 *Cass. civ. 2ème 8 juillet 1964 BC II-542.*

8 *Cass. soc. 16 février 1961 BC IV-170, JCP 1961-II-12089 note RL préc.*

9 *Droit social janvier 1962 p.58 obs. VOIRIN sous arrêt Cass. soc. 5 mai 1961 préc.*

10 *Cass. soc. 21 février 1963 BC IV-186 préc.*

11 *Cass. soc. 22 juin 1967 BC IV-511.*

de prescriptions réglementaires du D. du 07 janvier 1959 (art. R. 141-4 CSS) visant à sauvegarder les droits des parties et à fournir contradictoirement à l'expert les éléments lui permettant d'accomplir sa mission en toute connaissance de cause, et dont le défaut avait été sanctionné antérieurement par la nullité de l'expertise.

Et on ne peut qu'approuver le Professeur VOIRIN d'avoir déploré alors que "l'expertise, à la suite du défaut de convocation du MT, n'ait pu que perdre sa force probante, dégénérant en expertise de droit commun, la discussion qui aurait dû s'instaurer au cours de son déroulement étant remplacée par une discussion à l'audience (était-ce une nouvelle application de la théorie des équipollents ?)"[1].

• C'est donc dans son arrêt du 4 juin 1970, qu'on peut qualifier de principe, que la chambre sociale de la Cour de cassation[2] a mis fin, non seulement à cette thèse surprenante, en consacrant l'effet de nullité du défaut d'une formalité substantielle, en l'occurrence le défaut de convocation du MT à l'expertise, mais aussi en imposant le recours à une nouvelle expertise technique, censurant les juges du fond qui avaient entendu retrouver leur liberté d'appréciation et ordonné une expertise judiciaire, non sans qu'elle se soit à nouveau aidée de la violation de l'art. 20 modifié du D. du 22 décembre 1958 (devenu art. R.142-24 al. 1 et 2 CSS), pour faire pencher la balance du côté de la PEM.

En dépit d'une curieuse rétractation quelques mois plus tard, où le défaut de convocation du MT apparaissait à nouveau comme n'entraînant pas la nullité de l'expertise, du moment qu'il n'avait pas porté atteinte aux droits de la défense, et censurant les juges du fond qui avaient pourtant prononcé la nullité de l'expertise technique[3], la Cour de cassation devait confirmer sa jurisprudence.

Et elle a par suite censuré les juges du fond qui avaient, encore, entendu retrouver leur liberté d'appréciation quand ils avaient considéré que, du fait que l'avis du MT ne figurait pas dans le protocole rappelé dans le rapport, l'expertise n'avait fait que perdre sa force probante mais que, ne comportant pas d'indices suffisants, il y avait lieu de recourir à une expertise judiciaire, leur imposant donc, au cas d'irrégularité portant atteinte aux droits de la défense, le recours à une nouvelle expertise et, au cas de simple omission ou d'insuffisance de l'expertise, le recours à un complément d'expertise[4]. Et elle les a encore censurés quand ils avaient considéré que, du fait que la convocation du MT et du MC à l'expertise n'était pas mentionnée dans le rapport, s'agissant d'une formalité substantielle, il y avait lieu de recourir à une expertise judiciaire, leur imposant donc le recours à une nouvelle expertise technique, tout en s'aidant encore de la violation de l'art. R. 142-24 al.1 CSS[5] !

• Si le recours à une nouvelle expertise, au cas de nullité, ne soulève plus de difficultés, en revanche la Cour de cassation a dû conforter sa jurisprudence et imposer cette nullité, approuvant les juges du fond quand ils avaient estimé que le défaut de communication du rapport faisait nécessairement grief à l'assuré[6], ou les censurant quand, en dépit de l'absence de convocation du MC, ils avaient fait leur l'avis de l'expert, auquel il avait été demandé de préciser sa pensée, alors qu'il s'agissait d'une nouvelle expertise technique à laquelle seul le MT avait été convoqué[7], ou quand ils avaient considéré que le défaut de communication du rapport d'expertise à la victime était sans incidence sur la régularité de l'expertise, aucune sanction n'étant prévue par la loi pour cette omission qui ne portait pas atteinte aux droits de la défense[8].

---

1 *Cass. soc. 29 janvier 1969 BC V-63, Droit social sept.-oct. p.541 note VOIRIN préc.*

2 *Cass. soc. 4 juin 1970 BC V-388 préc.*

3 *Cass. soc. 10 décembre 1970 BC V-715.*

4 *Cass. soc. 29 avril 1971 BC V-325.*

5 *Cass. soc. 12 juillet 1988 BC V-440 ; voir aussi Cour de Bordeaux 27 avril et 31 août 2006, CARVALHO c/CPAM Gironde préc.*

6 *Cass. soc. 29 avril 1981 BC V-368.*

7 *Cass. soc. 8 juin 1983 BC V-313 préc.*

8 *Obs. RJS/2001 n°1217 sous arrêt Cass. soc. 8 mars 2001 préc.*

RESTE DONC, COMME LE DENONÇAIT LE PROFESSEUR VOIRIN (UNE NOUVELLE APPLICATION DE LA THEORIE DES EQUIPOLLENTS ?), QUE L'EXPERTISE NE PEUT, FAUTE D'UNE FORMALITE SUBSTANTIELLE, "DEGENERER" EN EXPERTISE ORDINAIRE, ET SANS QUE LA COUR DE CASSATION, POUR IMPOSER LA NULLITE CONDUISANT A UNE "NOUVELLE EXPERTISE MEDICALE", AIT BESOIN DE SE FONDER SUR LA VIOLATION DE L'ART R.142-24 AL. 1 CSS PROPRE A LA SEULE DIFFICULTE D'ORDRE MEDICAL SURVENANT EN COURS D'INSTANCE CONTENTIEUSE[1].

§ 3 – Les difficultés liées aux mesures à prendre au cas d'insuffisance de fond de l'expertise

Pour aborder ces difficultés, et en rappelant que si les auteurs des textes sur la PEM ne se sont jamais prononcé quant aux mesures à prendre en pareil cas, comme d'ailleurs pour les irrégularités substantielles de forme, il ne fait pas de doute qu'il était bien dans leur esprit d'en faire la charte de tout litige en la matière, la solution étant donc exclusivement d'origine jurisprudentielle (si l'on veut bien en extirper la violation de l'art. R.142-24 CSS…), nous nous en tiendrons à la distinction établie pour l'examen des conditions substantielles ou qualités intrinsèques requises à défaut desquelles l'avis de l'expert ne peut conserver sa force probante s'il n'est pas clair, précis, dépourvu d'ambiguïté (A/), ou n'est seulement qu'incomplet, c'est-à-dire ne peut être considéré comme définitif (B/).

A/ Le cas de manque de clarté de l'avis de l'expert

• C'est donc par cette formulation, jurisprudentielle, qu'a été caractérisée l'insuffisance intrinsèque à l'avis de l'expert[2], et qu'on retrouve toujours de nos jours, les auteurs des textes sur la PEM n'ayant jamais précisé que les conditions de régularité formelles auxquelles devait répondre l'avis pour qu'il conserve sa force probante, et seulement avec le décret du 07.01.1959 en renvoyant aux formalités prévues par ce décret (art. 5 al. 5 devenu art. R.141-4 al.5 CSS), ce qui ne rendait pas compte des normes auxquelles il devait répondre pour conserver cette force et que la jurisprudence a donc continué d'établir, ainsi qu'elle l'avait fait, sous l'égide de la Cour de cassation.

Et comme pour l'irrégularité substantielle de forme, il s'est agi pour les juridictions de trouver la solution pour fixer les droits des parties et il était sans doute au moins aussi délicat, sinon plus, quand certaines formalités n'avaient pas été respectées, de faire en sorte de ne pas porter atteinte aux droits de la défense.

Mais si les juridictions ont entendu sanctionner avec la même rigueur l'insuffisance de qualité, elles ont été encore moins enclines à demeurer sur le terrain de la PEM. L'expert ayant émis des conclusions sur lesquelles les juges ne pouvaient fonder leur décision, l'idée a sans doute dû prévaloir que la défaillance constatée rompait en quelque sorte l'obligation de recourir à une nouvelle expertise technique, de telle sorte que réapparaissait le droit commun, avec la possibilité de considérer que l'avis avait perdu sa force probante et de recourir, en tant que de besoin, à une expertise judiciaire.

---

1 *Cass. civ. 2ème 24 mai 2005 NP 03-30558 préc.*

2 *R. LINDON "L'Expert 33 en matière de Sécurité Sociale" JCP 1958 doctrine 1412 préc.*

Mais cette liberté d'appréciation a pu conduire à des jurisprudences surprenantes, où l'expertise technique a pu apparaître comme revêtant le caractère contractuel de l'arbitrage de droit commun, quand la Cour de cassation approuvait les juges du fond d'avoir considéré que l'accord définitif et formel des parties pouvait permettre de recourir à une expertise judiciaire[1], ou quand une cour avait admis que la juridiction pouvait, en cas d'expertise laconique, insuffisante ou entachée d'irrégularité, prescrire une expertise technique, tout en ajoutant qu'elle ne pouvait ordonner, sauf accord des parties, une expertise judiciaire de droit commun[2].

Il était évident qu'au-delà du choix entre expertise technique et expertise judiciaire, une telle position était inacceptable en raison du caractère d'arbitrage forcé et d'ordre public maintes fois affirmé de la PEM, ce qui excluait de pouvoir l'écarter au profit d'une autre procédure. Mais ces décisions présentaient l'intérêt de ne pas exclure formellement l'expertise technique et la Cour de cassation avait même admis la possibilité, au cas d'insuffisance de l'avis imputable à l'expert, de recourir au même expert, à condition que ne soient pas remises en cause les données de l'expertise et ses conclusions[3], ce qui laissait tout de même la faculté d'ordonner l'expertise judiciaire.

Cette grande incertitude a considérablement nui à la rapidité de la PEM, voulue par ses créateurs et la Cour de cassation a fini par imposer le recours à un complément d'expertise technique[4], l'idée étant que c'était faire preuve de bon sens et de logique que de demander au même expert des précisions complémentaires pour ne pas retarder le dénouement du litige, de la même façon que les juridictions de droit commun peuvent le demander à l'expert judiciaire, étant précisé que dans le cas où l'expertise présente de graves lacunes et non pas une simple insuffisance, il ne pouvait y avoir lieu qu'à nullité et recours à une nouvelle expertise technique.

• Si c'est donc un lieu commun que de dire aujourd'hui que le recours à l'expertise judiciaire a été condamné par la jurisprudence, cela ne signifie pas pour autant qu'il ne devait plus subsister de difficultés.

En effet, les juges du fond, forts de leur liberté d'appréciation qu'ils entendaient ne pas perdre, se prononcèrent souvent eux-mêmes sur la difficulté née de l'application d'une expertise antérieure et recoururent même à nouveau à l'expertise judiciaire, pourtant bannie à la faveur de la loi du 23 janvier 1990 permettant au juge d'ordonner, sur demande d'une partie, une nouvelle expertise (art. 3 codifié dans art. L. 141-2 modifié CSS). Certaines juridictions considérèrent en effet qu'il s'agissait d'une loi de fond, en dépit des dispositions du D. du 19 mai 1992 précisant que la nouvelle expertise tombait sous le coup des dispositions des art. R. 141-1 CSS, caractérisant la PEM, sous réserve de dispositions particulières (art. R. 142-24-1 CSS).

La Cour de cassation a donc dû régulièrement censurer ces juges du fond, quand :

- ils s'étaient substitués à l'expert pour une appréciation médicale[5] ;

- ou avaient fait leur l'avis du MT, pour fixer la date de reprise du travail au motif que l'expert n'avait pas suffisamment justifié ses conclusions, en discordance complète avec l'avis du MT[6],

---

1 *Cass. soc. 4 janvier 1957 BC IV-21.*

2 *Cour de Rennes 22 mai 1962, Dalloz 1963 sommaire 44 (CPSS Sud Finistère c/Dame THIEC).*

3 *JCP 1961-II-12089 obs. R.L. sous arrêt Cass. soc. 16 février 1961 préc.*

4 *Cass. soc. 24 mai 1966 BC V-511 préc. ; Cass. soc. 13 octobre 1982 BC V-549 ; Cass. soc. 4 décembre 1985 (CPAM Gironde c/LACAMPAGNE).*

5 *Cass. soc. 28 novembre 1974 BC V-578 préc. ; Cass. soc. 16 avril 1986 (CPAM Saône-et-Loire c/LAPIERRE) ; Cass. soc. 16 novembre 1988 BC V-606 préc. ; Cass. civ. 2ème 3 mai 2006 NP 04-30715 préc.*

6 *Cass. soc. 14 octobre 1993 RJS 1993 n°1141 préc.*

- ou avaient considéré, pour pouvoir admettre la prolongation des IJ au-delà de la date de consolidation fixée par l'expert, que les conclusions du médecin expert étaient en contradiction avec les éléments médicaux et que les documents produits démontraient que la demanderesse ne pouvait reprendre à la date fixée par l'expert une quelconque activité professionnelle[1];

- ou avaient estimé qu'en raison d'un certain nombre d'éléments d'ordre médical l'avis de l'expert ne pouvait s'imposer et que l'état de l'assuré n'était pas consolidé à cette date[2],

- ou avaient estimé, pour pouvoir écarter le lien de causalité entre l'accident et la rechute admise par l'expert, que les conclusions de ce dernier reposaient sur une motivation particulièrement insuffisante, rédigée en terme ambigus et dubitatifs[3],

- ou encore, pour accueillir le recours de l'assuré, avaient considéré que les conclusions de l'expert prises au seul regard de sa spécialité étrangère aux troubles pathologiques de l'intéressé, ne pouvaient utilement fonder la décision contestée[4],

- ou, enfin, avaient estimé que si les conclusions de l'expert retenaient l'absence de relation certaine de la rechute avec l'accident, les éléments médicaux fournis par ce praticien n'excluaient pas l'existence d'un tel lien[5].

Et la Cour de cassation a dû également les censurer quand, en présence d'une demande de nouvelle expertise par l'une des parties, et aussi en l'absence de toute demande, et l'ordonnant d'office[6], ils avaient recouru à une expertise judiciaire[7].

Au complément d'expertise doit donc être ajoutée cette nouvelle expertise dont la fonction, pour l'heure, ne semble n'être que de répondre à l'insuffisance de qualité de l'expertise en cause selon l'appréciation des juges du fond et dont la constatation oblige ces derniers à recourir à l'un ou l'autre.

Faute de demande de nouvelle expertise, la juridiction, qui ne peut donc l'ordonner d'office, n'a d'autre possibilité que de recourir au complément d'expertise et, dans le cas contraire, nous estimons qu'il y a lieu de faire droit à la demande de nouvelle expertise, et même sans pouvoir y opposer la présomption d'imputabilité en faveur de la victime. C'est en tout cas ce qui ressort d'un arrêt assez récent de la Cour de cassation, laquelle impose le recours à la nouvelle expertise qu'avait demandée la victime, ayant censuré les juges d'appel qui avaient accueilli son recours au motif que l'expert avait bien expliqué l'accident par une pathologie préexistante, mais en considérant qu'en l'absence de pièces suffisantes versées aux débats par la caisse, le seul rapport de l'expert ne détruisait pas la présomption d'imputabilité[8].

B/ Cas où l'avis de l'expert est seulement incomplet

Ce cas de figure a suscité beaucoup moins de difficultés en ce sens que, l'avis de l'expert ne comportant pas une véritable insuffisance de qualité, il a été beaucoup plus facilement admis

---

1 *Cass. soc. 24 octobre 1991 BC V-450 préc.*

2 *Cass. soc. 9 mai 1994 BC V-171 préc.*

3 *Cass. soc. 30 avril 1997 RJS 1997 n°754 préc.*

4 *Cass. soc. 5 mai 1998 RJS 1998 n°533.*

5 *Cass. soc. 1er avril 1999 BC V-155.*

6 *Cass. soc. 26 janvier 1995 BC V-43.*

7 *Cass. soc. 4 juillet 1996 BC V-265 ; Cass. soc. 26 juin 1997 BC V-239 ; Cass. soc. 29 octobre 1998 BC V-471 préc.*

8 *Cass. soc. 3 février 2000 Dalloz 2000-1 J 531 note Y. SAINT-JOURS préc ; et voir Section IV suivante relative à la portée de l'avis de l'expert face à la demande de nouvelle expertise et/ou à la présomption d'imputabilité en matière d'AT/MP.*

de pouvoir recourir au même expert sous forme de demande de complément d'expertise, la considération que l'expertise avait été défaillante n'étant plus ici de mise pour y trouver prétexte de ne pas rester sur le terrain de l'expertise technique.

L'expert peut, en effet, avoir simplement omis, dans son rapport, de répondre à l'un des points soulevés, ou alors ont pu apparaître des faits ou éléments nouveaux ne faisant pas partie des données de l'expertise, la question étant ici plus délicate.

Bien qu'on ait assisté, là aussi, à la résistance des juridictions du fond, pour pouvoir retrouver leur liberté d'appréciation, approuvées parfois par la Cour de cassation quand elles avaient ordonné une expertise judiciaire par trois experts, dont l'expert technique[1], la Cour a tout de même admis, beaucoup plus précocement que pour l'insuffisance de qualité, le complément d'expertise, ayant en quelque sorte établi sa position en fonction de l'absence d'imputabilité de l'insuffisance à l'expert, dont l'avis répondait par ailleurs à toutes les exigences de forme et de fond et pouvait être admis comme une base sérieuse pour la décision à prendre.

Il est donc possible pour les juridictions, si elles s'estiment insuffisamment informées, de demander à l'expert des renseignements complémentaires susceptibles de les éclairer[2], ou des précisions à l'égard des documents médicaux produits par l'intéressé et dont il n'avait pas eu connaissance[3], ou de prendre connaissance de nouveaux éléments du dossier et d'en tirer toutes les conséquences utiles[4], et sans pouvoir ordonner une expertise judiciaire, mais solliciter du même expert un avis complémentaire[5].

Dans le cas où une nouvelle expertise a été demandée, il ne semble pas judicieux d'y faire droit, dès l'instant que les juges du fond ont constaté que l'avis était seulement incomplet, le recours au complément d'expertise paraissant s'imposer.

Au terme de l'examen des mesures à prendre au cas d'irrégularité substantielle de forme ou d'insuffisance de fond de l'expertise, il paraît évident que le recours à un complément d'expertise ou à une "nouvelle expertise", du fait de l'annulation de l'expertise antérieure, suppose la reprise de la procédure dans ses formes initiales, le complément d'expertise ne devant pas constituer en réalité une nouvelle expertise[6], sauf à admettre qu'il n'est pas nécessaire d'établir un nouveau protocole[7] ni, pour l'expert, de reproduire dans son nouveau rapport la mention des formalités précitées, si elles figuraient dans le rapport initial[8], étant par ailleurs seul juge quant à savoir si un nouvel examen de la victime s'impose[9] ou s'il doit provoquer de nouvelles explications contradictoires des parties[10]. Et rien ne s'oppose, au cas de "nouvelle expertise", à ce que le même expert soit désigné, si les parties en sont d'accord, l'acceptation du choix de la victime ne pouvant ni être présumée ni lui être imposée[11].

L'art. 142-24 al. 1 CSS issu de l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 propre à la DOM survenant en cours d'instance et imposant le recours à la PEM n'a donc jamais pu constituer le fondement de ce retour à l'acte initial, de telle sorte que l'al. 2 de cet art. issu du D. du 20 mai 1965 et imposant dans ce cas la fixation de la mission de l'expert par la juridiction, n'a jamais pu traduire, face à une difficulté proprement judiciaire, un accroissement des pouvoirs du juge, quand il avait été écrit que :

---

1 *Cass. soc. 18 décembre 1956 BC IV-952 préc.*

2 *Cass. soc. 10 février 1955 BC IV-115.*

3 *Cass. soc. 3 mai 1957 BC IV-512.*

4 *Cass. soc. 7 novembre 1959 BC IV-1100 préc.*

5 *Cass. soc. 28 mars 1960 BC IV-333 ; Cass. soc. 27 octobre 1964 BC IV-717 ; Cass. soc. 13 octobre 1982 BC V-549 préc. ; Cass. soc. 4 décembre 1985 CPAM Gironde c/LACAMPAGNE préc.*

6 *Cass. soc. 13 avril 1961 BC IV-402 préc.*

7 *Cass. soc. 14 janvier 1970 BC V-28.*

8 *Cass. soc. 4 octobre 1968 BC V-424.*

9 *Cass. soc. 14 mars 1963 BC IV-255.*

10 *Cass. soc. 21 janvier 1987 (CPAM Charente-Maritime c/BERGAUD).*

11 *"La Presse Médicale" 25 novembre 1961, note extraite du BJ FNOSS n°41-1961.*

"La juridiction est dépourvue d'un moyen d'action en ce qui concerne l'exécution de sa mission"[1], à propos de la "nouvelle expertise", sauf à transgresser la procédure par empiètement sur les pouvoirs des parties et à générer des confusions.

L'arrêt MOUGENE précité[2] a cela de remarquable qu'il a opéré l'indispensable recentrage de la violation de l'art. R.142-24, véritable "parasite" dans la censure des juridictions du fond, quand elles se sont substituées à l'expert dans une appréciation médicale ou ont ordonné une expertise judiciaire, sans recourir à un complément d'expertise ou à la nouvelle expertise demandée.

Hélas, le recours à la violation de cet article vient encore de réapparaître comme pour sauver une fois de plus la jurisprudence de ses innombrables hésitations (il est vrai que la deuxième chambre civile a succédé à la chambre sociale pour le contentieux de la Sécurité Sociale)[3].

En outre, la DOM prétendue apparaît "surabondante", dans la mesure où les juges d'appel ont subordonné la reprise d'une activité professionnelle, estimée possible par les deux experts à la même date dans un poste aménagé et homologuée par le TASS, à l'aménagement de ce poste, offert par l'employeur plus de quinze mois plus tard, prolongeant d'autant l'arrêt de travail qui obéissait à la seule attente de cet aménagement, en dehors de toute base légale qui aurait établi une incapacité temporaire totale de travail (l'assuré n'ayant pas été déclaré inapte à tout travail), ce qui leur permettait d'infirmer le jugement du TASS, la Cour de cassation admettant quant à elle la DOM comme telle[4].

Quand il satisfait aux conditions de forme et de fond, l'avis de l'expert se suffit donc à lui-même, tranchant le litige sans pouvoir être combattu, ni par la nouvelle expertise demandée par l'une des parties ni par la présomption d'imputabilité, quand il s'agit du caractère professionnel de l'accident ou de la lésion, et ce n'est que dans le cas où il n'est pas suffisamment probant qu'il peut être donné suite à la demande de nouvelle expertise ou fait application, le cas échéant, de la présomption d'imputabilité, faute de quoi la juridiction doit en tirer les conséquences.

Les nombreuses difficultés survenues montrent que le rapport entre expertise médicale, nouvelle expertise et présomption d'imputabilité n'est pas toujours bien entendu et il nous est apparu nécessaire d'apporter quelques précisions à ce sujet.

SECTION IV – L'AVIS DE L'EXPERT FACE A UNE DEMANDE DE NOUVELLE EXPERTISE ET/OU A LA PRESOMPTION D'IMPUTABILITE EN MATIERE d'AT/MP

---

1 *Obs. JP BRUNET sous arrêt Cour d'Amiens du 4 avril 1962, JCP 1964-II-13785, reprises par A. CHAZAL dans "l'expertise médicale dite « technique » en matière de Sécurité Sociale", thèse 1966 Clermont-Ferrand p.494 n°881.*

2 *Cass. soc. 13 mai 1976 JCP 1978-II-18884.*

3 *Cass. civ. 2ème 3 mai 2006 NP 04 30715 CPAM Dijon c/X… préc.*

4 *Pour un cas similaire où les juges du fond sont ici censurés, non pas pour avoir ignoré la « DOM » mais justement pour avoir passé outre à l'avis de l'expert, qui estimait que l'assuré n'était pas inapte à tout travail, et accordé les IJ tant qu'il n'était pas physiquement apte à assurer le travail lui incombant, Cass. civ. 2ème 20 septembre 2005 NP 04 30307 préc.*

• Si les auteurs de la loi du 23 janvier 1990 (art. 5 codifié dans art. L. 141-2 CSS) ont entendu que la solution du litige ne soit plus nécessairement dictée par un seul avis, le "bridage" qu'ils ont fait de la nouvelle expertise, en la subordonnant à la demande d'une partie et au pouvoir d'appréciation du juge, devait conduire à ce que les pouvoirs de ce dernier ne soient pas radicalement modifiés, l'avis conservant sa force probante quand il répondait aux conditions de forme et de fond, et la Cour de cassation approuvant les juges du fond d'avoir refusé d'ordonner la nouvelle expertise demandée[1].

Cette dernière, rappelons-le, obéit en effet aux règles caractérisant la PEM, hormis les dispositions particulières visées à l'art. R.142-24-1 CSS.

Mais, en dépit de ce "cadenassage", on devait assister à force tentatives de ces juges, puisque l'avis ne s'imposait plus à eux, pour continuer, quant à la difficulté d'application d'une expertise antérieure, de se prononcer eux-mêmes[2], ou même considérer qu'il s'agissait d'une loi de fond quand, par exemple, ils ordonnaient d'office la nouvelle expertise[3], ou quand ils considéraient que la nouvelle expertise, ordonnée sur demande d'une partie, était une expertise judiciaire soumise aux règles du NCPC[4], ou ordonnaient une expertise judiciaire en les formes du droit commun[5], encourant justement la censure de la Cour de cassation.

Il appartient donc aux juridictions du fond d'admettre que la nouvelle expertise demandée se situe dans la sphère de la PEM, sans pouvoir constituer une nouvelle occurrence permettant aux juges de retrouver leur liberté d'appréciation, même si l'avis de l'expert ne s'impose plus à eux, dans la mesure où il continue de s'imposer aux parties.

Pour n'être donc qu'un remède à l'insuffisance de cet avis, la nouvelle expertise n'en fournit pas moins la possibilité d'un éclairage supplémentaire, la question demeurant de savoir quelle pourrait être l'évolution de la jurisprudence, laquelle, tout en préservant le champ d'application de la PEM, restreindrait encore la portée de l'expertise, de telle sorte que la nouvelle expertise perdrait de son caractère subsidiaire actuel, mais cette question a bien trait à l'avenir de l'EM[6].

• Si les auteurs de la loi du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des AT/MP ont donné une définition de l'AT (comme ceux de la loi d'avril 1898)[7] pour la reconnaissance duquel la jurisprudence avait créé une présomption d'imputabilité en faveur de la victime, sauf preuve contraire[8], ils n'ont pas entendu pour autant que le pouvoir de l'expert médical pût être mis en concurrence avec celui des juges, du fait que ces derniers apprécient souverainement le jeu des présomptions, ni que la caisse, qui pouvait contester le caractère professionnel de l'accident ou de la lésion, put utiliser discrétionnairement la PEM.

Leur but était bien de faire de la PEM, non une mesure d'instruction, mais un mode particulier d'établissement de la preuve autonome et rapide, quand surgissait une divergence d'ordre médical entre le MC et le MT sur l'état de la victime, et notamment sur le caractère professionnel de la lésion ou de la maladie, ou à la suite d'une demande de la victime[9], ce qui ne pouvait conduire à considérer que les questions nécessairement intrinsèques d'imputabilité, voire de causalité, puissent être extirpées de la compétence de l'expert au profit des prérogatives traditionnelles du juge.

---

1 *Cass. soc. 27 mai 1993 RJS/1993 n°796 ; Cass. soc. 9 mai 1996 RJS/1996 n°850.*

2 *Cass. soc. 14 octobre 1993 RJS/1993 n°1141 ; Cass. soc. 9 mai 1994 BC V-171 ; Cass soc. 30 avril 1997 RJS/1997 n°753 ; Cass. soc. 31 octobre 2000 RJS/2001 n°121 tous préc.*

3 *Cass. soc. 26 janvier 1995 BC V-43 préc.*

4 *Cass. soc. 4 juillet 1996 BC V-265 préc.*

5 *Cass. soc. 29 octobre 1998 BC V-471 préc.*

6 *Voir infra chap. II suivant.*

7 *Voir art. L.411-I CSS.*

8 *Cass. Chamb. Réunies 7 avril 1921, S. 1922-1-81, et jurisprudence constante.*

9 *A l'origine art. 27 bis loi du 30.10.1946 et art. 43 D. 31.12.1946, devenu art. R.442-1 CSS).*

En fait, comme nous l'avons amplement développé à propos du déclenchement de la PEM[1], l'initiative de la caisse visée par les auteurs de l'arrêté du 24 ,juillet 1956 propre à la procédure en matière d'AT/MP[2], par distinction avec la demande de la victime et des juridictions, et qui ne pouvait donc viser que les cas de recours obligatoire à la PEM par la caisse, tels que mentionnés à l'origine, a pu engendrer une initiative facultative, c'est-à-dire déconnectée de la divergence d'ordre médical entre le MC et le MT et à laquelle le déclenchement était normalement subordonné.

En effet, les auteurs du D. du 07 janvier 1959 reprenaient le texte de l'arrêté, à travers "l'initiative de la caisse", dans le cadre des dispositions générales qu'ils créaient, tandis que demeuraient bien les cas de recours obligatoire à la PEM, dans les dispositions spécifiques aux AT/MP[3]. C'était le dédoublement parfait, en quelque sorte, et que devait reprendre la circulaire d'application du D. 07.01.59[4].

De là à penser que l'avis de l'expert "combattrait" la présomption d'imputabilité et rivaliserait avec toutes preuves, il n'y avait qu'un pas que caisses et juridictions franchirent, allègrement, et on ne compte plus les décisions faisant apparaître cette querelle, avec la présomption détruite ou pas, la preuve contraire rapportée ou pas, quand ce n'était pas l'exclusion pure et simple au détriment de la solution purement médicale, ces décisions n'ayant d'égales que celles, émanant d'ailleurs de la Cour de cassation, et confirmant le principe de la compétence de l'expert technique en ce qui concernait les contestations de l'imputabilité fondées sur des motifs d'ordre médical et la force probante de l'avis de l'expert.

Nous voulons dire par là que les questions de fait et de présomption de matérialité, d'imputabilité ou de causalité, de la compétence des juges du fond, prirent trop souvent le pas sur les questions d'ordre purement médical relatives à l'état de la victime et relevant des attributions techniques du médecin expert, quand les juges n'avaient d'autre pouvoir que celui de l'interprétation de son avis pour savoir si, satisfaisant aux conditions de forme et de fond, il réglait indiscutablement le litige.

Que penser de "l'interprétation" faite de son avis,

- Quand l'expert avait conclu qu'une double hernie n'était pas la conséquence de l'effort fait en travaillant, en spécifiant "qu'il était impossible d'affirmer qu'il y ait eu aggravation", mais qu'étaient caractérisées la rechute de l'accident et la lésion[5] ?

- Ou, quand l'expert avait conclu à l'origine congénitale de l'état latent d'une hernie, mais qu'était établi de façon certaine, et sans qu'on en trouve infirmation dans son rapport, que cette lésion a été extériorisée, révélée ou aggravée pendant le travail[6] ?

- Ou, quand l'expert avait conclu à l'absence du caractère professionnel de la rechute alléguée, mais que cet avis ne pouvait s'imposer en raison de l'apparition d'un fait médical nouveau après le dépôt du rapport d'expertise et que la décision avait pu s'établir sur d'autres documents médicaux[7] ?

---

1 *Voir supra 1ère partie – Chap. II – Section I - § 1.*

2 *Arrêté pris en application du D. 13 août 1955 qui créait un art. 27 bis dans la loi du 30 octobre 1946 pour tenir compte de la suppression de l'art. 33 ord. 19 octobre 1945.*

3 *Rappel art. L.442-6, R. 433-15, R. 433.17 et R. 442-1 CSS issus loi du 30 octobre 1946 et décret du 31 décembre 1946 préc. dans supra 1ère partie – Chap. II – Section I "Le déclenchement de la procédure*".

4 *Titre I – Chap. II - § 2.*

5 *Cass. soc. 25 janvier 1951 BC III-53.*

6 *Cass. soc. 16 janvier 1958 BC IV-107 et voir pour une jurisprudence abondante : A.CHAZAL, L'expertise médicale dite « technique » en matière de Sécurité Sociale, thèse 1966, Clermont-Ferrand p. 408.*

7 *Cass. soc. 19 février 1959 BC IV-260.*

- Ou encore, quand l'expert avait conclu que la lésion n'avait été ni révélée ni aggravée par l'accident, tout en indiquant qu'elle avait été préexistante à l'effort accompli, mais que la juridiction, qui avait constaté que l'ouvrier ne s'était jamais plaint de la hernie avant l'accident et avait, au cours de son travail, ressenti une vive douleur et que le MT avait constaté lors de l'examen une hernie inguinale droite, avait pu véritablement décider que la lésion avait été aggravée et révélée par un effort et qu'elle devait en conséquence être attribuée à un AT[1] ?

Que penser encore de ces considérations,

- Que le litige, portant sur la matérialité de l'accident allégué survenu au temps et au lieu de travail (lombalgie), était de caractère préalable et donc non médical, excluant par suite le recours à la PEM ordonnée par les juges du fond à la suite du désaccord sur l'origine traumatique ou pathologique des troubles invoqués[2] ?

- Ou que, l'expert ayant admis la relation de cause à effet entre l'entretien du salarié avec son employeur et la dépression nerveuse, et la caisse contestant le caractère professionnel de l'accident et des lésions, les juges du fond, qui s'étaient déterminés en fonction de ce lien de causalité établi par l'expert, apprécient souverainement si un AT est survenu par le fait ou à l'occasion du travail[3] ?

• Il est heureux que la Cour de cassation ait assez récemment censuré les juges du fond lesquels, succombant encore à "l'attraction" de la présomption d'imputabilité, avaient estimé que l'avis de l'expert, ce dernier ayant expliqué l'accident par une pathologie lombaire préexistante, ne détruisait pas la présomption d'imputabilité en l'absence de pièces supplémentaires versées aux débats et alors même qu'une demande de nouvelle expertise avait été faite par la victime, ce qui recentre parfaitement les questions de l'imputabilité, voire de la causalité, dans le cadre de la DOM qu'elles ont pu engendrer[4].

Mais "l'attraction" demeure quand, l'expert ayant conclu que "l'anévrisme était une manifestation vasculaire consistant à un état pathologique préexistant sans lien avec l'activité professionnelle et que nous ne retrouvions, à l'interrogatoire, aucun élément déterminant qui permette d'établir un lien de cause à effet entre l'activité professionnelle et le stress décrit par le patient et la rupture d'anévrisme", la Cour de cassation estimait que les juges du fond n'étaient pas tenus par l'appréciation de fait donnée par l'expert sur ce lien de cause à effet.

Elle les approuvait en effet d'avoir substitué leur propre appréciation à celle de l'expert en se fondant sur un rapport d'enquête administrative de la caisse établissant " l'existence d'un état de stress de la victime lié à la reprise de son activité professionnelle le jour de l'accident, lors du trajet pour se rendre à son travail, et que cet état de stress avait pu précipiter l'évolution de la pathologie dont souffrait Madame X…"[5]; la caisse ne rapportant pas la preuve d'un cause totalement étrangère au travail et la présomption d'imputabilité non détruite…

• Il apparaît que cet empiètement a été facilité par certaines positions doctrinales auxquelles nous ne pouvons, en l'état actuel, pas souscrire, en ce sens qu'elles prônent la compétence exclusive des juridictions en la matière :

"Il est tentant de considérer que les problèmes de causalité sont exclusifs du domaine de l'expertise technique, que le juge, s'il a besoin de renseignements pour trancher la difficulté, doit

---

1 *Cass. soc. 20 décembre 1961 BJ FNOSS n°39-1963 (TIRANO c/HOUILLERES DU BASSIN DES CEVENNES.*

2 *Cass. soc. 24 juin 1987 BC V-417.*

3 *Cass. civ. 2ème 1er juillet 2003 RJS/2003 n° 1222 préc.*

4 *Cass. soc. 3 février 2000 Dalloz 2000-1 J. 531 note Y. SAINT-JOURS.*

5 *Cass. civ. 2ème 5 juin 2008 RDSS 2008-1173, commentaire P.Y. VERKINDT, qui justifie la solution par des considérations d'équité.*

avoir recours à l'expertise judiciaire ordinaire (art. 19 du D. du 22 décembre 1958 – voir actuellement art. R. 142-22 CSS), et qu'en tout cas, en admettant que l'expertise technique du D. du 07 janvier 1959 (art. L. 141-1 CSS) soit utilisée, elle ne devrait pas avoir le pouvoir particulier de s'imposer à la juridiction…"[1].

Il ne nous échappe pas que, dans cette obligation légale, incontournable pour les parties et la juridiction, de recourir à la PEM au cas de DOM relative à l'état du malade ou de matière, mais ce n'est pas parce que la caisse la perd parfois de vue qu'il faut prôner la transgression de la répartition des compétences.

On saura gré à l'annotateur qui vient d'être cité d'avoir, somme toute, "vu" le problème quand il estime "que la manière de poser la question à l'expert préfigure la solution, et que si on lui demande :

"Y a-t-il un rapport de cause à effet entre le traumatisme et l'état actuel" ?, il répondra souvent qu'il ne peut affirmer le rapport par suite de la possibilité du rôle du de l'état antérieur, ce qui induit le rejet de la demande, et qu'au contraire, si la question posée tient compte du rôle juridique de la présomption, et aussi du fait qu'il est admis que la causalité est impartageable juridiquement :

"L'expert peut-il affirmer médicalement qu'il est impossible que l'accident ait eu un rôle quelconque dans l'état actuel" ? il répondra, pour les mêmes raisons, négativement, ne pouvant aller jusqu'à affirmer que, sans l'accident, l'état se serait par lui-même certainement aggravé ou modifié pour arriver à l'état actuel et que l'accident n'a eu aucun rôle, fût-ce déclenchant ou aggravant".

En définitive, même si les experts n'ont souvent pas les connaissances juridiques suffisantes en la matière, ce qu'il est difficile de leur reprocher, il apparaît que ce n'est pas tant dans une insuffisance fondamentale de la législation que dans la manière dont cette législation est appliquée, que de nombreux litiges trouvent leur origine.

Les caisses, comme les juridictions d'ailleurs, devraient donc porter plus d'attention à la rédaction de la mission d'expertise, faisant ainsi en sorte que les experts tiennent obligatoirement compte, dans leurs rapports, d'impératifs imposés par les présomptions d'imputabilité ou de causalité dont bénéficie la victime, et qui doivent demeurer dans le cadre de la PEM qu'elles ont pu appeler, les auteurs de cette dernière n'ayant manifestement jamais voulu qu'il pût en être autrement[2].

Cela éviterait bien des procédures mettant en cause la portée de l'avis de l'expert, et contribuerait sans aucun doute à ramener les critiques et controverses à de plus justes proportions.

Nous en avons ainsi terminé avec la partie proprement technique de notre étude et, au terme de plus d'un demi-siècle d'existence, ponctuée d'une querelle permanente mettant en jeu les pouvoirs du juge face à ceux conférés à l'expert ou aux parties et où, somme toute, l'EM a acquis ses "lettres de noblesse", la question qui vient à l'esprit est celle de son avenir, le contexte de 1945 n'étant plus celui d'aujourd'hui, si bien que l'exigence d'équité est très forte.

Nous voulons parler essentiellement de l'attraction qu'exerce un type d'expertise judiciaire, tel qu'il existe en matière d'AT/MP dans le régime agricole et calqué sur la procédure civile, compte tenu des stipulations de l'art. 6 § 1er de la Conv. EDH relatif au droit au procès en matière civile, à moins d'une jurisprudence qui restreindrait seulement la portée qu'elle accorde à l'EM, laquelle ne s'impose d'ailleurs plus au juge, ce qui préserverait son champ d'application et sa procédure…

---

[1] *Obs. JP BRUNET sous arrêt Cour d'Amiens 4 avril 1962 (KORA-LEWSKI c/CPSS Lens), JCP 1964-II-13785 (n°30 22 juillet 1964).*

[2] *Le Professeur DUPEYROUX a parlé de "déclin de la présomption d'imputabilité", Dalloz 1971 p.81*

CHAPITRE II

L'AVENIR DE L'EXPERTISE MEDICALE

Poser la question de l'avenir de l'expertise médicale (EM) revient à tenter un exercice périlleux pour y répondre, mais auquel nous ne pouvons nous soustraire.

Née dans des circonstances historiques particulières, et ayant largement dépassé le demi-siècle, le moment est-il venu de considérer que l'EM a "fait son temps", qu'elle n'est plus adaptée aux exigences actuelles du droit ou à l'évolution des garanties sociales , ce qui confèrerait à l'étude que nous lui avons consacrée la connotation d'un "dernier adieu du soleil au déclin", non sans lui avoir rendu sa vérité en raison des atteintes qu'elle a subies et que nous ne pouvons laisser inscrites comme telles à la postérité ?

Il est vrai que l'EM est plutôt "minée" par l'exemple du régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole, duquel est exclue la grande distinction classique entre EM et contentieux technique au profit de la compétence exclusive du contentieux général, avec régime de l'expertise du code de procédure civile (CPC).

Mais il est tout de même surprenant que ce soit le régime des salariés agricoles, qui s'était désolidarisé de la loi du 30.10.1946, laquelle ébranlait le fondement de l'ordre juridique avec l'assurance obligatoire et la suppression du lien de responsabilité entre l'employeur et la victime, en demeurant attaché au principe de la responsabilité personnelle du premier instaurée par la loi du 09.04.1898, qui constitue aujourd'hui la menace la plus sérieuse depuis qu'il a rejoint les rangs du régime général des salariés avec la loi du 25 octobre 1972, et auquel se sont joints les non-salariés agricoles, avec la loi 2001-1128 du 30 novembre.

En effet, tout en unifiant ces régimes le législateur de 1972, puis celui de 2001 dans le droit fil, n'ont pas pour autant adopté la grande distinction classique avec la dévolution des contestations relatives à l'état de la victime à l'EM et celles relatives à l'état et au taux d'incapacité permanente de travail au contentieux technique.

On l'a compris, le juge compétent, s'il n'est plus celui du droit commun mais celui du contentieux général de la sécurité sociale, a conservé l'essentiel de ses prérogatives traditionnelles, ce qui fait donc du régime des accidents du travail/maladies professionnelles (AT/MP) dans le domaine agricole une exception au principe de la distinction que nous avons largement exposée dans le chapitre intitulé "expertise médicale et contentieux technique"[1], et on serait presque tenté de dire que les jours de l'EM sont comptés.

---

[1] *Voir supra 1ère partie – Chap. 1 – Section II - § 2.*

Mais l'idée n'est-elle pas trop restrictive et l'opposition trop tranchée entre "pouvoirs" de l'expert et pouvoirs du juge quand on sait que le dispositif d'ensemble pour les AT/MP dans le régime agricole ne méconnaît pas pour autant toute distinction, celle-ci étant sous-jacente en quelque sorte.

Il faut en effet rappeler que, dans le régime des salariés agricoles, pour les contestations relatives à l'état de la victime, le décret du 29 juin 1973 relatif aux prestations, pris en application de la loi précitée du 25 octobre 1972, devait faire place à une procédure préalable obligatoire, sous forme d'un nouvel examen médical (NEM) pratiqué par un médecin désigné d'un commun accord entre le médecin-conseil (MC) et le médecin traitant (MT), et dont les résultats ne s'imposaient pas aux parties, celles-ci pouvant alors saisir la juridiction du contentieux général au cas de désaccord[1]. Pour les contestations relatives à l'incapacité permanente de travail (y compris à la date de guérison ou de consolidation) un autre décret, du 29 juin 1973 également, propre au contentieux et pris aussi en application de la loi précitée du 25 octobre 1972, tout en retenant la compétence de principe du contentieux général pour l'ensemble des différends nés de l'application de la réglementation en matière d'AT/MP survenus aux salariés agricoles avec régime de l'expertise du CPC (excluant donc celui de l'EM), a édicté une procédure préalable de conciliation devant le président de la juridiction et, faute d'accord, le litige était alors inscrit d'office à la première audience utile de la juridiction[2]-[3].

En outre, cette grande distinction classique s'est trouvé renforcée il n'y a pas si longtemps avec la loi du 23 janvier 1990 qui a conféré à la procédure d'expertise médicale (PEM) un second souffle, même si l'avis de l'expert ne s'imposait plus à la juridiction, en donnant à cette dernière la possibilité d'ordonner, sur demande d'une partie, une nouvelle expertise[4] et, il n'y a pas si longtemps, avec la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui a renforcé le caractère juridictionnel des (tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) en y imposant la présidence d'un magistrat honoraire de l'ordre administratif ou judiciaire (ou, à défaut, d'une personne qualifiée par sa compétence et son expérience juridique et présentant toute garantie d'indépendance et d'impartialité au regard des dossiers que le TCI aura à juger), nommé par le Ministre de la Justice pour une durée de trois ans et assisté de deux puis d'un assesseur représentant les salariés et un assesseur représentant les employeurs et travailleurs indépendants, selon le principe fondamental de l'échevinage naturellement maintenu, et eux aussi nommés pour trois ans par le premier président de la cour d'appel[5].

En présence de ces forces stabilisantes de l'état existant, la question de l'avenir de l'EM n'est pas aussi aisée qu'il y paraît et, pour partie au moins, liée à l'évolution de la grande distinction classique entre contestations sur l'état du malade ou de la victime propres à la PEM et celles sur l'incapacité, propres au contentieux technique.

Et la conjugaison du renforcement de cette distinction avec l'existence, dans ce régime dont on se réclame volontiers, de règles empruntées à l'EM, mais ne permettant de régler le litige par le nouvel examen médical (NEM) que si les parties en sont d'accord, et donc sans garantie d'une solution rapide, compromise aussi par l'absence de rythme imposé dans le déroulement de

---

1 *Art. 35, 36 et 37 devenus art. R. 751-133 à 135 Code rural par D. 2005-368 du 19 avril.*

2 *Décret devenu art. R. 142-32 à 142-40 CSS lors de la codification des textes réglementaires en 1985.*

3 *Rappel de l'extension de l'ensemble de ce dispositif aux non-salariés agricoles à la suite de la loi 1128-2001 du 30 novembre établissant la compétence du contentieux général : voir art. D. 751-82 Code rural issu D. 2002-200 du 11 janvier pour les contestations sur l'état de la victime, et voir art. R. 142-49 à 52 CSS issus du D. 2003-846 du 29 août pour les contestations relatives à l'incapacité permanente de travail (y compris à la date de guérison ou de consolidation).*

4 *Voir art. L. 141-2-1 CSS.*

5 *Voir, pour l'ensemble, art. L. 143-1 et 2 modifié CSS.*

la procédure et par le risque de multiplication des expertises, nous conduit à penser que, en dépit de l'attraction qu'exerce ce régime (section I), il peut paraître difficile de supprimer l'EM, quand celle-ci n'encourt plus le reproche fondamental de s'imposer au juge, sa procédure et son champ d'application paraissant dès lors pouvoir être préservés (section II).

SECTION I – L'ATTRACTION DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE OU L'EXEMPLE DU REGIME DEROGATOIRE PROPRE AUX AT/MP DANS LE DOMAINE AGRICOLE

• Nous avons déjà largement décrit les caractéristiques particulières de ce régime et évoqué par là même la référence qu'il constitue quand se déverse le flot de critiques sur la PEM.

Ce régime ménage en effet les prérogatives traditionnelles du juge, dont il ne s'est d'ailleurs jamais démarqué, et aussi exceptionnel qu'il soit par rapport au principe de la distinction classique entre EM et contentieux technique applicable à tous les autres régimes, y compris celui des assurances sociales dans le domaine agricole concerné, il n'en constitue pas moins une menace sérieuse pour ce qui, au fond, loin d'être alors un principe, ne serait qu'une exception tolérée par le droit civil qui ne se départirait jamais de son côté centralisateur, de telle sorte que EM et contentieux technique en seraient presque condamnables, comme dérogeant à une norme fondamentale supérieure, celle des grands principes du droit.

Il n'est pour s'en convaincre que de rappeler les critiques formulées à leur égard et dont leurs auteurs, dans leur volonté de faire pâtir de la comparaison la PEM en proposant des réformes, ne s'en référèrent qu'à un seul des deux décrets précités du 29 juin 1973 (73-599), qui édictait des dispositions spéciales relatives à la réparation des AT/MP survenues aux salariés agricoles et, en particulier, pour les contestations concernant l'incapacité permanente de travail, ainsi que la date de guérison ou de consolidation (et donc du ressort exclusif de la compétence du contentieux général), ignorant au fond, pour le sujet qui nous préoccupe, le plus signifiant, l'autre décret du même jour (73-598) dont on peut se demander s'ils en ont bien pris connaissance.

En imposant donc une procédure préalable à toute saisine de la juridiction pour les contestations sur l'état de la victime, et dans laquelle le MC et le MT avaient un rôle prépondérant pour la désignation du médecin chargé d'un nouvel examen médical (NEM), de leur commun accord, sur la liste des experts près les cours et tribunaux, ce décret procédait en effet largement de la PEM permettant de régler le litige, si les parties tombaient d'accord sur les conclusions de l'expert[1].

Il est paradoxal que ces auteurs aient pu commettre pareille omission, au nom du régime dont ils se réclamaient, tandis qu'ils fustigeaient abondamment la PEM dont ce régime est, somme toute, largement inspiré[2].

Mais, après tout, il n'y a là rien d'étonnant quand on sait que d'autres critiques ont conduit leurs auteurs, se voulant ici plus ironiques, à commettre d'invraisemblables maladresses quand ils purent penser, toujours à propos de la PEM, que l'examen spécial du malade conjointement par le MC et le MT et propre à l'assurance longue maladie (ALM) puis aux ALD,

---

[1] *Rappel art. R. 751-133 à 135 Code rural.*

[2] *H. GAILLAC avec le concours de M. YAHIEL, "le Contentieux de la Sécurité Sociale : bilan et perspectives" – rapport de 1983 au ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité et au ministre de la Justice, p. 23, 24, 40, 49, 98.*

avait pu en faire partie (avant toute divergence !), ce qui généra de surprenantes jurisprudences[1], ou que le choix de l'expert par le MC ou le MT n'avait jamais pu s'exercer que sur une liste dressée par le DDASS[2], alors que seul le choix de ce dernier, lequel n'intervenait qu'à titre subsidiaire faute d'accord entre le MC et le MT ou, dans les régimes spéciaux, lorsque le MT n'était pas en situation d'indépendance vis-à-vis de l'organisation spéciale de sécurité sociale), devaient obligatoirement s'exercer sur cette liste.

Et cette dernière confusion fit notamment prendre faussement pour cible, après l'instauration d'une liste d'experts judiciaires spécialisés en matière de Sécurité Sociale (art. 1er D. 86-658 du 18 mars modifiant l'al. 1er art. R. 141-1 CSS) à laquelle devaient obligatoirement se référer le MC et le MT et dont l'auteur se louait, cette liste dressée par le DDASS, "tellement il n'était que temps de pratiquer l'œcuménisme et de faire cesser les chapelles comme les particularismes qui ne s'imposent nullement… et d'envisager la création d'une liste unique d'experts…"[3], l'opposition frontale d'autant plus malvenue que les deux médecins devaient retrouver l'exercice de leur choix indépendamment de toute liste, ainsi qu'il en avait été depuis l'origine jusqu'à cette éphémère obligation, seul le DDASS continuant de devoir obligatoirement recourir à cette liste nouvelle (art. 1er D. 88-421 du 20 avril modifiant à nouveau l'al. 1er R. 141-1 CSS).

On saura tout de même gré à un autre auteur émérite qui, s'inquiétant légitimement de la force probante laissée à l'avis de l'expert selon la jurisprudence de la Cour de cassation, alors qu'il ne s'imposait plus à la juridiction compétente (art. 3 loi 23 janvier 1990 modifiant art. L. 141-2 CSS), n'excluait pas une évolution de la jurisprudence à ce sujet, de n'avoir pas pu faire autrement que d'en référer au décret oublié dans le rapport précité de 1983 (et à lui seul !), la comparaison avec l'expertise judiciaire paraissant alors beaucoup plus équitable :

"C'est d'ailleurs à une expertise inspirée des règles propres à l'expertise judiciaire de droit commun qu'il a été recouru pour l'application de la loi 72-965 du 25 octobre modifiée relative à la protection des salariés agricoles contre les AT, pour résoudre les différends d'ordre médical : les conclusions de l'expert, désigné d'un commun accord par les parties et, à défaut, par le président du tribunal des affaires de Sécurité Sociale, ne s'imposent pas aux parties et peuvent être contestées devant la juridiction saisie du litige (D. 73-598 du 29 juin modifié, art. 35, 36 et 37)"[4]-[5].

• Cette excellente observation situe bien le centre de gravité quant au choix entre EM et expertise judiciaire, ce régime agricole ne méconnaissant pas, pour les contestations relatives à l'état de la victime, l'idée de base de la PEM selon laquelle la solution peut intervenir en dehors de toute phase judiciaire mais retenant, pour les contestations relatives à l'IPT, une procédure exclusivement judiciaire, laissant place à une phase préalable de conciliation auprès du président de la juridiction avant, faute d'accord, saisine de la juridiction elle-même, et à laquelle, seule, dans une sorte de plaidoyer "pro domo", se référèrent donc les auteurs du rapport précité de 1983 (D. 73-599 du 29 juin).

Or, dans une comparaison entre EM et expertise judiciaire telle qu'aménagée pour le régime des AT/MP dans le domaine agricole, on ne peut occulter l'autre décret du même jour (73-598) dont les dispositions, pour les divergences d'appréciation médicale relatives à l'état de la victime, procèdent largement des règles de la PEM, ainsi que nous venons de le dire, en raison du recours obligatoire à un nouvel examen médical (NEM) dont les résultats ne s'imposent pas aux parties et pratiqué par un médecin choisi d'un commun accord entre le MC et le MT ou, à défaut,

---

1 *R. LINDON, L'expert 33 en matière de Sécurité Sociale, JCP 1958 doctrine 1412.*

2 *M. LEBLANC dans rapport précité de 1983, annexe 7 p.123.*

3 *M. OLIVIER, Une nouvelle rubrique sur les listes judiciaires : les experts en matière de Sécurité Sociale, journal de médecine légale – droit médical 1987 – T30 n° 2 – p. 96-97 préc.*

4 *X. PRETOT, Les grands arrêts du droit de la Sécurité Sociale, Dalloz 2ème édition 1998 p. 582.*

5 *Rappel que ces art. 35, 36 et 37 ont été codifiés art. R. 751-133 à 135 Code rural.*

par le président du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS…), CE QUE RAPPELAIT DONC, A JUSTE TITRE, L'AUTEUR QUE NOUS VENONS DE CITER.

Il apparaît, par suite, que la seule question sérieuse qui pourrait se poser en l'état est, non pas tant celle d'une refonte totale du système avec l' "obsession" d'un retour à un régime d'expertise judiciaire où, somme toute, serait sacrifiée l'essence de l'EM, à savoir le caractère obligatoire de sa procédure et sa force probante, que celle de la seule modification de la portée de l'avis de l'expert, ce qui préserverait le champ d'application et la procédure et, du même coup, la distinction entre expertise médicale et contentieux technique.

En effet, il n'est pas dans la tradition du droit social français de confondre les contestations relatives à l'état du malade ou de la victime, avec celles relatives aux états d'incapacité dans un même contentieux pour les raisons médico-sociales que nous avons largement exposées, et ainsi qu'en témoigne la distinction au sein même du régime applicable aux AT/MP dans le domaine agricole. Le contentieux général, qui y absorbe donc les secondes pour ce régime propre aux AT/MP, et dont on peut se demander comment il peut se prêter aux mesures extrêmement techniques qu'elles engendrent (état et taux d'IPT avec coefficient professionnel, sans compter les considérations pratiques qui pourraient commander l'examen des requérants sur le champ), ne saurait donc nécessairement voir sa compétence accrue en absorbant les autres régimes, au péril même de l'existence du contentieux technique, qui a bien opéré sa révolution en 2002.

Nous nous devons de rappeler l'étonnante proposition de la Cour de cassation, mentionnée dans notre introduction[1], et prônant la suppression de la distinction entre le contentieux général et le contentieux technique, avec cette non moins étonnante appréciation, erronée, pour la justifier, que la dualité de juridiction n'a pas cours en matière agricole, alors que seul le régime propre aux AT/MP y échappe pour ne relever que du contentieux général, comme nous venons de le décrire (il existe bien un contentieux technique en matière agricole !).

Cette suppression méconnaîtrait en outre la spécificité des décisions "d'orientation générale" pour l'enfant ou l'adolescent handicapé qui relèvent du contentieux technique (celles pour l'adulte handicapé relèvent de la juridiction administrative de droit commun et non plus de la commission départementale des travailleurs handicapés (CDTH), et peuvent générer des décisions de "prise en charge financière spécifique" comme, par exemple, la désignation des établissements ou services appropriés, n'étant pas elles-mêmes relatives à l'application de la législation et de la réglementation de sécurité sociale ou à l'application d'un régime de sécurité sociale, pour pouvoir justifier la compétence du contentieux général (Art. L. 241-9 CASF), si ce n'est pour l'ouverture du droit aux prestations (art. L. 241-8 CASF).

Indépendamment du fait que nous pensons que l'ensemble propre aux états d'incapacité ne peut relever que d'un même juge, celui du contentieux technique, certainement pas celui du contentieux général[2], il y a lieu d'observer que le contentieux technique est compétent pour des prestations qui ne sont pas, stricto sensu, de sécurité sociale comme, par exemple, l'AAH, à la charge de l'Etat, ou la prestation de compensation du handicap à la charge des départements, ou pour des appréciations génératrices d'avantages sans rapport avec la situation de l'assuré social.

Pour revenir à la distinction fondamentale entre EM et contentieux technique, sinon entre contentieux général et contentieux technique, l'EM conservant son particularisme, on comprend donc pourquoi les auteurs de la loi précitée du 23 janvier 1990 avaient déjà œuvré en ce sens pour l'EM, en considérant que l'avis de l'expert ne s'imposait plus au juge, mais que ce dernier pouvait, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise, n'était-ce toutefois que la Cour de cassation confère cependant et toujours une certaine portée à cet avis[3]; ce qui conduit à se

---

1 *Rapport 2010 de la Cour de cassation, la Documentation française, p.19 préc.*

2 *Note JM. LEVY, sous arrêt TC, 14 mars 1988, RDSS, p. 604 à 613 préc.*

3 *Obs. X. PRETOT Dalloz 1995, sommaire 38 sous arrêt Cass. soc. 20 janvier 1994, RJS/1994 n°321 ; Cass. soc. 10 février 2000 RJS/2000 n°733.*

demander si c'est bien compatible avec l'art. 6 § 1 de la Conv. EDH relatif au droit au procès équitable en matière civile, la CEDH déniant le caractère de tribunal indépendant, au sens de la convention, à une instance qui s'en remet, pour tout ou partie du litige, à une autorité non judiciaire[1].

On ne peut donc, dans ce contexte, exclure une évolution de la jurisprudence qui restreindrait plus ou moins la portée de l'avis de l'expert, de telle sorte que pourraient être préservés, en tout état de cause, et ainsi que nous venons de le dire, le champ d'application et la procédure de l'EM, l'attraction qu'exerce l'exemple du régime propre aux AT dans le domaine agricole nous paraissant ici trouver ses limites, tant d'ailleurs à l'égard du contentieux technique que de l'EM, dont la distinction ne pourrait, ainsi, être affectée.

C'est donc sous cet "angle" que nous dégagerons les principales caractéristiques de l'expertise judiciaire à laquelle, même s'il en est largement inspiré, ne se résume donc pas le régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole, pour les contestations d'ordre médical relatives à l'état de la victime ou à l'état d'incapacité permanente de travail, du fait de procédures préalables obligatoires avant toute saisine de la juridiction elle-même, telles que nous venons de les mentionner.

En dehors de cette exception, l'expertise médicale judiciaire a donc été écartée quand se profilèrent les premiers régimes obligatoires de protection sociale avec des prestations qui commandaient un règlement rapide et dont la technicité a conduit à des procédures parallèles ou à des juridictions spécialisées.

Ce sont donc aujourd'hui l'EM pour les contestations relatives à l'état du malade ou de la victime et le contentieux technique pour les contestations relatives aux états d'incapacité, et la question de la place de l'expertise de droit commun, ou encore judiciaire, est ici centrale puisqu'elle a donc largement inspiré l'exception du régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole pour les contestations correspondantes, et à l'attraction duquel ne résistent pas certains auteurs, en ce sens que ce régime ménage les pouvoirs essentiels du juge quand les procédures préalables n'ont pas permis la solution du litige.

Nous ne pouvons donc nous réclamer de cette distinction entre EM et contentieux technique, et notamment des dispositions particulières de la PEM, pour prôner l'extension de cette dernière à l'exception du domaine agricole, sans autre forme, car autant il peut paraître réducteur de prôner purement et simplement le retour à "l'ordre judiciaire", autant il serait réducteur de prôner l'application de ce principe à l'exception de ce domaine agricole, sans avoir évalué les raisons essentielles qui ont pu conduire à son instauration.

Nous pensons avoir accompli cette tâche dans la section que nous y avons consacrée[2], et demeure donc à expliciter de façon plus complète, et pour rester au cœur de la thèse, le choix d'une expertise médicale dont le régime n'est pas celui du droit commun et, surtout, à démontrer qu'il n'y a pas nécessairement lieu, en consommant la f onction d'assistance de l'expert, de mettre un point d'arrêt à la force probante ou encore à la normativité de son avis à l'égard du juge, ce qui entraînerait un réajustement des règles spécifiques de l'EM…

Au fond, l'EM constituant le droit commun par "excellence" pour le règlement des contestations relatives à l'état du malade ou de la victime, ne peut être seulement cette exception dans le droit français qui constituerait alors, par la même "excellence", l'exemple même de la remise en cause de la fonction d'assistance de l'expert, de telle sorte qu'il y aurait lieu de la ramener au rang de simple mesure d'instruction[3].

---

1 *CEDH 24 novembre 1994, Dalloz 1995.273 note X. PRETOT, RJS 1995 n°169 ; X. PRETOT, Les grands arrêts du droit de la Sécurité Sociale, Dalloz 2ème édition 1998 p. 582.*

2 *1ère partie, Chap. 1, Section 2.*

3 *O. LECLERC, "Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science", thèse 2003, Université PARIS X, LGDJ 2005, p.221 notamment.*

Dans cette centralité, la question essentielle est donc bien celle des fonctions respectives de l'expert et du juge, que régissent les dispositions du CPC pour l'expertise judiciaire dont est inspiré le régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole, et qu'il nous faut donc examiner dans notre démarche pour justifier le choix de l'EM (§ 1), avant d'exposer en quoi ce régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole, pour être inspiré du régime de l'expertise judiciaire, n'en procède pas moins, à plusieurs titres, de la PEM.

On l'observe tant au niveau de la procédure préalable, obligatoire avant tout saisine de la juridiction, que devant cette dernière où, somme toute, les dispositions particulières prises en conséquence imposent nombre de règles de la PEM, notamment le régime des frais d'expertise et la remise obligatoire d'un rapport dans un délai réglementaire, autant de limites à l'opposition à l'EM de l'expertise judiciaire définie par le CPC (§ 2).

§ 1 – Les principes fondamentaux de l'expertise judiciaire de droit commun

On doit bien convenir que le droit devient de plus en plus technique en matière civile, pénale, administrative et sociale, ce qui conduit les magistrats à avoir recours à des experts qualifiés dans une discipline donnée, comme peuvent l'être les médecins, au côté de géomètres, experts comptables ou encore architectes.

Pour n'être qu'un instrument au caractère subsidiaire, à la disposition du juge, l'expertise n'en illustre pas moins la question de l'articulation des connaissances scientifiques avec la décision juridique, l'expert mettant ses connaissances à la disposition du juge qui, lui, dit le droit (juris dictio), et on imagine aisément que la frontière entre le fait et le droit est plus ou moins élastique, au point qu'un auteur a pu parler de droit à l'expertise équitable[1] par analogie avec le procès équitable visé à l'art. 6 § 1 Conv. EDH.

Et si on peut parler de réduction à la factualité, pour illustrer le cantonnement de l'expert dans le domaine du fait, il faut aussi faire en sorte que, dans cette factualité, l'expert n'usurpe pas les pouvoirs du juge, lequel ne doit pas sortir de son rôle en consentant une délégation, ce qui contreviendrait aux principes fondamentaux de sa compétence exclusive pour dire le droit (A).

Il en résulte que le juge, pour lequel l'expert n'est qu'un simple auxiliaire et non pas un auxiliaire de justice, a la maîtrise de la procédure, en ce sens qu'il choisit l'expert, fixe sa mission ainsi que sa rémunération, et surveille les opérations d'expertise pour lesquelles il doit respecter le principe du contradictoire, pilier de la procédure civile, aussi bien à l'égard de lui-même que dans toutes les mesures d'instruction qui ont pu être ordonnées et par lesquelles il n'est jamais tenu (B).

A/ Le caractère de subsidiarité de l'expertise et son cantonnement au domaine du fait

1°) Le caractère de subsidiarité de l'expertise[2]

• L'art. 143 CPC relatif aux mesures d'instruction illustre bien leur caractère de subsidiarité et leur cantonnement au domaine du fait puisque "les faits dont dépend la solution du litige

---

[1] *JP. MARGUENAUD, "Le droit à l'expertise équitable", Dalloz 2000, chronique p. 111 à 115 préc.*

[2] *FRANCES-MAGRE, JCP 1975-IV-6549, p. 321 (caractère subsidiaire de l'expertise).*

peuvent, à la demande des parties, ou d'office, être l'objet de toutes mesures d'instruction légalement admissibles".

L'expertise figure au nombre de ces dernières quand l'art. 232 CPC énonce, à propos des mesures d'instruction exécutées par un technicien, que "le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien".

Encore faut-il noter, selon l'art. 144 CPC, que "les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer" et que, selon l'art. 263 CPC, "l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge".

Mais la jurisprudence considère que la possibilité d'ordonner d'office une mesure d'instruction ne constitue qu'une simple faculté laissée à la prudence des magistrats pour en faire usage selon les circonstances de la cause[1], de telle sorte qu'ils peuvent se prononcer au seul vu des éléments de preuve produits par les parties au litige, en application de l'art. 9 CPC, selon lequel "il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention"[2], et qu'ils sont souverains pour apprécier l'opportunité d'une mesure d'expertise, même si les faits offerts en preuve ont pour conséquence, à les supposer établis, de faire droit à la demande[3].

- Pour n'avoir qu'un caractère facultatif, en ce sens que le recours à des mesures d'instruction visées à l'art. 143 ne constitue qu'une faculté dont les juges sont libres de ne pas user dès lors qu'ils s'estiment suffisamment informés[4], pour être souverain, en ce sens que les juges du fond apprécient l'opportunité d'ordonner les mesures d'instruction demandées[5], et pour être discrétionnaire en ce sens que, les mesures d'instruction sont facultatives pour le juge, il n'est pas tenu de motiver spécialement son refus d'ordonner la mesure sollicitée[6], le pouvoir des juges n'en est pas pour autant "absolu".

Ce pouvoir n'a plus cours lorsque le refus d'ordonner une expertise est fondé sur un motif de droit erroné[7], ou lorsque les faits articulés auraient légalement pour conséquence, si leur existence était établie, de justifier la demande[8].

En outre, l'expertise ne peut être ordonnée que faute d'éléments suffisants permettant à la partie de prouver le fait qu'elle allègue, violant l'art. 146 CPC qui énonce cette disposition le juge qui refuse d'ordonner une expertise pour la recherche de pièces auxquelles le demandeur ne pouvait lui-même accéder[9]. Mais elle ne saurait pallier la carence dans l'administration de la preuve, quand la mesure sollicitée est destinée à fournir des renseignements que la partie demanderesse aurait dû elle-même fournir[10]-[11].

2°) Le cantonnement de l'expertise judiciaire au domaine du fait

- L'expertise fait partie, selon l'art. 232 CPC, des mesures d'instruction auxquelles le juge peut recourir et dont, selon l'art. 143 CPC, peuvent faire l'objet les faits dont dépend la solution du litige.

Si l'on ajoute que, selon l'art. 238 CPC, il est interdit à l''expert de porter des appréciations d'ordre juridique, ce que formulait déjà l'art. 302 de l'ancien CPC, qui énonçait que

---

1 *Cass. civ. 2ème, 30 juin 1976, JCP 1976-IV-282.*

2 *Cass. com., 14 décembre 2004 BC IV-224.*

3 *Cass. com., 11 décembre 1979 BC IV-334.*

4 *Cass. soc., 5 mars 1987 BC V-107.*

5 *Cass. civ., 2ème 26 juin 2008 BC II-156.*

6 *Cass; civ., 2ème 8 avril 2004 NP 02.18838*

7 *Cass. civ., 1ère 21 mai 1968 JCP 1968-II-15617 ; 24 octobre 1973 JCP 1975-II-17991 note CHARTIER.*

8 *Cass. civ., 2ème 10 mai 1973 Dalloz 1973-IR-181.*

9 *Cass. chambre mixte 6 juillet 1984 JCP 1985-II-20338 concl. SADON.*

10 *Cass. soc. 24 mai 1989 BC V-389.*

11 *Sur l'absence de ce caractère de subsidiarité en matière d'EM, voir art. R. 142-24 CSS.*

"l'expertise ordonnée par le jugement ne pourrait porter que sur des questions techniques"[1] et que l'art. 246 dispose que le jugement n'est pas lié par les conclusions du technicien, se trouve alors formellement établie la frontière entre le fait et le droit, qui n'est pas pour autant aussi nette qu'il y paraît de prime abord.

Un auteur n'a-t-il pas évoqué "la difficulté de marquer avec certitude la distinction du fait et du droit, qui commande la répartition des tâches entre juge et technicien" ?[2], tandis que d'autres étaient conduits à affirmer que "les experts n'exercent aucune des fonctions du juge, ils ont le pouvoir d'éclairer la décision judiciaire et non de la former. Ils complètent les connaissances qui seront nécessaires au jugement. Ils ne jugent pas"[3].

Saute alors aux yeux le fait que l'expert pourrait ne plus être seulement le délégataire du juge aux fins d'information, sortant ainsi de sa fonction d'assistance ou encore d'auxiliaire du juge, pour se muer en auxiliaire de justice.

Mais si la jurisprudence reconnaît que le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert, en décidant qu'il est libre de faire siennes ses conclusions et d'apprécier souverainement leur opportunité, leur valeur et leur portée[4], ou qu'il lui appartient de rechercher dans les rapports d'expertise tous les éléments de preuve de nature à établir sa conviction sans être tenu de suivre les experts sans leurs conclusions[5], ou même qu'il peut se fonder sur les divergences existant entre les conclusions de l'expert nommé par le tribunal et celles d'une expertise officieuse versée au débat par le défendeur[6], encore faut-il que le rapport d'expertise n'ait pas été dénaturé[7].

- L'expression par l'expert d'une opinion juridique est en principe sans incidence, aucune disposition ne sanctionnant de nullité l'inobservation des obligations imposées par l'art. 238 CPC au technicien commis[8], et le juge étant même en droit de s'approprier l'avis d'un expert, même si celui-ci a exprimé une opinion d'ordre juridique excédant les limites de sa mission[9].

Encore faut-il que l'immixtion de l'expert sur le terrain juridique, qui n'est donc pas le sien, ne traduise pas une délégation de son pouvoir juridictionnel par le juge, lequel viole l'art. 232 CPC quand il donne à l'homme de l'art mission de "définir, surveiller et évaluer les travaux et en régler le coût au fur et à mesure de leur exécution"[10], et ne peut donner mission à l'expert de "rechercher les responsabilités d'une partie"[11], ou de charger l'expert de fixer les responsabilités encourues[12], ou encore de déterminer, à la place de la juridiction, les textes régissant la matière et tirer les conséquences juridiques de ces investigations[13].

Mais la cour d'appel relève souverainement que les investigations d'ordre technique confiées à un expert par les premiers juges n'avaient trait qu'à des questions de fait dont elle se réservait de tirer les conséquences juridiques[14], et en commettant un expert aux fins de relever les éléments du préjudice commercial et moral subi par le demandeur, le juge a seulement chargé le

---

1 *Issu de la loi 258 du 15 juillet 1944 (JO 27 juillet 1944 p. 1903).*

2 *B. OPPETIT, "les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé", X^ème colloque des IEJ, Poitiers 26-28 mai 1975, PUF 1976 p. 63.*

3 *J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, 7^ème édition, Dalloz précis 2003 n°619.*

4 *Cass. civ. 1^ère 12 novembre 1985, JCP 1985-IV-40.*

5 *Cass. civ. 2^ème 14 décembre 1983, BC II-202.*

6 *Cass. civ. 2^ème 29 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981.1 Pan. 63.*

7 *Cass. civ. 1^ère 7 février 1989, BC I-73.*

8 *Cass. civ. 1^ère 7 juillet 1998, BC I-239.*

9 *Cass. civ. 2^ème 4 juin 1993, Dalloz 1993.IR. 182 ; Cass. civ. 3^ème 5 mars 2003 BC III-55.*

10 *Cass. civ. 3^ème 19 décembre 1983, BC III-268.*

11 *Cour de Paris 13 mars 2002, BICC 2003 n° 301.*

12 *Cass. civ. 2^ème 19 décembre 1973, JCP 1974-II-17790, note ASSOULINE.*

13 *Cour de Montpellier 15 décembre 1999, Gaz Pal. 1999 Somm. 2195, obs. TRAVIER.*

14 *Cass. comm. 4 juillet 1978, BC IV-189.*

technicien de rechercher les éléments matériels constituant ceux du préjudice dont il s'est par la-même implicitement mais nécessairement réservé la qualification[1].

- Il résulte de ces exemples que le juge doit être extrêmement vigilant quand il établit la mission confiée à l'expert, de telle sorte qu'une mission précise ou bien adaptée à la situation de fait et garantissant son adéquation aux questions juridiques qui se posent, incitera l'expert à rendre un avis d'une clarté certaine, non pas comme le ferait une mission empreinte de termes plus ou moins larges qui seraient exclusifs de la délimitation de cette mission, l'expert pouvant alors être tenté de porter des appréciations d'ordre juridique.

L'art. 266 CPC devrait normalement permettre d'éviter ce genre de situation puisque la complexité de l'affaire permet au juge de procéder en "deux temps" quand "la décision peut aussi fixer une date à laquelle l'expert et les parties se présenteront devant le juge chargé du contrôle pour que soit précisée la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations".

- Reste que la vérité du technicien n'a pas vocation à devenir de plano la vérité judiciaire[2] au point que le juge se bornerait à une "homologation judiciaire" constitutive d'un empiètement, mais il lui est cependant reconnu la possibilité de s'approprier l'avis de l'expert qui aurait emporté sa conviction dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, un auteur ayant pu l'expliquer par la relation de confiance qui existe entre le juge et l'expert[3].

Ainsi cantonnée au domaine du fait, et sans caractère de normativité, contrairement à l'EM, qui tire l'essentiel de sa force probante des formalités qu'elle prescrit, on comprend que l'expertise judiciaire ne puisse encourir la nullité qu'autant que cette dernière a été soulevée avant toute défense au fond, et à condition d'être prévue par des dispositions expresses, sauf pour l'inobservation des formalités substantielles ou d'ordre public, et que l'irrégularité cause un grief.

Seules échappent à cette triple exigence les irrégularités de fond, la nullité pouvant être soulevée en tout état de cause, mais le juge pourra ne pas la prononcer si elle est susceptible d'être couverte et si elle a disparu au moment où il statue, sinon la nullité ne frappera que celle des opérations qu'affecte l'irrégularité en cas de violation du principe du contradictoire[4]. De plus, elle n'impose pas au juge, après annulation d'un rapport d'expertise, de recourir à une nouvelle mesure d'instruction avant de statuer au fond s'il s'estime suffisamment éclairé[5]

Il paraît judicieux de rappeler qu'en matière d'EM, et au prix d'une jurisprudence abondante, la nullité est encourue, sans texte et sans grief, dès l'instant que l'irrégularité est substantielle, et elles le sont toutes, hormis l'inobservation des brefs délais, seulement indicatifs de l'urgence sauf violation des droits de la défense, et elle impose la reprise de l'acte dans ses formes initiales[6].

B/ L'expert, un auxiliaire du juge

Bien que cette situation de l'expert soit intimement liée au caractère inquisitoire de notre procédure civile ("civil law"), il n'est pas sans intérêt de rappeler que l'expert peut être l'auxiliaire des parties dans la procédure de caractère accusatoire ("common law"), qu'on oppose généralement à la nôtre et qui est plus libérale, en ce sens qu'il revient aux parties de choisir elles-mêmes les spécialistes qui leur paraissent les mieux à même de faire triompher leur thèse, ce

---

1 *Cass. civ. 13 janvier 1982, JCP 1982-IV-114.*

2 *B. OPPETIT, "Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé", X^{ème} colloque des IEJ, Poitiers, 26-28 mai 1975, Paris PUF 1976, p.60.*

3 *D. BOURCIER, M. DE BONIS, "Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger ?", Le Plessis Robinson, éd. SYNTHELABO, Coll. "les empêcheurs de tourner en rond", 1999.*

4 *Cass. civ. 2ème 12 juin 2003, BC II-189.*

5 *Cass. civ. 3ème 3 octobre 1991, BC III-227.*

6 *Voir supra chap. I – Portée de l'avis de l'expert.*

qui avait conduit Lord WOOLF à souhaiter que "le juge ait un rôle accru, dans son pays, en pouvant désigner un expert"[1].

Dans notre droit, l'expert est avant tout un auxiliaire du juge, ce dernier demeurant maître de la direction de la procédure en ce sens que :

- La décision par laquelle il ordonne l'expertise expose les circonstances qui la rendent nécessaire et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts, nomme l'expert ou les experts, énonce les chefs de la mission de l'expert, impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis.

- Le juge qui ordonne l'expertise ou le juge chargé du contrôle fixe, lors de la nomination de l'expert ou dès qu'il est en état de le faire, le montant d'une provision consignée par la ou les parties désignées et à valoir sur la rémunération de l'expert.

- L'expertise ne peut être frappée de recours, indépendamment du jugement sur le fond, sauf autorisation du premier président de la cour, en cas d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime, et sauf dans les cas spécifiés par la loi.

- Les opérations d'expertise ne peuvent être accomplies que dans le respect du contradictoire et sans que l'expert n'informe le juge de leur état d'avancement, pouvant prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien dans une spécialité différente de la sienne, et il peut se faire assister par la personne de son choix dans l'accomplissement de sa mission.

- L'expert doit remettre son rapport au secrétariat de la juridiction sauf à être autorisé par le juge à exposer oralement son avis à l'audience, le juge fixant alors la rémunération de l'expert sans être lié par le montant des sommes consignées au greffe (ensemble des art. 263 à 284-1 et aussi 150 CPC).

1°) Les éléments de la décision ordonnant l'expertise (art. 263 à 268 CPC)

a) L'exposé des circonstances rendant nécessaire l'expertise et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts

Cette exigence émane du fait que l'expertise est conçue comme devant être exceptionnelle car elle suppose des investigations complexes, et elle n'a donc lieu d'être que dans les cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge[2]. Ceci explique, l'expertise étant plus ou moins coûteuse, que le principe soit de ne nommer qu'un seul expert à moins que je juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs, la jurisprudence affirmant le pouvoir discrétionnaire du juge sur ce point[3].

De telles dispositions ne sauraient trouver leur "équivalent" en matière d'EM, dès l'instant que le recours à la PEM est obligatoire au cas de contestation d'ordre médical (COM) soulevée auprès de la caisse, ou de difficulté d'ordre médical (DOM) survenant en cours d'instance contentieuse, et où le principe est de ne nommer qu'un seul expert[4].

b) La nomination du ou des experts

---

1 *J.F. BURGELIN, "Liberté et expertise ; approche conceptuelle", le point du vue du magistrat, EXPERTS-CEJ juin 2000 n°47;*

2 *O. LECLERC, "le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science", (thèse 2003 Université Paris X), LGDJ-EJA 2005, préf. A. LYON-CAEN préc.*

3 *Cass. civ. 2ème 13 juillet 2005, Dalloz 2005.2340.*

4 *Voir art. R.141-1 et R. 142-24 et 24-1 CSS.*

● Au-delà du pouvoir discrétionnaire ou souverain du juge de recourir ou non à l'expertise, on doit se demander s'il est bien le mieux placé pour trouver la personnalité la plus qualifiée à même de remplir la mission d'expertise.

Certes, hormis certaines matières dans lesquelles la loi entend que les experts soient choisis dans une catégorie déterminée d'hommes de l'art, et notamment en matière de PEM quand c'est le juge qui les désigne, toute liberté est laissée à ce dernier pour nommer les personnes qui, par leurs connaissances spéciales, lui paraissent qualifiées pour l'éclairer[1], des listes n'étant données qu'aux fins d'information du juge.

Cette latitude laissée au juge peut paraître séduisante car les listes dressées par les cours d'appel et le bureau de la Cour de cassation[2] ne sont pas toujours assez précises quant aux qualifications du technicien dont le nom a été retenu, et "elles ne rassemblent jamais qu'une partie des spécialistes ayant dans leur discipline une qualification technique éprouvée, et l'on ne sait jamais si quelques-uns des meilleurs ne sont pas absents…"[3].

● Cette latitude n'est toutefois pas sans risque car, "pour le magistrat, le progrès technique a rendu beaucoup plus difficile et délicat le choix de ses experts : il peut faire un mauvais choix ; il peut ignorer l'existence d'experts parfaitement adaptés aux problèmes posés, il peut désigner un expert unique très "pointu" mais qui, de ce fait, aura peu l'expérience expertale. Il s'expose alors à quelques déboires sur le plan procédural"[4].

Il n'est donc pas aussi paradoxal qu'il y paraît que, s'agissant de la PEM, le juge soit toujours tenu par la liste des médecins experts spécialisés en matière de sécurité sociale et que, par contre, le MC et le MT ne le soient pas quand ce sont eux qui choisissent l'expert, étant alors bien à même, connaissant le terrain médical, de garantir un médecin parfaitement qualifié, qu'il figurât ou non sur cette liste.

● L'expert, comme tous les techniciens, peut être récusé pour les mêmes causes que les juges, la récusation d'un juge n'étant admise que pour celles déterminées par la loi (art. 234 et 341 CPC). Ces dispositions, en dépit du mutisme des textes en matière d'EM, doivent pouvoir y recevoir l'application au nom du droit des parties d'assurer la défense de leurs intérêts.

La prestation de serment d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur âme et conscience, s'impose aux experts judiciaires lors de leur inscription initiale sur une liste, et au cas par cas s'ils ne sont inscrits sur aucune des listes, devant la cour d'appel du lieu où ils demeurent (loi 2004-130 du 11 février), le défaut de prestation de serment constituant une irrégularité de fond qui s'analyse en une absence d'acte, laquelle entraîne la nullité du rapport d'expertise[5].

Mais cette prestation ne saurait être exigée dans le cas où, en matière d'EM l'expert, non inscrit sur une liste, n'est pas commis par la juridiction (mais par le MC et le MT), même si c'est

---

1 *Cass. civ. 2ème 18 septembre 2008, JCP 2008-IV-2614, note 1 bis sous art. 232 CPC (Ed. DALLOZ 2012).*

2 *En application de la loi 71-498 du 29 juin notifiée par la loi 2004-130 du 11 février, et du D.2004-1463 du 23 décembre dont l'art. 1er a prévu une nomenclature établie par le Garde des sceaux (voir arrêté du 10 juin 2005 modifié).*

3 *S. THOUVENOT "De la place du technicien français dans la future Europe", bulletin de liaison de la FNCEJ, 1993, numéro spécial congrès de Poitiers : 44-38.*

4 *G. DUMONT, "L'expertise judiciaire et l'évolution technique", Congrès de la FNCEJ, Poitiers, 1993.*

5 *Cour de Montpellier, 18 décembre 1997, BICC 1er juin 1998 n° 664.*

cette dernière qui établit sa mission sans pouvoir le désigner, en application de l'art. R. 142-24 al. 2 CSS[1].

c) L'énoncé des chefs de la mission de l'expert

● Cette énonciation constitue donc la suite immédiate de la désignation de l'expert, ce dernier devant savoir aussi précisément que possible ce que le juge attend de lui, ce qui ne saurait devoir se déduire, sinon en tout, du moins en partie, des termes généraux du litige, et il n'y aurait a priori pas lieu de s'attarder sur ce point, quel que fut le type d'expertise, médicale ou judiciaire.

Mais si les juges fixent souverainement l'étendue de la mission de l'expert[2] et que leur décision ne peut être remise en cause devant la Cour de cassation[3], c'est parce qu'ils décident "ex nihilo", nous voulons dire par là que l'espace factuel est généralement plus mouvant, sans les contours techniques qui font la difficulté de l'expertise médicale.

Il en résulte que cette décision, en raison de sa plasticité, ne peut en principe être frappée d'appel qu'avec le jugement sur le fond, l'expertise judiciaire constituant bien une mesure d'instruction, et il n'est pour s'en convaincre que de rappeler que la mission peut être établie en "deux temps", selon l'art. 266 CPC qui permet de fixer une date pour que soient précisés cette mission et le calendrier des opérations.

● On peut donc percevoir que l'analogie n'est au fond qu'apparente quand on sait que les juges, dans le régime de l'EM, sont obligés, en présence d'une DOM survenant en cour d'instance, de recourir à la PEM, l'avis de l'expert y étant doté d'une force probante, ce qui a bien fait de la décision d'y recourir une décision sur le fond selon la jurisprudence de la Cour de cassation[4].

On peut aisément imaginer la querelle qui a pu s'ensuivre et qui perdure, quand les juges du fond sont enclins à imposer le régime de l'expertise judiciaire, qui fait que l'appel ou le pourvoi ne sont possibles qu'avec le jugement sur le fond, ainsi que nous venons de l'énoncer, sauf autorisation du premier président de la cour d'appel, s'il est justifié d'un motif grave et légitime ouvrant le recours de l'appel, ou dans les cas spécifiés par la loi[5].

La querelle a même pu conduire à considérer que la question posée à l'expert, en matière d'EM, échappait aux griefs du moyen, ce qui est surprenant quand la Cour de cassation avait ordonné le recours à la PEM qu'avaient ignoré les juges du fond (à la suite d'un premier pourvoi de la caisse), dont la décision à venir sur renvoi vaudrait donc sur le fond, faisant alors l'objet d'un nouveau pourvoi de la caisse.

Celle-ci estimait en effet qu'en l'absence de spécialité en matière de kinésithérapie, il convenait, lorsque le litige faisait apparaître une DOM tendant à déterminer la structure de soins appropriée à l'état du malade la plus proche de son domicile, de ne pas tenir compte de la spécialisation de l'auxiliaire médical, ce qui revenait à contester le recours à la PEM quand la question posée à l'expert était de savoir si les soins pouvaient être dispensés par tout masseur-kinésithérapeute ou par un professionnel spécialisé.

Et son pourvoi devait être considéré comme recevable, en dépit de l'irrecevabilité soulevée par l'assuré qui prétendait qu'il était dirigé contre une mesure d'instruction.

---

1 *Sur le choix de l'expert en matière d'EM d'un commun accord entre le MC et le MT ou par la juridiction selon le cas, voir supra 1ère partie – chap. 2 – section II.*

2 *Cass. civ. 1ère 26 novembre 1980, BC I-308.*

3 *Cass. soc. 12 juin 1986, JCP 1986-IV-244.*

4 *Voir note sous art. L 141-1 CSS.*

5 *Sur cette question, voir 3°) suivant et art. 272 et 150 CPC.*

En effet, la question posée à l'expert n'est pas détachable de la législation à laquelle elle s'applique, de telle sorte qu'elle ne pouvait échapper aux griefs du moyen[1], quand la Cour de cassation aurait pu dire, avant tout litige médical, si la spécialisation pouvait être retenue pour déterminer la structure de soins appropriée la plus proche, sauf à violer l'art. L. 141-1 CSS propre à la DOM et l'art. L. 321-12 CSS propre au champ de l'assurance maladie en matière de frais de transport, en créant des droits sans autre forme, comme le prétendait la caisse, **l'excellence de la question demeurant donc sans réponse.**

Il ne pouvait donc être écrit, en raison de l'intérêt de l'arrêt pour la reconnaissance de décision sur le fond du jugement attaqué, que "l'autre intérêt de l'arrêt de rejet réside en ce que le contenu de la mission confiée à l'expert technique critiquée par le moyen de cassation ne peut faire l'objet d'une contestation portant sur l'opportunité même des questions posées à l'expert", cette dissociation étant très contestable[2].

d) La fixation du délai dans lequel l'expert doit donner son avis

Le juge fixe, dans sa décision de recourir à l'expertise, le délai imparti à l'expert pour donner son avis, soit oralement (exception) soit, dans la majorité des cas, par écrit, sous forme d'un rapport, le délai fixé initialement pouvant être prorogé au cas de difficultés faisant obstacle à l'accomplissement de la mission, si une extension de cette dernière s'avère nécessaire (art. 279 CPC).

Le juge doit toutefois veiller à ce que la remise du rapport n'ait pas lieu à une date dépassant le délai raisonnable[3].

Le délai imparti est généralement assez long (2 ou 3 mois) comparé à celui préfixé d'un mois en matière d'EM, et il y a peu de jurisprudence sur l'inobservation du délai en matière d'expertise judiciaire[4].

En matière d'EM, l'expert doit adresser au service du contrôle médical (SCM) de la caisse ses conclusions dans les 48 heures (pour hâter la décision de la caisse) et y déposer son rapport dans le délai d'un mois, ou bien adresser son rapport au secrétaire de la juridiction dans le même délai d'un mois, selon que la décision est prise par la caisse ou par la juridiction, l'inobservation de ces délais étant en principe sans incidence sur la régularité de la procédure[5].

2°) La fixation par le juge d'une provision à valoir sur la rémunération de l'expert (art. 269 à 271 CPC)

● Elle a lieu lors de la nomination de l'expert ou dès que le juge est en mesure de le faire, et elle doit être aussi proche que possible de la rémunération définitive de l'expert. Le juge désigne les parties qui devront consigner la provision au greffe de la juridiction dans le délai qu'il détermine.

---

1 *Cass. soc. 27 mai 1999, RJS/1999 n° 1155, et pour l'exposé plus complet du litige, voir supra 1ère partie – chap. 1 – Section I – §3 – C/ 2°).*

2 *Sur la mission de l'expert définie par la Caisse ou par la juridiction, selon le cas, en matière d'EM, voir supra 1ère partie – chap. 2 – Section III.*

3 *CEDH 23 novembre 1999, Dalloz 2000, Somm. 182, obs. FRICERO.*

4 *Voir toutefois cour de Colmar 27 novembre 1997, Gaz. Pal. 1998.2. Somm. 448, obs. VRAY.*

5 *Cass. soc. 6 mars 1974, JCP 1975-II-17924 ; Voir supra 1ère partie – chap. 3 – Section III, art. R.141-4 al. 3 et 6, R.142-24 et 24-1 CSS;*

C'est en vertu de son pouvoir discrétionnaire que le juge met la provision à la charge d'une des parties[1], sans avoir à donner les motifs de sa décision[2], celle-ci n'étant pas susceptible de recours[3].

Mais la désignation de l'expert est caduque; faute de consignation dans le délai et selon les modalités impartis, sauf motif légitime présenté par l'une des parties, auquel cas le juge peut prononcer une prolongation du délai ou un relevé de caducité sur lequel il ne peut toutefois statuer, au nom du principe du contradictoire, sans avoir provoqué les explications de l'autre partie[4]. Il ne peut davantage accéder à la demande de caducité de l'adversaire de la partie qui aurait dû consigner sans un examen préalable de l'affaire au fond, et même sur d'autres éléments de preuve[5], la sanction du défaut de consignation n'étant donc pas rédhibitoire.

- Il faut donc "payer pour voir", les opérations d'expertise ne pouvant d'ailleurs pas commencer avant que la provision n'ait été consignée, sauf si le juge demande à l'expert de les entreprendre immédiatement[6].

Cette exigence visant à garantir le paiement de l'expert est critiquée, même si le juge peut mettre la charge de la provision sur la partie qui a provoqué l'autre à présenter sa demande, et même si l'aide judiciaire peut être prise en compte pour dispenser le bénéficiaire de l'avance de la consignation des frais afférents aux instances pour lesquelles elle est accordée, et notamment ceux d'expertise[7].

On peut en effet penser que "le demandeur peut, ainsi, voir entraver son accès à la justice et son droit à la constitution d'une preuve. En outre, les innovations du décret du 20 juillet 1989 vont à rebours de l'évolution vers un véritable droit processuel à la preuve, que les mécanismes procéduraux devraient servir"[8], quand les mesures palliatives que nous venons de citer n'ont pas nécessairement pour effet d'aplanir les difficultés financières du demandeur, même si le juge peut aménager les échéances dont la consignation peut être assortie.

Mais le juge ne saurait ordonner à une partie de consigner une provision dans les matières où il est statué sans frais[9].

En matière d'EM, il n'y a pas lieu à consignation d'une provision, et les frais d'expertise sont réglés selon une tarification forfaitaire et à la charge des caisses, sauf contestation manifestement abusive ou recours dilatoire, et sauf ceux de la nouvelle expertise ordonnée par la juridiction, et en principe à la charge de la partie qui succombe[10].

3°) Le principe de l'exclusion de l'appel ou du pourvoi immédiats à l'égard de la décision ordonnant une mesure d'expertise (art. 272 et 150 CPC)

---

1 *Cass. civ. 1ère 5 juillet 1989, BC I-276.*

2 *Cass. soc. 2 avril 1981, Gaz. Pal. 1981.2. Pan. 315.*

3 *Cour de Paris 5 septembre 2001, Dalloz 2001.IR 2945.*

4 *Cass. civ. 2ème 8 février 2007 BC II-24 ; Procédures 2007, Comm. 82, note PERROT.*

5 *Cass. com. 23 juin 1992 BC IV-248.*

6 *Dispositions issues du D. 20 juillet 1989 modifiant l'art. 267 CPC.*

7 *Cass. civ. 2ème 26 février 1992, Dalloz 1992.495, note LAROCHE DE ROUSSANE.* Cette *jurisprudence efface donc les difficultés de croisement du système de la provision et du mécanisme de l'aide judiciaire, quand la demande de cette dernière ne pouvait avoir pour effet de suspendre le délai dans lequel la provision devait être consignée, Cass. soc. 8 avril 1981 BCV-85.*

8 *M.A. FRISON-ROCHE, "la procédure de l'expertise", dans M.A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, "l'expertise", Paris Dalloz 1995, spec. n° 43-45.*

9 *Cass. Soc. 04 février 1982, JCP 1982-IV-140.*

10 *Voir supra 1ère partie – Chap. 3 – Section III.*

Ce principe découle du fait que l'expertise judiciaire ne constitue qu'une mesure d'instruction au caractère subsidiaire et qui ne met pas fin à l'instance, le juge n'épuisant donc pas sa saisine en l'ordonnant, si bien qu'il ne s'agit que d'une décision avant dire droit qui échappe au régime de la notification des jugements et exclut donc le recours immédiat, sauf autorisation du premier président de la cour d'appel pour un motif grave et légitime en cas d'appel (art. 272 CPC), ou sauf, et aussi bien pour le pourvoi que pour l'appel, dans les cas où les jugements tranchent dans leur dispositif une partie du principal, ou encore dans les cas spécifiés par la loi (art. 150 CPC).

Mais elle ne doit pas avoir pour effet de retarder excessivement la procédure, ce qui explique qu'elle doit mentionner la date à laquelle l'affaire sera rappelée pour un nouvel examen[1].

Ainsi que nous l'avons souligné à propos de la contestation des chefs de la mission[2], le régime de l'expertise judiciaire est venu le disputer régulièrement au régime de l'expertise médicale, en dépit d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation ayant établi que le recours à cette dernière, déterminant de la solution du litige comme tranchant au fond, ne pouvait revêtir le caractère d'une mesure d'instruction non susceptible de recours immédiat, mais d'un jugement produisant tous les effets d'une décision sur le fond.

Aux innombrables difficultés qui ont donc constitué le prix à payer par la PEM pour être admise dans le giron de la procédure civile, que ce soit pour sa mise en œuvre, ou comme pour pallier la difficulté proprement judiciaire née de son insuffisance au fond ou de son irrégularité quand elle avait déjà été mise en œuvre, est donc venue s'ajouter la querelle quant à la qualification de la décision ordonnant l'expertise et objet d'un recours.

Il en est résulté l'utilisation malencontreuse de l'irrecevabilité quand les cours d'appel, alimentant la confusion, l'opposaient aux caisses ou quand les pourvois la soulevaient, au motif que l'arrêt ordonnant une expertise ne mettait pas fin à l'instance ou que le pourvoi était dirigé contre un juge ordonnant une mesure d'instruction.

Les art. 272 et 150 CPC (et aussi 544 sur le droit d'appel général) étaient au centre des débats, le juge conservant ses pouvoirs ordinaires en matière d'expertise, par principe pourrait-on dire, se fût-il agi de l'EM et, a fortiori, de l'expertise ordonnée selon les formes du droit commun, à moins qu'il ne se soit agi d'une tentative pour les récupérer à la faveur de la nouvelle expertise.

La loi du 23 janvier.1990 modifiant l'art. L.141-2 CSS conférait en effet au juge la possibilité d'ordonner, sur demande d'une partie, une nouvelle expertise, de sorte qu'un arrêt avait pu en déduire que les règles procédurales du droit commun recouvraient leur application, les mesures ordonnées ne pouvant être considérées comme touchant au fond du droit[3]. L'art. 272 CPC retrouvait ainsi son empire, l'appel immédiat de la caisse à l'encontre de la décision ordonnant un complément d'expertise pouvant être frappé d'irrecevabilité…

Or, cette loi ne pouvait avoir la "vertu" de modifier radicalement l'étendue des pouvoirs du juge quant à la portée de l'avis de l'expert, et la Cour de cassation a banni tous les moyens tirés de l'irrecevabilité, y compris quand était ordonnée une expertise en la forme du droit commun, et aussi bien après la loi précitée qu'elle l'avait fait antérieurement.

Mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un phénomène récurrent, qu'en dépit de l'ancienneté de la censure de la Cour de cassation on observe encore, aussi bien avec l'irrecevabilité de l'appel qu'avec celle du pourvoi.

a) L'irrecevabilité de l'appel immédiat et la censure de la Cour de cassation

---

1 *Art. 153 CPC propre à l'ensemble des mesures d'instruction.*

2 *Voir supra 1°) – c).*

3 *Cass. soc. 26 juin 1997 RJS/1997 n° 1164, Dalloz 1997.IR 170 (cassation).*

Hormis un cas où l'arrêt, approuvé par la Cour de cassation, déclara recevable l'appel formé par la caisse primaire contre la décision ordonnant l'expertise en la forme du droit commun, et dont on eut apprécié qu'il fît jurisprudence[1], l'irrecevabilité fut de mise.

L'irrecevabilité devait être opposée à la caisse, alors même qu'une nouvelle expertise, technique, avait été ordonnée sans que, pour autant, put être modifié le contenu de la mission de l'expert, la décision des premiers juges s'analysant alors en un jugement avant dire droit qui ne pouvait être frappé d'appel qu'avec le jugement sur le fond, sauf autorisation du premier président de la cour d'appel pour un motif grave et légitime[2].

La loi précitée du 23.01.1990 devait alors curieusement faire irruption comme pour permettre de rétablir le droit commun rejeté par la Cour de cassation, mais cette dernière devait maintenir le caractère de décision au fond de la mesure ordonnée, en l'espèce un complément d'expertise contesté par la caisse, le pourvoi étant donc recevable[3].

La même cour d'appel devait persévérer quelques mois plus tard, tout en abandonnant la référence à la loi précitée, pour s'appuyer uniquement sur les classiques de l'exclusion du recours immédiat, les art. 150 et 272 CPC, et bien qu'il se fût agi, là aussi, d'une mesure d'expertise technique, contestée par la caisse dont le pourvoi était donc également recevable[4].

L'irrecevabilité put d'autant plus facilement prospérer que l'appel portait sur le recours à une expertise de droit commun que contestait la caisse, mais la Cour de cassation devait justement considérer que la mesure portait sur une contestation d'ordre médical susceptible de donner lieu à une expertise technique, de sorte que la décision touchait au fond du litige, ouvrant dès lors le recours immédiat[5].

Pour clôturer notre observation, nous mentionnons deux espèces plus récentes dans lesquelles, bien que la mesure ordonnée fut une expertise technique (première espèce) et une nouvelle expertise technique (deuxième espèce), le couperet de l'irrecevabilité n'en continuait pas moins de fonctionner, sur le fondement de l'art. 272 CPC, les deux appels de la caisse étant alors irrecevables, ce que censurait donc la Cour de cassation[6].

Si l'on se doit de savoir gré aux juges du 1er degré, d'ordonner en règle générale l'expertise technique, en revanche on ne peut qu'être surpris par l' "obstruction" des cours d'appel, dont on peut se demander si elle n'est pas due à une ignorance du caractère spécifique de la COM ou de la DOM ou à un réflexe de judicature, ou intellectuel, quand de nombreux arrêts ordonnent une expertise judiciaire sur une contestation d'ordre médical.

b) L'admission du pourvoi ou le rejet de la fin de non-recevoir par la Cour de cassation

La considération comme mesure d'instruction de la décision ordonnant l'expertise, telle que consacrée par les cours d'appel, ne pouvait que faire prospérer les fins de non-recevoir à l'encontre de la recevabilité des pourvois.

Mais la Cour de cassation ne pouvait qu'aligner le régime du pourvoi sur celui qu'elle avait adopté pour l'appel, les deux recours immédiats étant donc recevables sans autre forme.

Nous serons donc plus succincts pour souligner le rejet de l'irrecevabilité du pourvoi, quand nombre d'expertises techniques avaient été considérées comme des mesures d'instruction avant dire droit, n'ayant pas tranché dans leur disposition une partie du principal[7], ou quand les expertises ordonnées en la forme du droit commun ne pouvaient être considérées comme ayant tranché le fond du litige[8], ou quand l'expertise ordonnée ne mettait pas fin à l'instance[9], ou quand

---

1 *Cass. soc. 18 octobre 1979 BCV-760.*

2 *Cass. soc. 13 mai 1987 BCV-298.*

3 *Cass. soc. 11 janvier 1996 RJS/1996 n° 169.*

4 Cass. soc. 17 octobre 1996 *BCV-334.*

5 *Cass. soc. 23 mars 2000 RJS/2000 n° 593.*

6 *Cass. civ.2ème 29 juin 2004 RJS/2004 n°1101 (deux espèces).*

7 *Cass. soc. 26 janvier 1995 RJS/1995 n° 444.*

8 *Cass. soc. 22 et 29 octobre 1998 RJS/1998 n° 1552 (1ère et 3ème espèces).*

9 *Cass. soc. 14 octobre 1999 RJS/2000 n° 217, BCV-384.*

le pourvoi était dirigé contre un jugement ordonnant une mesure d'instruction, bien qu'il se fut agi d'une expertise technique[1].

On peut imaginer que le domaine de l'art. 272 CPC et la condition imposée par ce dernier d'un motif grave et légitime pour obtenir l'autorisation du premier président de la cour d'appel ouvrant l'appel immédiat indépendamment du jugement sur le fond, à laquelle échappe donc l'appel en matière d'EM, le pourvoi lui-même pouvant être immédiat, ont donné lieu à une jurisprudence abondante, et nous ne pouvons que nous limiter à celle que nous venons d'exposer en la matière concernant la nature de la décision[2].

Nous relatons in fine ce dernier cas[3], avec ici rejet du pourvoi, en ce sens qu'une expertise médicale sur pièces avait été ordonnée par les premiers juges pour savoir si le décès de la victime pouvait être pris en charge au titre de la législation professionnelle, après qu'ils aient écarté dans leurs motifs la présomption d'imputabilité du fait que la veuve s'était opposée à l'autopsie du corps de son mari (24.11.1998), ce qui inversait, non sans exception possible, la charge de la preuve, ces mêmes juges statuant après expertise médicale, pour rejeter ses demandes (22.02.2000).

La singularité de ce cas tient d'abord au fait que la cour devait déclarer l'appel sur la présomption d'imputabilité irrecevable, non pas en raison de l'impossibilité d'un appel immédiat, ce qui ne fut donc pas le cas, mais du fait d'un appel tardif sur le deuxième jugement, qui avait donc débouté la veuve de ses demandes.

On peut s'étonner qu'il ait été ajouté à l'art. 544 CPC (et aussi 272) qui n'envisage que la faculté d'un recours immédiat, la cour "dissociant" alors les deux jugements, de telle sorte que l'appel sur le second ne pouvait, par suite, porter sur le premier, alors même que nous étions en présence d'une mesure d'instruction, seule visée dans le dispositif, et consécutive au refus de l'autopsie. Cette mesure faisait ainsi bloc dans l'administration de la preuve, sans qu'il ait donc pu s'agir d'un jugement mixte, et alors même que l'expertise n'entrait pas dans les prévisions de l'art. L. 141-1 CSS. Cette dernière ne s'applique en effet qu'à l'examen du malade ou de la victime, de telle sorte que l'appel pouvait, nous semble-t-il, porter sur le tout.

Mais bien qu'il soit de jurisprudence constante qu'il ne peut être tenu compte, pour l'application de l'art. 544 CPC, de dispositions qui, eussent-elles présenté un caractère décisoire, ne sont pas comprises dans le dispositif lui-même[4], la Cour de cassation pouvait déplorer qu'il ne résultait pas de la procédure qu'appel avait été interjeté du premier jugement avec celui du second, le moyen manquant en fait…

Tout aussi singulière est la position de la cour d'appel sur le fond, quand le refus de la veuve pour l'autopsie avait en principe rétabli le droit commun de la preuve et qu'était cependant utilisée la force probante de l'avis de l'expert, qui ne comportait aucune ambiguïté, la cour se retranchant derrière le rapport d'expertise qui ne s'imposait pourtant pas à elle, de telle sorte que n'était pas rapportée par la veuve la preuve de la causalité entre l'accident et le décès de son mari.

On peut s'étonner d'un tel amalgame et de l'approbation de la Cour de cassation sous le couvert de l'appréciation souveraine des juges du fond…

Pour les litiges relatifs à la procédure visée à l'art. L. 141-1 CSS, les art. 272 et 150 CPC ne sont pas applicables à la décision ordonnant l'expertise, celle-ci le fût-elle en la forme du droit commun, car elle est considérée par la jurisprudence comme une décision sur le fond ouvrant la voie du recours immédiat[5].

---

1 *Cass. soc. 27 mai 1999 RJS/1999 n° 1155 préc.*

2 *Voir jurisprudence complète sous art. 272 CPC sur le motif grave et légitime.*

3 *Cass. soc. 16 janvier 2003 NP 01-21277.*

4 *Cass. civ. 2ème 16 février 1993 BCII-56.*

5 *Voir jurisprudence sous art. L.141-1 CSS note 9 dans éd. DALLOZ 2012.*

4°) Les opérations d'expertise (art. 273 à 281 CPC)

Il est essentiel de ne pas méconnaître le caractère contradictoire des opérations d'expertise quand on sait que nombre d'expertises sont annulées pour non-respect de ce principe, encore que la jurisprudence admette pour certains cas de violation la possibilité de ne pas annuler l'intégralité du rapport d'expertise[1].

a) Les convocations

L'expert a les mêmes obligations que le juge quant aux convocations des parties ou de leurs défenseurs, et au respect du principe du contradictoire en toutes circonstances[2], ce dernier constituant le nouveau principe directeur du procès dont l'expertise est partie intégrante. Il confine au droit naturel de pouvoir se défendre[3], l'inobservation de cette règle d'ordre public pouvant être relevée d'office[4], si bien que la Cour de cassation et la CEDH en ont étendu toutes les exigences à la phase de l'expertise technique[5].

L'art. 161 CPC formule le droit pour les parties de se faire assister lors de la mesure l'instruction qu'est l'expertise judiciaire, seuls les avocats, s'agissant d'affaires avec représentation obligatoire (TGI), le pouvant, comme les représenter, en leur absence, car ils en sont les mandataires légaux, et l'examen du malade ou de la victime n'est pas obligatoire en matière d'expertise judiciaire de nature médicale.

Pour être bref, cet article n'en pose pas moins la question des "assistants techniques" et notamment des médecins, qui n'ont pas la qualité et les prérogatives de représentants des parties et dont l'existence n'est pas consacrée par la loi ni, donc, leur convocation obligatoire.

Mais en raison de leur aptitude à la discussion technique face à l'expert, on ne peut en principe leur interdire d'assister à l'expertise, et il est d'ailleurs de bonne pratique d'aviser les parties de cette possibilité.

Le lecteur ne manquera pas de remarquer le caractère "avant-gardiste" de la PEM, qui permet l'information obligatoire du MC et du MT[6] quand, à propos de cet art. 161 CPC, le Professeur PERROT, répondant à la question qui se posait de savoir si la personne qui représente les parties devant l'expert devait être un avocat constitué auprès de la juridiction saisie du litige, écrivait :

"Une réunion d'expertise n'est réellement efficace que si l'interlocuteur de l'expert possède les connaissances nécessaires pour parler la même langue que lui ; et, à un certain degré de technicité, il est évident qu'un bon ingénieur vaut mieux que le juriste le plus chevronné"[7].

Cette réponse ne va pas sans poser :

"La difficulté de l'organisation sous la signature de l'avocat, du passage de la technique à la science du droit quand il devient nécessaire de formuler ou de présenter une note devant être annexée au rapport d'expertise, et surtout celle de l'instauration d'un grave déséquilibre entre les parties qui n'ont pas un égal accès à des spécialistes de mêmes compétences.

Pour concilier les exigences de recherche de la vérité et le respect du droit à une expertise équitable, on pourrait peut-être alors songer à transformer les avocats qui, dit-on parfois, ne sont pas toujours d'excellents techniciens du droit, en bon techniciens du fait ; avocat-ingénieur, telle est la profession d'avenir dont la mise en place du droit à l'expertise équitable

---

1 *Cass. civ. 2ème 12 juin 2003 BCII-189, Gaz. pal. 9-10 juillet 2004 p.13.*

2 *Art. 14, 16 et 160 CPC.*

3 *Cass. civ. 7 mai 1928, S.1828.1.93.*

4 *Cass. civ. 2ème 10 mai 1989 BCII-105.*

5 *Cass. civ. 1ère 7 mars 2000 BCI-79 ; CEDH 18 mars 1997, MANTOVANELLI c/France, RTD civ. 1997 p. 1007 obs. J.P. MARGUENAUD.*

6 *Voir art. R. 141-4 CSS.*

7 *R. PERROT RTD civ. 1991, p.184.*

pourrait appeler la création. Il ne resterait plus qu'à se demander si la lourdeur des structures universitaires n'entraverait pas son éclosion…" [1]

En matière de PEM, outre l'information du malade ou de la victime dont l'examen est obligatoire, sont seuls obligatoirement avisés de l'expertise le MC et le MT, qui peuvent assister les parties[2].

b) Le déroulement de l'expertise

Une des caractéristiques particulières de l'expertise judiciaire est que, du fait qu'il a le contrôle de son exécution, le juge peut assister à l'expertise puisque l'expert est, comme nous l'avons souligné, un auxiliaire du juge non pas tant qu'un auxiliaire de justice, le ministère public étant doté de la même faculté, mais la pratique en est assez rare[3].

Nous ne saurions nous étendre sur la technique même de l'expertise, notre préoccupation majeure étant ici celle de son déroulement dans le respect du principe du contradictoire et que l'expert accomplisse personnellement sa mission.

- Outre l'obligation pour les parties de remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission[4], le juge décidant, en cas de difficultés entre parties et techniciens, des documents qui doivent être communiqués[5], l'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties[6].

Les représentants légaux (les avocats le cas échéant) et les assistants techniques (médecins par exemple) peuvent donc assister à l'expertise, ce qui conduit à bien les distinguer.

Les premiers peuvent suivre l'exécution de l'expertise et présenter toutes observations utiles sur son déroulement, même en l'absence de la partie qu'ils représentent, l'expert devant faire connaître dans son avis la suite qu'il leur aura donnée.

Les seconds peuvent présenter des observations orales, mais leurs dires, fussent-ils écrits, ne pourront être pris en considération que s'ils ont été transmis à l'expert par le biais des avocats ou de la partie elle-même, de sorte que "sont exclues les observations écrites présentées par l'assistant, fut-il huissier de justice, qui n'auraient pas été signées ou contresignées par la partie assistée de son mandataire légal"[7], l'huissier n'étant pas, en effet, au nombre de ceux qui peuvent représenter les parties.

- Une autre pierre d'achoppement est à noter que celle de l'obligation pour le technicien qu'est l'expert d'accomplir personnellement sa mission (art. 233 CPC).

A la possibilité qu'il a de recueillir des informations orales ou écrites auprès de toutes personnes, sauf que soit précisés leur identité et tout lien de parenté ou d'alliance avec les parties à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêt avec les parties (art. 242 CPC), s'ajoute cette autre possibilité qu'a l'expert de prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien, mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne (art. 278 CPC) et enfin, celle, récente, de se faire assister dans l'accomplissement de sa mission par la personne de son choix qui intervient sous son contrôle et sa responsabilité (art. 278-1 CPC).

On peut aisément imaginer que ces diverses possibilités ne doivent pas entraîner une méconnaissance du principe du contradictoire, violant les art. 16 et 242 CPC, l'arrêt qui entérine l'évaluation faite par un expert qui n'a pas précisé la source de ses informations, mettant les

---

1 *J.P. MARGUENAUD, "Le droit à l'expertise équitable", Dalloz 2000, chronique p. 111 à 115.*

2 *Art. R. 141-4 CSS et supra 1ère partie – chap. 3 – Section I.*

3 *Voir art. 274 et 277 CPC.*

4 *Voir art. 243 et 275 CPC.*

5 *Cass. civ. 2ème 16 juillet 1979 BCII-220.*

6 *Voir art. 276 CPC.*

7 *Cass. civ. 2ème 23 octobre 1991, RTD civ. 1992.183, obs. PERROT.*

parties dans l'impossibilité de les vérifier[1], et qui doivent au moins être annexées à son rapport[2], ou masquant une délégation de pouvoir l'arrêt qui avait retenu le rapport sans rechercher, comme il était demandé, si l'expert n'avait pas délégué l'accomplissement de sa mission, et n'avait donc pas donné de base légale à sa décision au regard des art. 233 et 278 CPC[3].

S'agissant plus particulièrement du respect du principe du contradictoire, lorsqu'il est assisté par un technicien, l'expert peut conférer à un tiers qui dispose des instruments appropriés, l'exécution d'investigation à caractère technique, sans manquer pour autant à son obligation de remplir personnellement sa mission et sans méconnaître les exigences du procès équitable[4].

Mais l'art. 278 CPC ne fait pas du technicien dont l'avis est demandé un co-expert, l'avis devant être traité comme toutes les autres informations recueillies par l'expert au cours de ses propres opérations dont il conserve la maîtrise, de telle sorte que lui-même non susceptible d'annulation, il ne saurait entraîner la nullité du rapport d'expertise établi contradictoirement[5].

En matière de PEM, et face au silence des textes, nous estimons que l'expert doit disposer de moyens au moins égaux à ceux de l'expert judiciaire pour l'appel à un sapiteur, mais l'examen du malade ou de la victime est obligatoire, et seuls le MC et le MT peuvent assister les parties à l'expertise, l'assistance du médecin demandé à la compagnie d'assurance au titre de la protection juridique ne pouvant être substituée à celle du médecin traitant du malade, en raison de la nécessité de principe d'interprétation stricte des dispositions spéciales en cette matière[6].

5°) L'avis de l'expert (art. 282 à 284-1 CPC)

Ainsi que le précise l'art. 282 CPC, cet avis ne donne pas nécessairement lieu à un rapport s'il n'exige pas de développement écrit, l'expert l'exposant alors oralement à la barre, sinon il dépose son rapport au secrétariat de la juridiction, non sans devoir faire connaître l'avis du technicien qu'il pouvait solliciter dans une spécialité distincte de la sienne, et les noms et qualités des personnes qui auraient prêté leur concours pour l'assister dans l'accomplissement de sa mission.

Selon l'art. 284 CPC, le juge fixe la rémunération de l'expert en fonction des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni, autorisant l'expert à se faire remettre jusqu'à due concurrence les sommes consignées au greffe.

- On peut mesurer à travers ces dispositions les différences avec celles applicables en matière d'EM, pour laquelle la rédaction d'un rapport est obligatoire dans tous les cas, en raison de son caractère extrajudiciaire, et où il a bien fallu tenir compte du fait que le médecin n'est pas nécessairement un expert judiciaire, sans compter que les dispositions de l'art. 282 CPC sont muettes quant à la contexture du rapport, comparées à celles, concises, de l'art. R. 141-4 al. 5 CSS.

Certes, il existe un contrôle à l'occasion du rapport annuel d'activité devant être présenté par les experts judiciaires[7], mais le médiateur de la République déplorait justement que : "ce contrôle apparaît toutefois insuffisant dans le sens où il n'existe pas de dispositif permettant une évaluation objective de la pertinence du raisonnement, des arguments et des conclusions

---

1 *Cass. civ. 2ème 4 juin 1993 BCII-191.*

2 *Cass. civ. 2ème 30 novembre 1988 BC II-236.*

3 *Cass. civ. 3ème 8 avril 1999 BC III-89 ; Procédures 1999.com.150, obs. PERROT.*

4 *Cass. civ. 2ème 16 mai 2002 BC II-101.*

5 *Cour d'Aix en Provence 17 septembre 2008, BICC 15 mars 2009 n° 428.*

6 *Cass. civ. 2ème 8 janvier 2009, NP 0811425, R.141-4 CSS et supra 1ère partie – Chap. 3 – Section 1.*

7 *Art. 23 D. 2004-1463 du 23 décembre.*

déployées dans le rapport d'expertise. Il faut mentionner en outre la faiblesse des moyens dévolus aux juges spécialement chargés de contrôler les expertises au sein de chaque tribunal"[1].

- La mise des frais d'expertise à la charge du demandeur ou de son adversaire, ou des deux, a été sévèrement critiquée, même si le juge fixe souverainement la rémunération du technicien[2], au vu des justifications produites par les parties[3], et sans être lié par les points de contestation qui lui ont été présentés ni être tenu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation[4], et qu'il peut toujours réduire la rémunération de l'expert, compte tenu du manque de diligence de ce dernier[5] ou des faiblesses de son rapport[6].

Il faut donc "payer pour voir" (ce qui n'est pas le cas au pénal ou devant les juridictions administratives), et cette obligation constitue pour le demandeur un obstacle à son droit d'accès à l'expertise et à la constitution d'une preuve.

La reconnaissance d'un droit d'accès à l'expertise "conduirait à reconsidérer les questions de fixation, de recouvrement et de détermination de la personne devant supporter les frais et honoraires dont le Pr TERRÉ a dit qu'elles étaient au cœur de toute réflexion sérieuse sur l'expertise[7]. Pour que le droit d'accès à l'expertise ne soit pas privé d'effectivité, ne faudrait-il pas s'orienter, comme en matière pénale, vers un système dans lequel la société supporte au moins provisoirement la charge de la recherche de la vérité ? Ce ne serait pas le seul bouleversement que provoquerait la réalisation concrète d'un véritable droit à une expertise autonome équitable"[8], où l'expert ne serait donc plus l'auxiliaire ou l'ami ("amicus curiae"), mais l'égal du juge.

On doit bien reconnaître que la PEM ne pose pas ces problèmes quand les frais d'expertise sont à la charge des caisses, sauf contestation abusive ou recours dilatoire (ou à la charge de la partie qui succombe pour les frais de la nouvelle expertise), et il faut bien convenir que si on ne peut, par principe, mettre à la charge de l'Etat les frais d'expertise, ce qui grèverait lourdement le budget de la justice, on pourrait à tout le moins imposer la charge de la provision à l'Etat et le remboursement des dépenses d'expertise par la partie condamnée aux dépens.

On doit bien reconnaître également que la PEM, avec une tarification réglementaire des frais d'expertise, n'encourt pas le reproche qu'a pu faire le médiateur de la République à l'expertise judiciaire quand il observait :

"Qu'actuellement, l'expert fixe ses honoraires sans possibilité d'effectuer les comparaisons d'un expert à l'autre, ni pour le juge ni pour la juridiction, faute d'une harmonisation des tarifs en fonction de chaque type de prestation, de même il apparaît difficile de vérifier l'adéquation entre le montant des honoraires et la qualité du travail fourni. Encore, on relève une grande disparité des niveaux d'honoraires, pour les mêmes prestations, suivant les différents endroits du territoire"[9].

Cette observation nous paraît judicieuse pour assurer la transition au moment d'aborder le régime d'expertise judiciaire applicable aux contestations relatives à l'état de la victime et à l'état d'incapacité permanente en matière d'AT/MP dans le domaine agricole,

---

1 *Rapport 2010 du Médiateur de la république, p.7.*
2 *Cass. civ. 2ème 7 novembre 1984 BCII-161.*
3 *Cass. civ. 2ème 27 avril 1979 BCII-124.*
4 *Cass. civ. 2ème 5 avril 2001 BCII-72.*
5 *Cass. civ. 2ème 27 avril 1970 BCII-124 préc.*
6 *Cass. civ 2ème 24 octobre 1979 BCII-249.*
7 *F. TERRÉ, XXème colloque des IEJ d'Angers et du Mans, 17 et 18 juin 1994, "l'expertise", obs. finales.*
8 *J.P. MARGUENAUD, "Le droit à l'expertise équitable" et "expertise équitable", Dalloz 2000, Chroniques p. 111 et 115 préc.*
9 *Rapport 2010 du Médiateur de la république p.9.*

quand on sait que ce régime a été écarté au profit de celui de la PEM en ce qui concerne les frais d'expertise…

§ 2 – Les limites à l'opposition à l'EM de l'expertise judiciaire définie par le CPC ou l'exemple du régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole

Ainsi que nous l'avons exposé de façon sommaire comme exception au principe de la distinction entre contestation relative à l'état du malade ou de la victime et celles relatives aux états d'incapacité, les auteurs de la loi du 25 octobre 1972 relative à l'assurance AT/MP des salariés de l'agriculture, en établissant la compétence exclusive du contentieux général de la Sécurité Sociale, et non plus de droit commun[1], ont donc écarté l'EM pour les contestations relatives à l'état de la victime, et le contentieux technique pour celles relatives à l'état et au taux d'incapacité permanente de travail (y compris à la date de guérison ou de consolidation)[2].

Le plus remarquable a donc été que les auteurs des textes d'application de la loi aient pu prévoir, pour cette exclusion, des procédures préalables spécifiques à nulle autre pareilles, comme pour éviter à la victime le spectre du dédale du contentieux général et de l'expertise judiciaire[3].

S'agissant des contestations relatives à l'état de la victime, ils ont donc instauré un nouvel examen médical (NEM), obligatoirement organisé sous l'égide de la caisse, et calqué sur la PEM, le MC et le MT désignant l'expert de leur commun accord, mais sur fond d'expertise judiciaire, en ce sens que les résultats ne s'imposaient pas aux parties qui pouvaient alors, faute d'accord, saisir la juridiction (A/).

Auprès de cette dernière, le régime d'expertise était donc celui défini par le CPC mais inspiré de nombre de règles de la PEM, qui constituaient autant de tempéraments aux pouvoirs traditionnels du juge en la matière (B/), dont "le noyau dur", à savoir la liberté de recourir ou non à l'expertise et de tenir compte ou non de l'avis de l'expert, ne permet pas, nous semble-t-il, le basculement de l'EM dans un régime d'expertise judiciaire (C/)[4].

A/ Le nouvel examen médical (NEM)

Cette appellation est donc due au fait qu'il visait les divergences d'appréciation médicale relatives à l'état de la victime, après que la caisse ait procédé à une première évaluation, et avant qu'elle ne prenne la décision, conformément à un principe établi en matière d'AT/MP[5], ce qui

---

1 *Voir art. L. 751-32 code rural.*

2 *Voir supra 1ère partie, chap. 1 – Section II – § 2,* et les auteurs de la loi du 30 décembre *2001 ont fait le même choix pour les non-salariés agricoles.*

3 *Sur ce dédale, voir supra § 1 – A/ et B/.*

4 *- Rappel art. 35, 36 et 37 D. 73-598 du 29 juin devenu art. R. 751-133 à 135 du code rural pour les salariés, auxquels renvoie l'art. D. 752-82 du code rural pour les non-salariés agricoles.*

- Rappel D. 73599 du 29 juin inséré dans D. 22 décembre 1958 sur le contentieux, sous art. 28-1 à 28-9 devenu R. 142-32 à 40 CSS pour les salariés, auxquels renvoient les art. R. 142-49 à 52 CSS pour les non-salariés.

5 *Mais le D. 931132 du 27 septembre modifiant l'art. 35 D. 73598 du 29 juin (devenu R. 751-133 code rural) a supprimé l'obligation pour la Caisse d'y recourir, à charge pour la victime de le demander dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de la Caisses, et le D. 2006-546 du 12 mai modifiant l'art. R. 141-2 CSS, en a fait de même pour l'EM, dans u souci d'économie d'expertise médicale.*

permettait en tout état de cause de ne pas le confondre, fût-il obligatoire, avec son "homologue", l'EM[1].

Il convient d'ailleurs d'observer qu'il est visé dans les dispositions du code rural relatives au contrôle médical, ne pouvant donc être rattaché à celles concernant l'EM et le contentieux général, tels que visés aux art. L. 141-1 et L. 142-1 CSS.

Si cette absence de force probante de l'avis médical issu du NEM était la manifestation essentielle de l'attraction de l'expertise judiciaire, c'était aussi un "clin d'œil" de choix à l'EM, puisque le médecin chargé du NEM était donc désigné d'un commun accord entre le MC et le MT. En outre, les auteurs de la loi précitée du 25 octobre 1972[2] avaient considéré que les caisses prenaient en charge, dans les mêmes conditions qu'en assurances sociales pour les salariés agricoles, les frais d'expertise de la victime exposés du fait du contrôle médical.

1°) Le principe du choix de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT

C'était donc la consécration d'une procédure extrajudiciaire, sous l'égide de la caisse et aux mains du MC et du MT, inspirée de celle qu'avait créée l'ord. du 19.10.1945 concernant les assurances sociales (non agricoles), pour les contestations relatives à l'état du malade[3], que la loi du 30.10.1946 concernant les AT/MP des salariés (non agricoles) avait rendu applicable aux contestations relatives à l'état de la victime[4].

Bien que procédant des mêmes motifs que ceux qui avaient conduit à assortir la PEM de brefs délais pour permettre une solution rapide du litige, l'arrêté ministériel prévu par l'art. 37 D. 73-598 du 29 juin[5], et qui devait en fixer les modalités d'application, n'est jamais paru.

Des investigations que nous avons pu mener auprès des caisses, il résulte qu'un alignement de fait sur la PEM a été réalisé, notamment par l'établissement d'un protocole tel que visé à l'art. R. 141-3 CSS, mais sans donc qu'il soit possible d'invoquer les brefs délais que contient la PEM.

La particularité était cependant que le choix de l'expert, médecin, ne s'exerçait que sur la liste des experts auprès des cours et tribunaux, et non parmi l'ensemble des médecins et, au cas de désaccord, le choix était opéré, sans autre précision, par le président de la juridiction[6] et non par le DDASS[7], sur la liste des médecins experts spécialisés en matière de sécurité sociale, telle que visée à l'art. R. 141-1 modifié CSS pour les régimes autres qu'agricoles.

A moins que ne survienne l'extension du régime de l'EM au domaine agricole en matière d'AT/MP, ce que nous souhaitons donc, il serait judicieux que le principe de base commun au NEM précité et à l'EM pour la désignation de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT, conduise à supprimer cet "assortiment" quant au domaine de ce choix.

La législation en matière d'AT/MP dans le domaine agricole est quasiment identique à celle du régime général et les particularités administratives du monde agricole s'estompent…

Le service régional de l'inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles, qui faisait office de tutelle au nom de l'Etat sur les organismes locaux de MSA et partie intégrante de la direction régionale de l'agriculture et de la forêt (DRAF), a été rattaché à la direction régionale des entreprises de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECTE), dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (RGPP)

---

1 *Ce que firent et font encore nombre de juridictions, voir notamment annexes à la thèse pour un cas récent.*

2 *Art. L. 751-34 code rural.*

3 *Art. 99 et 33 de l'ordonnance.*

4 *Notamment art. 27 et 45 de la loi.*

5 *Voir art. R. 751-135 code rural préc.*

6 *Art. 36 D. 73-598 du 29 juin devenu art. R. 751-134 du code rural préc.*

7 *Le directeur général de l'ARS depuis D. 2010-344 du 31 mars modifiant l'art. R. 141-1 modifié CSS.*

engagée à compter de 2009, le contrôle des organismes autres que ceux à compétence nationale étant désormais assuré par un service à compétence nationale, un pour les organismes de MSA et un pour les organismes de sécurité sociale, constitués d'une cellule nationale et d'antennes interrégionales lesquelles, pour les seconds, ont donc remplacé le DRASS, ces deux services fusionnés à compter du 1er janvier 2013 et rattachés au ministère de la sécurité sociale.[1].

C'est dans ces conditions qu'a été opéré le regroupement des secrétariats des juridictions, TASS et TCI, section agricole, avec ceux de la section propre aux régimes autres qu'agricoles, puisqu'ils étaient assurés par ces autorités de tutelle respectives et qu'ils sont désormais rattachés à la direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale[2], qui n'est donc pas, faut-il le préciser, l'autorité de tutelle.

Il pourrait donc résulter, à tout le moins, de cette tendance à l'harmonisation des structures, l'arbitrage, dans tous les cas, du désaccord entre le MC et le MT par le directeur général de l'ARS, sur la liste des experts spécialisés en matière de Sécurité Sociale telle que visée à l'art. R. 141-1 modifié CSS et datant de 1986.

En effet, par cette procédure extrajudiciaire qu'est celle du NEM, il ne paraît plus opportun d'en référer au président de la juridiction pour régler seulement un désaccord sur le choix de l'expert et, qui plus est, n'est pas tenu par une liste[3], ce qui ne devrait, pas pour autant, conduire à la désignation d'experts non médicaux dont l'avis emporterait par suite la conviction des juges.

Les auteurs des D. 73-598 et 599 du 29 juin précités n'ont certainement pas voulu qu'il en soit ainsi, leur exclusion de l'EM ne pouvant aboutir, à travers leur référence au NEM et à un régime d'expertise défini par celui du CPC, à ce que la juridiction elle-même "commute" la nature, proprement médicale, des litiges.[4]

2°) Un régime de frais d'expertise (NEM) aligné sur celui applicable à l'EM

Les frais de l'EM ayant fait l'objet d'un développement important[5], nous nous limiterons à mentionner les dispositions qui ont permis cet alignement.

La loi précitée du 25 octobre 1972 ayant donc jeté les bases d'une prise en charge par les caisses[6], l'art. 38 du D. 73-598 du 29 juin (devenu R. 751-136 code rural) en précisait les modalités d'application. Ces dernières disposaient que les frais de déplacement et honoraires du MT et du médecin expert chargé du nouvel examen médical étaient supportés par les caisses, dans les mêmes conditions qu'en matière d'assurance sociale auxquelles était donc applicable l'EM, et selon le tarif fixé par un arrêté interministériel qui ne pouvait être que celui visé à l'art. 141-7 CSS (issu D. 07.01.1959), c'est-à-dire l'arrêté du 06.06.1963[7].

Si cet alignement pouvait aisément s'évincer du caractère extrajudiciaire du NEM, identique à celui de l'EM, il n'en était pas de même quand le litige était porté devant la juridiction où était donc applicable le régime d'expertise défini par le code de procédure civile (CPC)…

B/ L'expertise judiciaire ou l'ombre des règles de la PEM

---

1 *Art. R. 155-1 à 3 CSS issu D. 2009-1596 du 18 décembre art. 2, l'art. R. 155-2 CSS abrogé et les art. R. 155-1 et 3 modifiés par D. 2012-1362 du 06 décembre, art. 2.*

2 *Voir art. R. 142-15 CSS modifié par D. 2009-1596 du 18 décembre, art. 19 pour le TASS et art. R. 143-36 modifié par D. 2009-1540 du 10 décembre pour le TCI.*

3 *Voir art. R. 751-134 code rural préc.*

4 *Voir annexes à la thèse pour un cas récent.*

5 *Voir supra 1ère partie – chap. 3 – Section III.*

6 *Art. L. 751-34 code rural préc.*

7 *Pour confirmation de cet alignement, voir circulaires CCMSA n°11 en date du 31 janvier 1992 et CCMSA 2005-031 en date du 8 juillet, cette dernière visant également les non-salariés, en application de l'art. D. 752-81-3 code rural.*

La juridiction saisie, quand le NEM n'a pas permis la solution du litige, c'est donc le régime d'expertise défini par le CPC qui est applicable, mais il faut bien convenir, ainsi que nous l'avons démontré par l'analyse des principes fondamentaux de l'expertise judiciaire de droit commun[1], qu'il était impossible de l'appliquer tel quel aux litiges impliquant l'application de l'art. R. 142-39 CSS, en raison de leur nature médicale qui commandait, nous semble-t-il, que l'expertise, comme telle, et à l'image du NEM, ne pût être confiée qu'à des médecins, son régime fût-il judiciaire[2].

Ce même art. R. 142-39 CSS ne faisait en effet jamais qu'évincer, pour laisser au juge sa liberté d'appréciation à l'égard de l'expertise, l'application de l'art. R. 142-24 CSS imposant le recours à la PEM dont l'ombre devait bien planer, nombre de dispositions de cet art. R. 142-39 s'en inspirant cependant, constituant autant de tempéraments aux prérogatives traditionnelles du juge dans la gestion de l'expertise, du fait que les litiges portent sur des prestations à caractère social, comme ceux dévolus à la PEM.

1°) Un régime de frais d'expertise (judiciaire) aligné sur celui applicable à l'EM

S'il pouvait donc paraître évident que ce régime fût aligné, pour le NEM, sur celui de l'EM, ce n'était pas aussi simple qu'il pouvait y paraître quand le litige était porté devant la juridiction, avec toutes les conséquences qui pouvaient résulter de l'application du régime de l'expertise judiciaire, le juge fixant, pour les frais d'expertise, une provision à consigner par l'une ou l'autre des parties, voire les deux, puis arrêtant définitivement ces frais en indiquant les parties qui en avaient la charge.

Il en est bien résulté une période de flottement, sinon pour la prise en charge, du moins pour la tarification de ces frais d'expertise, ce qui a conduit à préciser que "les frais d'expertise étaient réglés sans consignation préalable de provision selon les modalités définies à l'art. 58 (devenu L. 144-5 CSS) du D. 58-1291 du 22 décembre relatif au contentieux[3], et qui prévoyait, outre la prise en charge par les caisses, des arrêtés interministériels en ce qui concernait les modalités de règlement des dépenses de contentieux, ce qui revenait à adopter, l'expertise fût-elle judiciaire, le régime des frais d'expertise applicables à l'EM[4].

Un président de cour d'appel tenta bien d'obtenir que les honoraires dus à l'expert par la caisse soient fixés en application de l'art. 284 CPC précité, c'est-à-dire par le juge, et non forfaitairement en application de l'arrêté précité du 6 juin 1963, mais la Cour de cassation devait censurer l'ordonnance en considérant que "le renvoi à l'art. L. 144-2 CSS (devenu L. 144-5) impliquait que l'ensemble des modalités du financement de l'expertise, y compris la détermination du montant des frais et honoraires de l'expert, relevait des arrêtés ministériels pris en application de cet article…"[5].

2°) Des incompatibilités identiques à celles imposées à l'expert en matière d'EM

Ce ne sont ni plus ni moins que les mêmes, la formulation de l'art. R. 142-39 CSS étant quasiment calquée sur celles de l'art. R. 141-1 dernier alinéa CSS, en ce qui concerne l'impossibilité d'être expert, pour le médecin qui a soigné le blessé, pour le médecin attaché à l'entreprise ou à l'exploitation agricole, ou à une caisse de MSA.

---

1 *Voir supra § 1 de la présente section.*

2 *Voir annexes à la thèse.*

3 *Art. 1er du D. 83-910 du 13 octobre complétant l'art. 28-8 du D. 22 décembre 1958, cet art. 28-8 issu du D. 73-599 du 29 juin relatif au contentieux en matière de réparation des AT survenus aux salariés agricoles, et devenus R. 142-39 CSS.*

4 *Arrêté du 6 juin 1963 pris en application de l'art. 9 (devenu R. 141-7 CSS) du D. 7 janvier 1959 relatif à l'EM, ce dernier lui-même pris en application du D. précité du 22 décembre 1958.*

5 *Cass. soc. 24 octobre 1991 NP 90-643 préc.*

En dépit du mutisme des textes sur la récusation de l'expert en matière d'EM, les art. 234 et 341 CPC paraissent pouvoir recevoir application, au nom du droit des parties, d'assurer la défense de leurs intérêts[1].

3°) L'obligation pour l'expert de déposer un rapport dans un délai réglementaire.

Cette règle est manifestement le pendant de celle édictée en matière d'EM pour la remise d'un rapport par l'expert dans le délai d'un mois à compter de la réception du protocole ou de la décision le désignant.

La seule différence réside dans le délai de 15 jours, du fait du renvoi de l'art. R. 142-39 à l'art. R. 142-37, propre à la procédure de conciliation auprès du président de la juridiction, et qui donc impose ce délai, dont on s'explique la brièveté accrue pour la remise du rapport, en raison de la saisine toujours possible de la juridiction elle-même.

Ces dispositions écartent donc les prérogatives traditionnelles du juge en matière d'expertise judiciaire où le dépôt d'un rapport n'est jamais systématique et où le délai est laissé à l'appréciation du juge (mais sans doute toujours plus élevé…)[2].

C/ Le "noyau dur" de l'expertise judiciaire définie par le CPC

- Aussi aménagé que soit le régime d'expertise judiciaire applicable aux contestations relatives à l'état de la victime en matière d'AT/MP dans le domaine agricole, il n'en reste pas moins soumis au "noyau dur" de l'expertise judiciaire défini par le CPC ou, encore, à la liberté du juge de recourir ou non à l'expertise et sans être tenu par l'avis de l'expert…

L'expertise judiciaire visée à l'art. R. 142-39 CSS demeure donc fondamentalement une mesure d'instruction au sens des dispositions du CPC, ce que n'est donc pas l'EM, et qui exclut bien l'appel ou le pourvoi immédiats à l'encontre de la mesure l'ordonnant ou la refusant[3], au risque, sinon d'absence, du moins de multiplication des expertises, quand le juge n'est donc pas tenu par l'avis de l'expert.

Contribuent d'ailleurs à cette multiplication les difficultés dues à la coexistence de deux régimes d'expertise applicables en matière agricole[4], la querelle entre les art. L. 141-1 et R. 142-39 CSS étant toujours d'actualité, à propos d'un dispositif datant de 1973 ! La violation du second était évitée de justesse quand la cour d'appel avait relevé que le tribunal avait homologué le rapport d'expertise et que la caisse de MSA avait conclu à la confirmation du jugement en soulignant que les avis techniques du MC et de l'expert étaient clairs, précis et dépourvus d'ambiguïté, avant d'approuver le jugement en l'état "d'absence de toute ambiguïté des conclusions de l'expert[5].

Ces motivations fleuraient bon la force probante de l'expertise visée au premier article, pourtant inapplicable en l'espèce, tandis que la Cour de cassation combinait adroitement l'art. R. 142-39 CSS et l'art. 246 CPC selon lequel le juge n'est pas lié par les conclusions du technicien, pour faire œuvre salvatrice en imposant le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond pour rejeter le pourvoi[6].

---

1 *Voir développement supra 1ère partie – chap. 2 – Section II - § 1 B/.*

2 *Art. 265 et 282 CPC.*

3 *Rappel art. 150 et 272 CPC.*

4 *Voir infra section II et annexes à la thèse.*

5 *Cour de Nîmes 15 avril 2008 R… c/MSA Vaucluse.*

6 *Cass. soc. 7 octobre 2010 NP 09-70611.*

• L'art. R. 142-39 CSS, qui laisse donc au juge l'essentiel de ses prérogatives, ou "noyau dur" de l'expertise, cette dernière n'échappant pas à son caractère de subsidiarité et demeurant cantonnée au domaine du fait, ne permet certainement pas de céder à l'attraction de l'expertise judiciaire qu'il impose en la matière, même si le juge recourt volontiers à cette dernière, et en adopte les conclusions, de telle sorte que serait sacrifiée, sinon l'existence, du moins la force probante ou encore la fonction normative de l'expertise médicale.

Cette dernière garantit d'une part le droit à l'expertise, sa fonction normative ne la cantonnant pas à la factualité et, d'autre part, le droit, pour les parties, d'être assistées par les techniciens que sont le MC et le MT[1].

On peut être surpris que, dans une étude de l'EM limitée au seul domaine des AT/MP, et plutôt à rebours du sens de l'évolution générale des rapports entre le juge et l'expert ou entre science et droit, il ait pu être écrit que :

"Les différentes critiques qui peuvent être adressées à l'expertise médicale nous obligent à présent à nous interroger sur les solutions qui permettraient de rééquilibrer les rôles respectifs du juge et de l'expert, et donc d'apporter un équilibre entre le poids de l'avis médical et les décisions plus sociales sur la décision juridique. Dans cette optique, ce ne sont pas les principes de l'expertise judiciaire de droit commun qui doivent être réévalués mais ceux qui y dérogent et qui régissent donc l'expertise médicale. Il faudrait recentrer l'intervention de l'expert, dans la participation à la formation de la décision, pour laisser place à l'appréciation du juge. On remettrait donc partiellement en cause la fonction normative de l'expertise médicale".

Mais on saura gré à l'auteur de s'être exprimé au sujet de l'expertise française à l'épreuve de la comparaison :

"Nous avons vu que le droit français attache une fonction d'assistance à l'expertise mais qu'à travers l'expertise médicale notamment, il doit admettre la contribution de l'expertise à la formation de la décision de justice.

Le droit européen encourage le droit français à reconnaître pleinement le rôle normatif de l'expertise. Il influence donc le droit français dans le sens d'une acceptation de l'expertise en tant que contributive à la prise de décision du juge"[2].

SECTION II – LA DIFFICILE SUPPRESSION DE L'EXPERTISE MEDICALE

• Si l'on admet que la sécurité sociale, fondée sur le principe de la solidarité, constitue une conquête "irréductible", devenue l'une des branches les plus dignes d'intérêt et pour laquelle il ne s'est agi, au fond, non pas tant de déroger aux principes fondamentaux que d'adapter les systèmes de droit aux transformations de la société, en innovant pour prendre en compte le facteur humain et social, on ne peut dire que l'EM n'ait pas répondu à cette attente, la prise en compte des intérêts du malade ou de la victime ayant pu commander que ces derniers soient rapidement fixés sur leurs droits.

Certes, le contexte n'est plus le même, et il ne s'agit plus de lutter contre les mêmes fléaux, comme en 1945, mais l'exigence d'un égal accès aux soins qu'implique le principe de solidarité, compte tenu des droits fondamentaux de la personne humaine et du développement des techniques médicales, permet d'imaginer que ce principe de l'EM ne peut pas être remis en cause.

---

[1] *Il conviendrait de prévoir, en matière d'assurance maladie, des honoraires dus au MT qui assiste à l'expertise, comme c'est déjà le cas en matière d'AT/MP (voir art. R. 141-7 CSS), afin de donner plus de garanties au droit du malade d'être assisté, n'important plus qu'il s'agisse de la victime et non pas du malade.*

[2] *L. KOERPER, "L'expertise médicale en matière d'AT/MP", rapport de stage en vue du Master II droit social, année universitaire 2006-2007, Université Robert Schumann – Strasbourg.*

C'est donc à partir de ce "postulat" que nous fondons le propre socle de l'EM, laquelle ne nous paraît plus, en l'état, demeurer (avec le contentieux technique) détestable, comme dérogeant à une norme fondamentale supérieure, le droit civil ne se départissant jamais de son rôle centralisateur…

La spécificité de l'EM, pour répondre à des exigences sociales et humaines, ne l'a-t-elle pas conduite à une quasi généralisation, laquelle, si elle a pu parfois paraître surprenante, ne s'en est pas moins imposée comme une sorte de norme de droit social. Le dernier bastion est constitué par le régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole, dont l'attraction qu'il exerce n'illustrerait au fond rien d'autre que la volonté de "faire rentrer l'EM dans le rang".

L'idée d'un référé "social" fut même avancée antérieurement à l'apparition de ce régime, quand on prétendait qu'il avait été commis une erreur de considérer que "l'organisation d'une expertise technique médicale particulière au régime de sécurité sociale, donnerait des résultats satisfaisants et serait une simplification", alors que "le droit commun judiciaire fournirait un procédé qui a fait ses preuves en d'autres matières, à savoir l'expertise judiciaire ordonnée en référé". Pourquoi ne serait-il pas ordonné un référé "social"[1] ?

Une telle proposition peut paraître étonnante, quand on sait qu'elle aboutirait à nier les fondements de la PEM, qui étaient bien d'éviter les écueils de la procédure civile avec le risque de multiplication des expertises, et de permettre un règlement rapide du litige.

L'exemple du régime agricole n'échappe d'ailleurs pas à ces critiques, sans qu'aucun délai ne sanctionne le déroulement de la procédure du nouvel examen médical (NEM), ni de la phase judiciaire (sauf que, dans cette dernière, l'expert doit remettre son rapport dans un délai de 15 jours), et alors même que ce sont les dispositions propres aux contestations relatives à l'IPT qui sont utilisées pour faire pâtir de la comparaison l'EM, et non pas celles relatives aux contestations sur l'état de la victime qui, elles, procèdent largement de la PEM[2].

L'EM ne peut plus faire peser de sérieuses restrictions sur le pouvoir d'appréciation du juge quand on sait que l'avis de l'expert ne s'impose plus à ce dernier, la Cour de cassation ayant d'ailleurs déjà dénié tout caractère sérieux à la contestation de la légalité des dispositions du D. 07.01.1959 qui étendaient la force probante de l'avis de l'expert à la juridiction, d'autant moins fondée depuis que ces dispositions réglementaires ont été transférées à la compétence législative lors de la codification de 1985, ce qui clôt certainement le débat au plan interne et ne met pas en jeu l'existence même de la PEM.

Mais si, rappelons-le, on ne peut exclure une évolution de la jurisprudence qui réduirait la portée qu'elle continue de conférer à l'avis de l'expert, eu égard aux dispositions de l'art. 6 § 1er Conv. EDH, le principe que dégage ce dernier sur le procès équitable visant à protéger l'accès au juge pour les garanties de procédure accordées aux parties, le droit d'accès à un tribunal constituant un élément inhérent au droit énoncé par cet article[3], ne permet pas pour autant de conduire à une interprétation restrictive dont il résulterait des garanties limitées à celles que peut apporter le juge.

Certes, l'accès à l'expertise n'est pas visé, certes, il n'est pas courant que je juge soit obligé de recourir à l'expertise, certes, l'art. 272 CPC sur les dispositions duquel nous venons de nous étendre dans la section précédente à propos du régime du recours sur l'expertise ordonnée en matière de contestation d'ordre médical, laisse à penser que l'appel sur les décisions refusant de l'ordonner est exclu (comme le pourvoi d'ailleurs)[4].

"Pourtant, si la découverte de la vérité du fait scientifique doit être aujourd'hui considérée comme une phase indispensable, il faudra bien s'habituer à l'idée d'organiser un véritable droit d'accès à l'expertise, qui confèrerait aux parties la garantie d'être toujours jugées en

---

1 *Obs. JP BRUNET, JCP/1964-II-13785 sous arrêt Cour d'Amiens 4 avril 1962 préc.*

2 *H. GAILLAC avec le concours de M. YAHIEL, le contentieux de la Sécurité Sociale : bilan et perspectives, rapport préc. de 1983.*

3 *CEDH 21 février 1975, GOLDER.*

4 *Voir art. 272 CPC (Ed. Dalloz 2012 note 1).*

fonction des éléments de fait les plus vraisemblables. La reconnaissance d'un tel droit ne manquerait pas d'entraîner un renforcement des exigences d'impartialité de l'expert et un respect plus strict du principe du contradictoire"[1].

Et, en corollaire, le principe de l'égalité des armes voudrait que l'interlocuteur de l'expert possède les connaissances nécessaires pour pouvoir, face à ce dernier, soutenir valablement la discussion.

En consacrant un droit d'accès à l'expertise, et en garantissant de pouvoir y être assisté sans risque majeur de déséquilibre entre les parties, par des techniciens dont l'existence n'est pas, rappelons-le, garantie par la loi en matière de procédure civile, où la législation est muette[2], l'EM paraît donc avoir acquis ses "lettres de noblesse" pour, qu'en l'état, son avenir ne puisse être considéré comme compromis, ce qui ne ferait pas obstacle, et ce sera d'ailleurs notre conclusion, à une extension qui lui permettrait de parachever son étendue, en absorbant les divergences d'appréciation médicale relatives à l'état de la victime dans le domaine agricole, aux lieu et place du NEM précité, dont les résultats ne s'imposent pas aux parties, et de l'expertise judiciaire pour la phase contentieuse.

Cette évolution s'impose d'autant plus à nos yeux qu'il résulte de cette coexistence des deux procédures des interférences nombreuses de la PEM dans ce domaine, dont elle est pourtant bien exclue, et nées, au fond, d'une méconnaissance de la législation. Nous avons donc mentionné les jurisprudences qui s'en sont suivi, et l'une d'entre elles a d'ailleurs fait l'objet d'un développement particulier quant au chassé-croisé dû à la confusion entre consolidation et aptitude à la reprise de travail, sur fond de revendication d'IJ érigées en dénominateur commun, et couronnée de surcroît d'une fausse querelle de procédure[3], deux autres jurisprudences récentes appelant par suite un développement particulier, car elles font ressortir au premier chef, et de façon très singulière, cette méconnaissance de la législation.

- Dans la première, c'est bien le nouvel examen médical (NEM) qui avait été déclenché dans le cadre des dispositions des art. 35, 36, 37 D. 29 juin 1973 (codifiés depuis art. R. 751-133 à 135 Code rural), au sujet de l'état de la victime qui présentait une entorse au genou droit comme accident du travail, et à propos de laquelle le médecin, désigné d'un commun accord entre le MC et le MT, devait dire si la pathologie considérée relevait du risque accidentel professionnel ou, au contraire, d'un risque maladie préexistant.

Saisi par la caisse de MSA qui contestait l'avis de ce médecin concluant au risque accidentel professionnel, le TASS, qui avait reconnu la diligence des dispositions précitées, constatait subitement que l'avis technique avait été rendu en application de l'art. L. 141-1 CSS et que, clair et précis, il s'imposait à l'intéressé comme à la caisse. Il repoussait donc l'argumentation de cette dernière selon laquelle l'expert n'avait pas respecté le principe du contradictoire du fait de l'absence, dans le rapport, de l'argumentation du MC, ni ne s'était expliqué sur le fait traumatique essentiel à la reconnaissance de l'AT, en constatant que l'expertise avait été réalisée contradictoirement, la désignation de l'expert étant intervenue régulièrement, et que la caisse ne fournissait aucun élément d'ordre médical (si ce n'est l'avis d'origine du MC) permettant de remettre en cause l'avis circonstancié de l'expert, autant, selon nous, de motifs inappropriés aux questions soulevées par la caisse quant aux conditions de fond de l'expertise.

N'étaient-ce ces motifs peu orthodoxes pour valider l'expertise, le respect du contradictoire apprécié là où il n'était pas contesté, la réponse du TASS n'avait d'égale que l'excellence de la question posée au médecin désigné quant à l'origine traumatique ou pathologique de la lésion alléguée, mais les juges d'appel devaient estimer que la preuve d'un fait accidentel survenu au temps et au lieu de travail n'était pas apportée,"les circonstances relatées

---

[1] *J.P. MARGUENAUD, "Le droit à l'expertise équitable", Dalloz 2000, chronique p. 111 à 115 préc.*

[2] *Voir M. OLIVIER, "Assistance technique en matière de mesures d'instruction", Gaz. Pal. 27-28 février 2002, p. 2 (Proposition de réforme).*

[3] *Cass. soc. 12 novembre 1998 BC V-489 préc. et voir supra 1ère partie – Chap. I – Section II - § 2 – A/ Remarque préc.*

par la victime n'étant pas compatibles avec une entorse du genou sans qu'il y ait lieu à nouvelle expertise, la contestation n'étant pas d'ordre médical".

De cette surprenante récupération par les juges d'appel de leur pouvoir d'appréciation sur l'autel duquel, encore une fois, ont pu être sacrifiées les conclusions de l'expert (même s'il ne pouvait s'agir de l'expertise de l'art. L. 141-1 CSS, ce dont on ignore ce qu'il en est dans l'esprit de la Cour…), et aussi la présomption d'imputabilité, on saura gré à la Cour de cassation, saisie par la victime dont l'avocat prônait l'applicabilité de l'art. L. 141-1 CSS (mais oui !) et la validité de l'expertise, d'avoir justement rappelé que les dispositions de l'art. R. 142-39 CSS et du NCPC (CPC) étaient applicables en matière d'AT/MP dans le domaine agricole, l'arrêt de la cour validé en cet état sur le seul fondement du rejet d'un moyen erroné et donc inopérant…[1].

C'est encore l'applicabilité d'une disposition propre à l'EM, en l'occurrence l'art. L. 141-2 CSS, qui était prônée à tort dans la deuxième jurisprudence, cette fois par la caisse de MSA, qui requérait un complément d'expertise en estimant que les juges du fond avaient considéré que les conclusions d'expertise étaient contradictoires, tout en faisant droit à la demande de la victime, violant ainsi cet art. L.141-2 CSS. Le juge ne peut en effet régler lui-même la difficulté, fût-elle proprement judiciaire, en matière d'EM, sauf à recourir à une nouvelle expertise ou à un complément d'expertise.

La Cour de cassation devait encore rappeler la portée de l'art. R. 142-39 CSS, le pourvoi de la caisse rejeté, et l'arrêt de la cour là aussi validé en cet état, sur le fondement du rejet d'un moyen erroné et donc inopérant :

"Mais attendu qu'à tous ces stades de la procédure de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles survenus aux salariés agricoles, le régime de l'expertise est, selon l'art. R. 142-39 CSS, celui défini par le code de procédure civile, de sorte que l'art. L. 141-2 visé par le moyen n'est pas applicable au litige ; d'où il suit que le moyen est inopérant"[2].

A l'heure où on peut souhaiter que ces querelles de procédure cessent enfin, voici que peuvent être redoutées les mêmes, s'agissant des non salariés agricoles, nouveaux venus dans le dispositif propre aux salariés, bien que la similitude soit évidente…

• L'art. R. 142-49 CSS (issu D. 2003-846 du 29 août) énonce la compétence du contentieux général pour le règlement des différends auxquels donne lieu l'application de la législation et de la réglementation relatives à l'assurance AT/MP des non salariés agricoles (Chap. II – Titre V du Livre VII du Code rural) dans les conditions fixées par les dispositions de la Section IV du présente chapitre propre à ce contentieux.

Or, la section IV renvoie aux art. R. 142-32 à 40 CSS concernant l'assurance AT/MP des salariés, l'art. R. 142-32 n'établissant la compétence du contentieux général que sous réserve des dispositions des art. R. 142-33 à 40 CSS.

Et l'art. R. 142-39 CSS y inclus impose bien, à tous les stades de la procédure, le régime de l'expertise issu du CPC pour les litiges relatifs à l'application de la présente section, en excluant l'application des dispositions de l'art. R. 142-24 CSS (application par la juridiction du régime de l'EM visée à l'art. L. 141-1 CSS).

La portée de cet art. R. 142-39 ne saurait, par suite, être limitée aux cas visés à l'art. R. 142-37 concernant la procédure de conciliation auprès du président de la juridiction (guérison, ou consolidation, ou fixation du taux d'IPT) préalablement à la saisine de la juridiction elle-même au cas d'échec, de telle sorte qu'il en résulterait devant la juridiction, pour les contestations relatives à l'état de la victime faisant suite au NEM réalisé auprès de la caisse (origine lésion, soins,

---

1 *TASS du Rhône 26 février 2002, cour de Lyon 2 mars 2004, Cass. civ. 2ème 12 juillet 2006 NP 04 30868 (MSA du Rhône c/PAILLET, préc).*

2 *Cass. civ. 2ème 16 décembre 2011, NP 10-14926 préc.*

rechute AT, arrêt de travail…), voire pour les contestations issues de l'échec de la procédure de conciliation, l'application du régime de l'EM.

Cet empiètement, qui transparaît de plusieurs décisions, et peut s'expliquer par l'influence du régime de l'EM applicable notamment aux contestations relatives à l'état du malade, et aussi par celle que peuvent exercer les art. R. 142-37 et 38 propres à la procédure de conciliation préalable, sur l'art. R. 142-39 attenant, pour en limiter sa portée, a donc été régulièrement censuré par la Cour de cassation.

Et le même art. R. 142-49 CSS, énonçant la compétence du contentieux général pour les non-salariés agricoles, sous réserve des dispositions des art. R. 142-50 à 52 CSS, ne peut être que l'équivalent de l'art. R. 142-32 pour les salariés, quant à l'exception qu'ils constituent.

L'art. R. 142-52 y inclus, qui énonce que les art. R. 142-37 à 39 sont applicables à la procédure de conciliation telle qu'elle l'est pour les salariés (art. R. 142-50 CSS), ne peut donc avoir pour effet, lui non plus, de limiter la portée de l'art. R. 142-39 et du régime d'expertise issu du CPC à ces seuls contentieux, de telle sorte qu'il en résulterait, du moins pour les contestations relatives à l'état de la victime, issues du nouvel examen médical (NEM) en application de l'art. R 751-135 du Code rural, l'application auprès de la juridiction du régime de l'EM, sauf à répandre une méconnaissance de la législation, ou alors, établir une distinction inaudible entre non salariés et salariés agricoles.

• Il ne peut donc être écrit, sous peine de prêter le flanc à de nouvelles querelles de procédure, que :

"Les dispositions de l'art. R. 142-39 CSS relatives à l'expertise judiciaire et au NCPC (CPC) sont applicables en matière d'AT/MP des non salariés agricoles (ATEXA), mais que cette expertise, du fait de l'art. R. 142-52 CSS, n'est applicable qu'aux seuls contentieux impliquant la phase de conciliation et que, pour les autres litiges, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent, et donc celles applicables en matière d'assurance maladie, c'est-à-dire celles de l'EM et de l'art. R. 141-1 CSS"[1].

La circulaire en cause précise toutefois (et heureusement !) que ce principe ne concerne que la phase contentieuse, n'étant pas visée la voie de recours du nouvel examen médical (NEM).

IL RESULTE DE L'ART R. 142-39 CSS ET NOTAMMENT DE SA COMBINAISON AVEC LES ART. R. 142-32 et R 142-49 CSS, QUE LE REGIME DE L'EM EST EXCLU POUR LES CONTESTATIONS RELATIVES A L'ETAT DE LA VICTIME, NE POUVANT ETRE SUBSTITUE A CELUI DU NEM AU NIVEAU DE LA CAISSE PAR LE BIAIS DE L'ART. L. 141-1 CSS, NI AU REGIME D'EXPERTISE ISSU DU CPC AU NIVEAU DE LA JURIDICTION PAR LE BIAIS DES ART. L. 141-1, L. 141-2 OU R. 142-24-1 CSS, ET AUSSI BIEN POUR LES NON SALARIES QUE POUR LES SALARIES AGRICOLES[2].

IL DOIT DONC ETRE ADMIS UNE FOIS POUR TOUTES, EN L'ETAT ACTUEL DE LA REGLEMENTATION, QUE LA COMPETENCE DU CONTENTIEUX GENERAL DE SECURITE SOCIALE NE PEUT S'ENTENDRE QUE DE L'EXCLUSION DU REGIME DE

---

[1] *Circ. MSA, Caisse centrale 2005-031 du 8 juillet, politiques sociales, Direction de la Protection Sociale et de la Santé.*

[2] *Voir supra – 1ère partie – chap. 1 – Section II - § 2 – A/Remarque ; Voir aussi annexe II de la thèse : un cas récent (2010) de rechute d'AT concernant un non salarié agricole ou la forme achevée de l'entendement incorrect des dispositions spéciales applicables à la contestation de son refus en la matière (5 décisions de justice, 4 désignations d'experts, enchevêtrement des procédures) avec, au final, une décision surprenante puisque l'éradication du régime de l'EM, compte tenu de l'art. R. 142-39 CSS, n'était admise qu'au prix du sacrifice de la nature, médicale en l'espèce, de l'expertise, sur l'autel de son régime, judiciaire, l'avis du dernier expert, non médecin, étant décisif pour la solution du litige.*

L'EM POUR L'ENSEMBLE DES CONTESTATIONS D'ORDRE MEDICAL EN MATIERE D'AT/MP DANS LE DOMAINE AGRICOLE.

L'ART. R. 142-39, QUI PRESCRIT LE REGIME D'EXPERTISE DEFINI PAR LE CPC, NE PEUT DONC VOIR SA PORTEE REDUITE AU NIVEAU DE LA JURIDICTION, QU'IL S'AGISSE DES CONTESTATIONS FAISANT SUITE A LA PROCEDURE DE CONCILIATION OU AU NOUVEL EXAMEN MEDICAL (NEM).

EN EFFET, EMANANT DE LA RESERVE FORMULEE PAR LES ART. R.142-32 ET R. 142-49 CSS, CET ART. R. 142-39 VISE, EN EXCLUANT LES DISPOSITIONS DE L"ART R. 142-24 CSS, LES LITIGES RELATIFS A L'APPLICATION DE LA PRESENTE SECTION, PROPRE AU CONTENTIEUX, LUI ECHEANT DONC L'ENSEMBLE DES CONTESTATIONS D'ORDRE MEDICAL.

C'est donc avec "cet état des lieux" que nous abordons la conclusion de notre réflexion.

C O N C L U S I O N

Nous ne consacrerons pas un développement conséquent à notre conclusion, en ce sens que les nombreux litiges, qui pourraient conduire à ne pas approuver, de façon plus ou moins inconditionnelle, l'existence de l'expertise médicale (EM), trouvent moins leur origine dans une insuffisance de la législation que dans la manière dont cette législation est appliquée.

Devant l'impossible généralisation de l'expertise judiciaire[1] en l'état actuel du régime de l'EM, et compte tenu que la seconde le dispute fréquemment à la première en matière d'AT/MP dans le domaine agricole, ce qui génère des difficultés de procédure, à travers le nouvel examen médical (NEM), préalable à toute saisine de la juridiction, mais dont les conclusions ne s'imposent pas aux parties, et le régime d'expertise judiciaire inspiré des règles du CPC, qui caractérisent le régime des AT/MP dans ce domaine, nous pensons que le temps est venu, non pas de la disparition de l'EM mais de son extension à ce régime, dont on se réclame volontiers dans une sorte de plaidoyer "pro domo" mais qui, au fond, n'en constitue que l'exception.

Il n'est donc pas nécessaire, à nos yeux, de reprendre le détail des points qui font l'originalité de la procédure d'expertise médicale (PEM), sous l'égide de la caisse, l'avis de l'expert s'imposant en principe aux parties, mais non plus au juge, lequel, au vu de l'avis technique peut, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise, un point d'équilibre paraissant ainsi avoir été trouvé pour rendre plus compatible la force probante de l'avis de l'expert avec le pouvoir traditionnel d'appréciation du juge.

La Cour de cassation continue d'ailleurs de reconnaître à l'avis de l'expert cette force probante à l'égard de la juridiction, ce qui ne la met donc pas à l'abri d'avoir à modifier sa jurisprudence au regard des dispositions de l'art. 6 - §1er de la Conv. EDH relatif au droit au procès équitable en matière civile, la CEDH déniant le caractère de tribunal indépendant à toute instance qui s'en remet, pour la solution du litige, à une autorité non judiciaire[2] ce qui, tout en restreignant la portée de l'avis quand le juge est appelé à se prononcer, préserverait le champ d'application et la procédure de l'EM. Mais l'extension de la garantie de cet art. 6 à l'expertise, loin de préserver seulement l'existence de l'EM, pourrait même en conforter la force probante, quand l'expert ne serait plus un auxiliaire mais l'égal du juge dans le domaine qui est le sien.

C'est donc la manière dont la législation est appliquée qui laisse à désirer, la PEM n'ayant pas toujours la place qui lui revient face au pouvoir administratif des caisses et au pouvoir traditionnel du juge dans le cadre du contentieux général, non sans que nous ayons constaté, au sein même de son application, des empiètements de ce juge sur les prérogatives des parties, ou une application inappropriée du secret médical, ou encore des exégèses surprenantes des textes.

---

1 *J. MATHIEU "l'expertise médicale prévue à l'art. L. 141-1 CSS", mémoire juin 1988, Université de Rennes, préc.*

2 *Dalloz 1995.273 note X. PRETOT ; RJS/1995 n°169, préc.*

Un point important émerge à travers l'application incorrecte de la notion de difficulté d'ordre médical (DOM), propre à sa survenance au niveau de la juridiction, quand elle n'a pas été soulevée (ou a été tue) au niveau de la caisse, ayant ses effets propres, de telle sorte qu'elle ne saurait régir la difficulté proprement judiciaire née de l'application d'une expertise antérieure et qui n'engendre pas nécessairement les mêmes effets.

Il nous est donc apparu nécessaire d'en préciser l'exacte portée, la confusion étant génératrice de procédures et de décisions incorrectes, notamment au cas de nullité prononcée, la juridiction ne pouvant se substituer aux parties pour la désignation de l'expert et la fixation de sa mission lorsque ce sont elles qui ont recouru à la procédure[1].

BREF, LA DIFFICULTE D'ORDRE MEDICAL N'EST PAS LA DIFFICULTE PROPREMENT JUDICIAIRE, AINSI QUE L'A RAPPELE LA COUR DE CASSATION DANS UN ARRET DE PRINCIPE[2], ET LA VIOLATION DES TEXTES PROPRES A LA PREMIERE NE SAURAIT SOUTENIR LE RECOURS A UNE MESURE FAISANT SUITE A LA SECONDE, FÛT-CE POUR SAUVER (ENCORE) LA JURISPRUDENCE DE SES INNOMBRABLES HESITATIONS.

C'est pourtant dans ce travers de la violation de l'art. R. 142-24 CSS issu de l'art. 20 du D. du 22 décembre 1958 (qu'avait donc rejetée la chambre sociale…), dont l'al. 1 impose la mise en œuvre de la PEM au cas de DOM survenant en cours d'instance et l'al. 2, la (seule) fixation de la mission de l'expert par la juridiction, qu'est tombée la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (qui a succédé à la chambre sociale en matière de sécurité sociale), pour arbitrer ici la querelle de pouvoirs entre le juge et les parties, en attribuant, pour une nouvelle expertise, la désignation de l'expert à ces dernières (MC et MT), et censurant les juges du fond qui avaient fixé la mission et désigné eux-mêmes l'expert.

Ce faisant, ces derniers avaient bien évité la transposition de la difficulté proprement judiciaire née de l'application d'une expertise antérieure, sur le terrain de l'art. R. 142-24 CSS propre à une difficulté initiale, et dont l'application, et par suite la violation, était exclue (ainsi donc qu'en avait décidé la chambre sociale en refusant la fixation de la mission par la juridiction…). Il ne pouvait donc que s'être agi, soit de l'application de l'art. R. 142-24-1 CSS pour une nouvelle expertise, la juridiction fixant alors la mission et désignant l'expert (ce qui fut donc le cas), soit, au cas de nullité de la première expertise (ce qu'on ignore), de recourir à une "nouvelle expertise" dans les formes initiales, c'est-à-dire celles des art. L. et R. 141-1 et suivants CSS, avec fixation de la mission par la caisse (et la désignation de l'expert par le MC et le MT), étant alors exclue toute intervention de la juridiction, si ce n'était pour rendre sa décision après l'expertise, en vertu de son obligation de juger[3].

Un autre point important apparaît au sujet de la communication du rapport d'expertise, ce document médico-légal que le service du contrôle médical (SCM) considère comme faisant partie d'une "chasse gardée", refusant parfois de le communiquer aux juridictions (sauf injonction de ces dernières) et, par principe, au service administratif de la caisse.

Un avis malencontreux du Conseil d'Etat[4], qui a manifestement confondu l'expert médical avec l'expert (purement technique) chargé d'assister l'agent enquêteur en matière d'AT/MP, et qu'il visait bien à travers une disposition législative le déliant du secret médical en raison de la remise de son rapport à la caisse elle-même, dicte toujours la conduite des MC, en ce sens que, faute de dispositions législatives, cet avis a pu "jeter les bases" ou encore fonder la règle selon laquelle "le médecin expert chargé de l'instruction d'une affaire est dans la même situation

---

1 *Cour de Bordeaux 27 avril et 31 août 2006 (CPAM Gironde c/CARVALHO), préc.*

2 *Cass. soc. 13 mai 1976 (CPAM Haute Marne c/MOUGENE), JCP 1978-II 18884, préc.*

3 *Cass. civ. 2ème 24 mai 2005, NP 03-30358 préc. ; voir aussi cass. civ. 2ème 3 mai 2006, NP 0430715, CPAM Dijon c/X préc.*

4 *En date du 2 avril 1953 et publié dans circ. min. 70 SS du 12 août 1953.*

que le MC vis à vis de la caisse au point de vue du secret médical", et sous l'effet duquel tombe le plus souvent le rapport d'expertise[1].

On ne peut que regretter cette construction "technocratique", l'exception en accidents du travail et maladies professionnelles (AT/MP) dépourvue de tout sens, pour la remise à la caisse d'un rapport d'expertise d'une autre nature et non "arbitral" dans le cadre d'une enquête légale (d'ailleurs supprimée en 2005), et dont ne tiennent d'ailleurs pas compte les médecins-conseils (MC), le rapport d'expertise n'étant jamais communiqué, par principe, aux services administratifs de la caisse.

Nous le répétons, c'est à une autre manière de voir que doivent être conviés les MC des caisses, au nom d'un principe de légitimité que ne sauraient remettre en cause les dispositions de la loi du 04 mars 2002 (codifiée art. L. 1110-1 et suiv. du code de la santé publique (CSP)) sur le droit des malades, compte tenu de la composante majeure de ce principe qu'est la proportionnalité de la révélation à sa finalité et qui devrait donc, au côté du principe d'immunité qu'implique le secret médical, pouvoir recevoir application par la communication du rapport d'expertise à cet organe de décision ou encore partie à l'instance qu'est la caisse[2], dont les agents, faut-il le rappeler, sont eux-mêmes tenus au secret professionnel.

La manière dont la législation est appliquée laisse également apparaître la compréhension incorrecte des notions de consolidation et d'aptitude à la reprise de travail, étrangères l'une à l'autre, même si elles coïncident parfois, pour obéir à des causes différentes, quand les indemnités journalières (IJ) revendiquées dont elles ont motivé la suppression, pourfendent des avis médicaux clairs, du fait des demandeurs ou des juridictions, soit que l'absence de consolidation l'ait disputé à l'aptitude à la reprise du travail, soit que l'inaptitude à la reprise de travail l'ait disputé à la consolidation.

Ces chassés-croisés sont regrettables[3].

Mais le point d'orgue reste l'utilisation qui fut faite de l'examen spécial du malade par le MC et le MT prévu à l'art. 33 al. 1er, ord. du 19 octobre 1945 en vue de la détermination de son traitement en matière d'assurance longue maladie (ALM) puis d'ALD et exclusif de tout départage ou litige.

Et son inclusion dans la PEM, littéralement happé qu'il y fut par la doctrine et la jurisprudence, à la suite de l'emprunt par l'art. 99 ord. propre au litige portant sur l'état du malade, du principe de l'expertise prévu à cet art. 33, au cas de divergence à la suite de cet examen spécial (ce qui ne pouvait qu'exclure ce dernier de la procédure), n'eut d'égale que son exclusion, salvatrice, quand fut supprimée en 1955 l'ALM et abrogé l'art. 33 tandis que n'avait pas, pour autant, disparu cet examen spécial pour ne connaître alors que sa fonction normale, telle qu'elle apparaît toujours dans l'art. L. 324-1 modifié CSS !

Les auteurs de la loi du 30 octobre 1946 sur les AT/MP avaient pourtant bien compris (comme ceux de l'ordonnance…) cette impossible inclusion, en prenant soin de renvoyer expressément à la seule expertise visée à l'art. 33 (al. 2, 3 et 4)[4], tandis que la Cour de cassation

---

1 *J. MATHIEU, "l'expertise médicale prévue à l'art. L. 141-1 CSS", mémoire juin 1988, université de Rennes, p. 30, préc.*

2 *Voir P. SARGOS, "les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical", La semaine juridique, doctrine, EG n°50, 8 décembre 2004, p. 2243 à 2249 préc. ; Cass. civ. 2ème 5 octobre 1967 BC-II-275 préc.*

3 *TASS (agricole) Drôme 4 juin 1993 – 15 avril 1994 – 16 décembre 1994, Cour de Grenoble 16 septembre 1996, Cass. soc. 12 novembre 1998 – BC V-489 (MSA Drôme c/DADA) ; TASS Charente 19 janvier 1994, Cour de Bordeaux 27 mars 1995, Cass. soc. 20 février 1997 NP 95.15338 (CPAM Charente-Maritime c./TEXANDIER) ; TASS Gironde 12 septembre 2006 et 11 septembre 2007 (CPAM Gironde c/MIRON) tous préc.*

4 *R. LINDON, avocat général à la Cour de cassation, "l'expert 33 en matière de sécurité sociale", JCP 1958 – doctrine 1412 préc.*

allait, pour sa part, jusqu'à considérer, en la matière même, cet examen spécial comme une garantie essentielle des droits de la victime dont le défaut entraînait la nullité de l'expertise[1] [2] !

****

Les observations que nous venons de formuler n'appellent donc pas de modification de la législation pour peu que les acteurs de la PEM y mettent un peu du leur dans son application.

Certes, il existe des médecins insuffisamment formés aux impératifs juridiques, aussi bien parmi ceux désignés comme experts en dehors de la liste d'experts spécialisés en matière de sécurité sociale que parmi ceux désignés sur cette liste, au sujet de laquelle il ne nous a pas été possible de savoir en quoi consistait précisément leur spécialisation en la matière. Nous en sommes surpris, car cette exigence ne saurait échapper au contrôle de la Cour de cassation, comme quand il s'agit seulement d'une question d'opportunité relevant du pouvoir discrétionnaire des cours[3], les conditions légales devant par ailleurs être remplies[4].

Demeure donc le point sensible de la fixation de la mission de l'expert quand ce sont les parties qui recourent à la procédure, la caisse établissant un protocole transmis à l'expert qui est désigné d'un commun accord entre le MC et le MT, et au sein duquel doivent figurer, outre les avis respectifs de ces derniers, la mission confiée à l'expert et l'énoncé précis des questions qui lui sont posées.

On ne peut taire, dans un tel ouvrage, qu'en pratique c'est le MC qui rédige la mission, sans que la caisse, dans l'immense majorité des cas, n'y soit associée, ne serait-ce que quand il y a lieu de faire en sorte que la rédaction de la question posée appelle des conclusions qui, malgré leur caractère purement médical, ne fasse pas abstraction de la législation et, notamment, de la présomption d'imputabilité en faveur de la victime en matière d'AT/MP.

Quoi qu'il en soit de cette collaboration, l'autre partie, c'est-à-dire le médecin traitant (MT) pour le malade ou la victime, n'est pas en principe associée à la rédaction des questions posées, et c'est ici qu'apparaît le reproche fondamental fait à la PEM.

Certes, la question avait bien été posée à la Cour de cassation à travers l'annulation de l'expertise au motif que le protocole, pour la fixation de la mission de l'expert dans le cas où ce dernier était désigné par le directeur départemental de la santé (DDS) selon la terminologie de l'époque, dans les régimes spéciaux, n'avait pas lui-même été établi par ce dernier, mais par le MC de l'organisation spéciale dont l'avis avait pu manquer d'impartialité.

Mais la Cour devait casser cette décision pour s'en tenir au "droit commun", et la question est toujours pendante.

Et s'il était exact que la Cour ne pouvait attribuer au DDS une prérogative qu'il n'avait pas, en revanche, était bien posée la question du caractère contradictoire pour la fixation de la mission de l'expert, le renvoi pur et simple aux dispositions générales étant laconique, car il laissait subsister le réel danger de l'art. 4 du D. du 07 janvier 1959 (art. R. 141-3 CSS), "même si

---

[1] *A.J.L.B., "l'expertise médicale de l'art. 33 ord. 1910 1945 applicable aux AT", un exemple de jurisprudence sous arrêt Cass. 28 juillet 1951, JCP 1951 doctrine 972 préc et BC III-633.*

[2] *Il ne nous échappe pas que nous avons déjà évoqué cette "errance", mais il n'échappera pas au lecteur qu'il s'est agi là, pour nous, de redonner sa vérité à un point d'histoire de la Sécurité Sociale…*

[3] *Cass. civ. 2ème 17 avril 2008 NP 07-21334.*

[4] *Il semble qu'un socle commun pourrait être dégagé dans l'exigence d'un DU aménagé de sécurité sociale obligatoire, où ne seraient pas perdus de vue certains points médico-légaux de la législation, l'enseignement du droit médical constituant un ensemble trop vaste qui ne permet pas d'y remédier.*

la juridiction saisie d'un litige avait la faculté d'apprécier si la mission confiée à l'expert avait été établie dans des conditions normales…"[1].

Et, au fond, NI LA COUR DE CASSATION, NI LE LEGISLATEUR, N'ONT JAMAIS MANIFESTE LEUR VOLONTE EXPRESSE DE CONFERER UN CARACTERE CONTRADICTOIRE POUR LA FIXATION DE LA MISSION DE L'EXPERT et, faute de pouvoir imposer l'accord des deux praticiens, sous peine de devoir organiser les modalités de leur désaccord, ce qui compromettrait la célérité voulue de la procédure et où, par suite, la compétence du directeur général de l'ARS ne paraît pas pouvoir s'exercer ici utilement, même si celle du DDASS avait été proposée (comme pour le choix de l'expert en cas de désaccord), nous avons suggéré que le MT puisse formuler ses observations sur la ou les questions posées, ce qui ne pourrait qu'inciter le MC à ne pas se départir d'une certaine objectivité.

Dans cet "enfermement" de la question entre les deux protagonistes de la PEM, nous avons d'ailleurs exposé un exemple de choix en la matière où le MT l'a fait spontanément sans qu'une rubrique l'ait prévu, pour recentrer une question par trop orientée dans le sens souhaité par le MC[2].

****

Réserve faite de l'imposition, dans le protocole, d'une rubrique à cet effet, l'EM ne paraît pas devoir subir de modifications, en son état actuel d'expertise équitable entre science et droit, encore moins être supprimée, car les reproches qu'on peut lui adresser sont nettement moins importants que ceux pouvant être faits à l'expertise judiciaire et au particularisme de cette dernière, en matière d'AT/MP dans le domaine agricole, eu égard à son essence sociale non pas tant que civile, et fondée sur de brefs délais pour une solution rapide du litige, sans que ne soient pas pour autant garantis les droits des assurés sociaux et des victimes.

Dès lors, et en définitive, le particularisme non contesté du monde agricole ne paraît plus justifier un régime différent en cette matière, alors que le contentieux général de la Sécurité Sociale y a été substitué à un contentieux reposant exclusivement sur la procédure civile, depuis la loi du 25 octobre 1972 pour les salariés et la loi du 30 novembre 2001 pour les non-salariés et que, surtout, la législation est quasiment identique à celle des professions autres qu'agricoles.

Nous sommes d'ailleurs persuadés que le choix de l'expertise judiciaire, aménagée dans le cadre du contentieux général, a plus été dicté par l'imprégnation restante du contentieux fondé sur le droit commun que par une véritable suspicion à l'égard de l'EM et du contentieux technique, laquelle, en tout état de cause, ne paraît plus justifiée aujourd'hui.

Il faut admettre une fois pour toutes que le droit social, qui prend en compte des situations de fait, peut être en avance sur le droit civil et que ce dernier lui doit bien la consécration pour les contestations relatives à l'état du malade ou de la victime et pour celles relatives à l'état et au taux d'incapacité permanente de travail, toutes deux pouvant échoir, respectivement, à l'EM et au contentieux technique[3].

---

1 *Cass. soc. 18 décembre 1963 BC IV-909.*

2 *Voir infra 1ère partie – chap. II – Section III – § 2 – b/ – 2°.*

3 *Le contentieux technique exclut toutefois, rappelons-le, à travers la compétence de la CNITAAT pour les contestations sur le taux de cotisation d'employeurs en matière d'AT/MP, celles afférentes au régime agricole, les cours d'appel ne pouvant pour autant les confondre, en ignorant la compétence du contentieux général pour ces dernières, quand les caisses de MSA avaient refusé de communiquer le rapport d'évaluation du taux d'IPT aux employeurs et que ces derniers demandaient que l'attribution d'une rente leur fût inopposable (Cass. civ. 2ème 25 octobre 2006, 9 arrêts (1644 à 1652).*

La thèse est assortie de trois annexes, l'annexe I portant sur la responsabilité de l'expert avec une illustration pratique, l'annexe II exposant un cas récent et symptomatique de la dispute entre l'expertise médicale visée à l'art. L. 141-1 CSS et celle selon l'art. art. R.142-39 CSS applicable en matière d'AT/MP dans le domaine agricole, l'annexe III reproduisant une note (publiée en 2005) de trois médecins hospitaliers (CHU d'Amiens), dont deux experts spécialisés en matière de sécurité sociale, et d'un juriste (DESS droit de la santé), sur l'expertise médicale selon l'art L. 141-1 CSS, avec les principaux litiges rencontrés en pratique.

DECIDEMENT, NOTRE OUVRAGE N'AURA PAS PU ECHAPPER, JUSQU'A SON TERME, AU REALISME ET AU PRAGMATISME DONT NOUS AVONS SOUHAITE L'IMPREGNER.

A N N E X E S

A N N E X E I

LA RESPONSABILITE DE L'EXPERT

La mise en œuvre de plus en plus fréquente de la responsabilité des professionnels de santé ne nous a pas pour autant conduit à aborder celle de l'expert médical de façon exhaustive.

En effet, en dépit de certaines bases contractuelles sur lesquelles repose la responsabilité des experts amiables et des arbitres, la nature des obligations de l'expert médical technique, et notamment le fait que l'expertise n'est pas instituée par les parties a conduit, sous l'empire d'un usage devenu la règle en matière contractuelle, à la transposition des principes de la responsabilité délictuelle, tels qu'ils résultent de l'art. 1382 du code civil et, comme ils s'appliquent aux experts judiciairement commis, en les appliquant, compte tenu également de la similitude des règles en la matière, aux experts désignés ou non judiciairement.

Pour n'être donc pas de résultat, hormis le cas où l'expertise ne serait pas réalisée, les obligations de l'expert engendrent sa responsabilité délictuelle ou, mieux, extracontractuelle, en entrant dans la vaste province de la faute, en ce sens que cet expert doit répondre, à l'instar des débiteurs d'obligations de moyens, de toutes les fautes, même légères, et appréciées par rapport à celles que n'auraient pas commises un expert modèle ou abstrait (la "culpa levis in abstracto"), le dommage survenu ne résultant pas de l'inobservation d'une obligation issue d'un contrat mais d'une obligation "préexistante".

Indépendamment de l'intérêt plutôt théorique que présente donc, désormais, cette question, nous n'avons pas relevé de jurisprudence où était mise en jeu la responsabilité de l'expert du fait de l'inobservation des règles de la procédure.

Nous avons, par contre, découvert un cas fort intéressant où était mise en jeu la responsabilité de l'expert du fait de ses conclusions elles-mêmes, mais qui est loin d'être édifiant puisque, au fond, le demandeur, se méprenant sur la législation applicable, avait pu penser que l'expert, en le déclarant apte à une activité salariée après son arrêt de travail, en réponse à la question de savoir si "à la date litigieuse, il existait une incapacité à toute activité salariée", avait pris une décision erronée qui lui était préjudiciable, compte tenu de l'inaptitude à son ancien emploi. Et il estimait par suite, et à tort, que cette décision lui avait fait perdre le bénéfice ultérieur des IJ, interrompues à la date litigieuse, et dont il demandait le versement quant aux dommages et intérêts (de janvier 1993 à septembre 2000) devant la cour d'appel.

Et il eût donc été judicieux qu'une nouvelle expertise ne fût pas ordonnée par le TGI qui, au fond, souscrivait à l'argumentation plutôt spécieuse du requérant en n'excluant pas une telle mesure.

La cour d'appel devait en effet estimer, à juste titre, que l'expert initialement désigné, qui n'avait jamais dit que la victime était apte à son ancien emploi, n'avait commis aucune faute en reconnaissant qu'il n'existait pas d'incapacité à toute activité salariée, n'ayant fait que répondre à la question posée mais, ajouterons-nous, QU'ON NE POUVAIT PAS NE PAS LUI POSER.
En effet, la contestation de la suppression des IJ met en jeu, pour la poursuite de leur versement, les dispositions de l'art. L. 321-1 al. 5 CSS, dont l'application est conditionnée par l'incapacité de reprendre le travail, laquelle doit se comprendre dans une activité quelconque, l'inaptitude de la victime à son ancien emploi, constatée par le deuxième expert, n'y suffisant donc pas[1].

Par ailleurs, il n'appartient pas à l'expert de prendre en compte la difficulté pour la victime d'exercer son ancien métier, la réponse appartenant au juge dans l'appréciation du dommage[2], mais de se prononcer sur l'aptitude ou non à une activité salariée.

La difficulté soulevée ne nous échappe pas pour autant, soulignée qu'elle a été d'excellente façon par une équipe composée de trois médecins hospitaliers dont deux experts spécialisés en matière de sécurité sociale, et d'un juriste (DESS droit de la santé), et dont l'article précise les rôles respectifs du médecin conseil et du médecin du travail, en souhaitant que chaque intervenant soit mieux informé de la législation sociale, et en prônant même l'intervention du législateur[3].

Nous ajoutons donc cet article en annexe III de la thèse car, outre qu'il résume et commente la procédure à la façon d'une véritable circulaire, il fait état des principaux contentieux en pratique dont on peut mesurer l'acuité et la justesse avec laquelle sont décrites leurs implications sociales, sans compter la prudence à observer avant de mettre en jeu la responsabilité de l'expert.

---

1 *Cour de Paris 1ère chambre, section B, 30 janvier 2003, Gaz. Pal. 12 au 14 octobre 2003 B 24.*

2 *Cour de Riom, 1ère ch. civ. section 1, 14 décembre 1995, Gaz. Pal. Décembre 1996 p.394.*

3 *Voir en ce sens art. 84 LFSS pour 2011 n° 2010-1594 en date du 20 décembre créant un art. L. 323-3-1 CSS pour une harmonisation des législations et complétant l'art. 433-1 CSS avec des actions de formation possibles pendant des arrêts de travail après avis du MC.*

A N N E X E II

CAS DE RECHUTE D'AT CONCERNANT UN NON-SALARIE AGRICOLE OU LA MANIFESTATION RECENTE AVANCEE DES MEPRISES SUR LA LEGISLATION APPLICABLE A LA CONTESTATION DE SON REFUS DANS LE DOMAINE AGRICOLE (Art. R. 751-133 à 135 code rural pour les salariés, auxquels renvoie l'art. D. 752-82 code rural pour les non-salariés ; art. R. 142-39 CSS pour les salariés auquel renvoie l'art. R. 142-52 CSS pour les non-salariés) ET EXCLUANT, OUTRE LA PROCEDURE DE CONCILIATION (art. R. 142-37 CSS pour les salariés auquel renvoie l'art R. 142-52 pour les non salariés), L'APPLICATION DU REGIME DE L'EM (Art. L.141-1, L. 141-2, R. 142-24 et 24.1 CSS).

CINQ DECISIONS DE JUSTICE (ENTRE 2006 et 2010 ET INCLUANT QUATRE DESIGNATIONS D'EXPERT) COMMENTEES PAR L'AUTEUR DE LA THESE ET CI-JOINTES.

1 – ORDONNANCE DU PRESIDENT DU TASS (SECTION AGRICOLE) EN DATE DU 9 OCTOBRE 2006

 Rappel du refus de l'organisme assureur à la suite d'une expertise, qui ne pouvait être que le nouvel examen médical (NEM) visé à l'art. R. 751-133 code rural et obligatoire dans toute saisine de la juridiction au cas de divergence d'appréciation médicale, l'expert désigné, médecin, ayant conclu à l'absence de rapport entre la rechute alléguée et l'accident du travail.

 Désignation d'un expert (non médecin) au visa de l'art. R. 142-37 CSS propre à la procédure de conciliation auprès du président de la juridiction (d'où l'ord…), inapplicable en l'espèce, pour une divergence sur l'appréciation de l'état de la victime ayant donné lieu au NEM susvisé, et au visa de l'art. 141-4 CSS propre au régime de l'EM pour la convocation du MC et du MT et également inapplicable en l'espèce !

2 – ORDONNANCE DU PRESIDENT DU TASS (SECTION AGRICOLE) EN DATE DU 16 NOVEMBRE 2006

 L'expert désigné s'est désisté au motif qu'il n'était pas docteur en médecine.

 Désignation d'un nouvel expert, médecin, encore sous le visa de l'art. R. 141-4 CSS inapplicable en l'espèce comme il vient d'être dit, et qui conclut à l'absence de lien direct entre la rechute et l'AT.

3 – JUGEMENT DU TASS (SECTION AGRICOLE) EN DATE DU 14 MAI 2007

 Le tribunal estime, sur la foi d'observations scientifiques présentées par le requérant, que l'avis de l'expert n'exclut pas avec certitude l'absence du lien de causalité.

 Le tribunal ordonne alors une expertise qu'il qualifie de "médicale" et désigne un expert en toxicologie, non médecin, pour dire si la pathologie actuelle peut être considérée comme une rechute, ce à quoi l'expert répond de façon affirmative.

4 – JUGEMENT DU TASS (SECTION AGRICOLE) EN DATE DU 3 NOVEMBRE 2008

Le tribunal se livre, dans sa motivation, à un panachage étonnant

 Il rappelle, à tort, l'applicabilité du régime de l'EM en la matière.

 Il rappelle, à tort, que l'EM n'exclue pas, pour le tribunal, de recourir à une autre mesure d'information, distordant au passage l'art. R. 142-22 CSS qui impose, pour les contestations d'ordre médical, le choix d'un médecin expert inscrit sur l'une des listes visées à l'art. R. 141-1 CSS.

 Il rappelle, à tort, que c'est une expertise médicale technique qui a été pratiquée avant la saisine de la juridiction, alors qu'il ne pouvait s'être agi que du nouvel examen médical, dont les conclusions ne s'imposent pas aux parties (art. R. 751-133 à 135 code rural), confondant donc ce dernier avec l'EM visée à l'art. L. 141-1 CSS inapplicable en l'espèce, et dont les conclusions, elles, s'imposent aux parties (art. L. 141-2 CSS).

 Il impute, par suite, l'expertise ordonnée par la juridiction à cet art. L. 141-2 CSS, nécessairement inapplicable lui aussi en l'espèce, et qui devient la seconde ou nouvelle expertise visée à cet art. (la première étant donc le NEM !), ce qui lui rendait impossible le renvoi à une nouvelle expertise technique puisque deux examens avaient déjà eu lieu !!!

 Il justifie ainsi, par un impossible saut d'un régime d'expertise à l'autre, le recours à une expertise, par un expert non médecin, reconnaissant au passage qu'elle avait été improprement qualifiée d'expertise médicale, ce qui consommait la distorsion de l'art. R. 142-22 CSS, et rejetant la demande, par l'organisme assureur, d'une expertise médicale (c'est-à-dire pratiquée par un médecin mais nécessairement de régime judiciaire).

 Il énonce qu'il statuera au vu des différentes expertises présentes au dossier et, en définitive, il adoptera la position de ce dernier expert, non médecin, laquelle aura donc emporté sa conviction pour dicter la solution, l'organisme assureur relevant appel.

5 – ARRET COUR D'APPEL DE BORDEAUX EN DATE DU 28 JANVIER 2010

 La Cour rappelle, à juste titre (ce que nous n'avons cessé de souligner) que, selon l'art. R. 142-39 CSS, le régime de l'expertise est celui défini par le CPC en matière d'AT/MP dans le domaine agricole, ce qui exclue bien celui de l'EM.

 Mais l'expertise, pour être judiciaire, ne diffère de l'EM que par le régime, les dispositions spéciales visées aux art. R. 142-33 à 40 CSS pour les salariés (auxquels renvoient les art. R. 142-49 à 52 CSS pour les non-salariés) ne visant qu'à exclure l'EM (art. L. 141-1 CSS) et

le contentieux technique (art. L. 143-1 CSS) pour les contestations d'ordre médical (l'exception dans notre ouvrage).

 Et l'art. L. 443-1 CSS, qui vise la modification dans l'état de la victime au cas de rechute, sur lequel s'appuie bien la cour et dont l'art. R. 443-3 pris en application renvoie à l'art. R. 441-10 sans préjudice, selon cet article, des dispositions sur l'EM, exclue donc que puisse être affectée la nature, médicale, de la contestation, sous un autre régime d'expertise dans le domaine agricole, où le NEM susvisé préalable à toute saisine de la juridiction est obligatoirement pratiqué par un médecin… (cf. art. R. 751-133 à 135 code rural précité).

 Il en résulte que la cour ne pouvait sacrifier la nature, nécessairement médicale, de l'expertise, sur l'autel de son régime, judiciaire, en adoptant les conclusions de l'expert non médecin, (qui n'a donc pu examiner la victime) prises non pas au visa de l'art. R. 142-22 CSS selon le TASS, mais de l'art. R. 144-CPC (qui prescrit au juge d'ordonner une mesure d'instruction en tout état de cause, dès lors qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer) pris ici, et malheureusement, à rebours du sens du litige, puisque ces conclusions lui permettait d'admettre la rechute, sans, à tout le moins, les soumettre à l'avis d'un expert médecin, fut-ce le dernier[1].

[1] *La plupart des arrêts de la Cour de cassation énoncent, à propos de l'art. R. 142-39 CSS, que l'expertise dont le régime est celui défini par le CPC est… médicale !*

Cass. soc. 24 octobre 1991 NP 90.10643 ; Cass. civ. 2ème 29 juin 2004 RJS/2004 n° 1106 ; Cass. Civ. 2ème 19 janvier 2006 NP 30.04576, revue droit rural août 2006, p. 32 ; comm. T. TAURAN.

TRIBUNAL des AFFAIRES de SÉCURITÉ SOCIALE de la CHARENTE
(Régime agricole)

– Inscription des causes n° 381–

- ORDONNANCE du 09 OCTOBRE 2006 -

L'An deux mille six et le neuf octobre,

Par devant Nous, Stéphane **HODARA-DUPOUY**, Juge au Tribunal de Grande Instance d'ANGOULÊME, Président du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de la Charente (Régime agricole), assisté de Madame Nadine **BARBANNEAU**, Secrétaire,

Ont comparu :

- Monsieur Paul **FRANCOIS**
demeurant : « Beauregard » à **16700 BERNAC**

d'une part,

- Et **L' ASSOCIATION DES ASSUREURS AAEXA**
dont le siège est situé : 220, rue de la Petite Palud à **29419 LANDERNEAU CEDEX**
représentée par Monsieur Patrick **BLANCHON**, dûment mandaté,

d'autre part,

– FAITS et PROCÉDURE –

Par lettre recommandée du **3/05/2006**, Monsieur Paul FRANCOIS a contesté la décision de l'Association des Assureurs AAEXA du **6/04/2006** refusant la prise en charge de sa rechute du **29/11/04** consécutive à l'accident du travail dont il a été victime le **27/04/2004** aux motifs que :

« les lésions décrites sur le certifcat médical ne sont pas en rapport avec son accident du travail du 27/04/2004, mais relèvent de la maladie »

A l'audience de céans, M. FRANCOIS a maintenu sa réclamation et, à titre subsidiaire, a sollicité une expertise médicale.

De son côté, le représentant de l'Association des assureurs A.A.E.X.A. rappelle qu'une expertise a été diligentée par son médecin conseil et a été réalisée par le Doct. POISOT, médecin expert au Centre Hospitalier Universitaire de Pellegrin en date du 21/03/2006.

Elle précise que cette expertise confirmait la décision de son médecin-conseil, à savoir que « *les lésions décrites sur le certificat médical ne sont pas en rapport avec l'accident du 27 avril 2004* »

En conséquence, elle s'en remet à la décision du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale d'Angoulême.

– MOTIFS de la DÉCISION –

Une mesure d'expertise apparaît opportune pour dire si la rechute du 29/11/04 est liée à l'accident du travail dont il a été victime le 27/04/04.

PAR CES MOTIFS,

Vu les dispositions de l'article **R. 142-37** du code de la sécurité sociale,

Commettons le Docteur **CREPPY** Edmond, spécialisé en biologie-toxicologie **à l'Université de BORDEAUX II,** qui aura pour mission d'examiner Monsieur Paul FRANCOIS et de dire si la pathologie de ce dernier peut être prise en charge comme séquelle de son accident du travail intial.

Disons que l'expert, s'il le juge utile, pourra solliciter l'avis de tout spécialiste de son choix,

- que de ses constations et conclusions, l'expert devra dresser un rapport établi en quatre exemplaires et le déposer dans un délai de **quinze jours** au secrétariat du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale, faute de quoi, il pourra être dessaisi, à moins qu'en raison de circonstances particulières, il n'ait obtenu la prolongation de ce délai.

Disons qu'en cas d'empêchement de l'expert commis, il pourra être remplacé par simple ordonnance.

Vu les dispositions de l'article **R 141-4** du code de la sécurité Sociale,

Disons que l'expert devra aviser le médecin traitant et le médecin-conseil qui pourront assister à l'expertise.

LE PRÉSIDENT, **LA SECRÉTAIRE,**

Pour copie certifiée conforme à l'original
Le Secrétaire,
A. GAILLARD

TRIBUNAL DES AFFAIRES DE SECURITE SOCIALE DE LA CHARENTE
(Régime Agricole)

- ORDONNANCE du 16 novembre 2006-

de Monsieur le Président du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de la Charente à ANGOULÊME

-:-

Affaire : Paul FRANCOIS
Beauregard **16700 BERNAC**

Contre : **ASSOCIATION des ASSUREURS A.A.E.X.A.**
220, rue de la Petite Palud à **29419 LANDERNEAU CEDEX**

A la suite d'un accident du travail constaté le **27 avril 2004** dont a été victime Monsieur Paul FRANCOIS et à la rechute de celui-ci à la date du **29 novembre 2004**, celui-ci a contesté, par lettre recommandée du **3 mai 2006**, une décision de l'Association des Assureurs A.A.E.X.A. ayant refusé sa prise en charge en date du **6 avril 2006**.

A l'audience du 9 octobre 2006, une expertise médicale a été ordonnée.

Par ordonnance du **9 octobre 2006**, Monsieur Edmond **CREPPY**, spécialisé en biologie-toxicologie à **l'Université de BORDEAUX II**, avait été désigné comme expert aux fins d'examiner Monsieur Paul FRANCOIS et de dire si la pathologie de ce dernier peut être prise en charge comme séquelle de son accident du travail initial.

Cependant, par courrier du 8 novembre 2006, Monsieur CREPPY signale qu'il ne peut accepter cette mission n'étant pas Docteur en médecine mais professeur des Universités et Pharmacien.

En conséquence, il convient de pourvoir à son remplacement.

PAR CES MOTIFS,

Nous, Stéphane HODARA-DUPOUY, Président du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de la Charente,

Désignons comme expert le Docteur **TA MINH** Son, **médecin à la Clinique Sainte Marie – Les Hauts de Lunesse – 16340 L'ISLE D'ESPAGNAC**, avec pour mission d'examiner Monsieur Paul FRANCOIS au sujet des troubles allégués à la suite de l'accident du travail dont il a été victime le **27/04/2004** – dire si la pathologie de ce dernier peut être prise en charge comme séquelle de son accident du travail initial.

Disons que l'expert, s'il le juge utile, pourra solliciter l'avis de tout spécialiste de son choix,

.../...

- que de ses constatations et conclusions, l'expert devra dresser **un rapport établi en quatre exemplaires** et le déposer dans un délai de **quinze jours** au secrétariat du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale, faute de quoi, il pourra être dessaisi, à moins qu'en raison de circonstances particulières, il n'ait obtenu la prolongation de ce délai.

Disons qu'en cas d'empêchement de l'expert commis, il pourra être remplacé par simple ordonnance.

Vu les dispositions de l'article **R 141-4** du code de la Sécurité Sociale,

Disons que l'expert devra aviser le médecin traitant et le médecin-conseil de la caisse de mutualité sociale agricole qui pourront assister à l'expertise.

LE PRESIDENT,

Stéphane HODARA-DUPOUY

LE SECRETAIRE-ADJOINT,

Alain GAILLARD

Pour copie certifiée conforme à l'original
Le Secrétaire,

A. GAILLARD

TRIBUNAL DES AFFAIRES DE SECURITE SOCIALE DE LA CHARENTE (Régime Agricole)

RÉPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

TRIBUNAL des AFFAIRES de SÉCURITÉ SOCIALE de la CHARENTE
(Régime agricole)

Inscription des causes n° 7 520

JUGEMENT

Le QUATORZE MAI DEUX MILLE SEPT,

LE TRIBUNAL des AFFAIRES de SÉCURITÉ SOCIALE de la CHARENTE

a rendu la décision suivante, prononcée en audience publique par :

- Madame Stéphane **HODARA-DUPOUY**
Juge au Tribunal de Grande Instance d'ANGOULÊME, Présidente,

dans l'affaire :

ENTRE :

- Monsieur Paul **FRANCOIS**
demeurant : «Beauregard » **16700 BERNAC**
demandeur comparant et représenté par Maître LAFFORGUE,

d'une part,

- et l'**ASSOCIATION DES ASSUREURS A.A.E.X.A.**
dont le siège est situé : Immeuble Kervor – 310, rue Ernest Heming Way **29218 BREST CEDEX**
défenderesse, représentée par Mr BLANCHON, dûment mandaté,

d'autre part,

après débats en audience publique le 26 MARS 2007, devant :

- Madame Stéphane **HODARA-DUPOUY**, Présidente,

- Monsieur Bernard **GEORGEON**, Assesseur représentant les non salariés,
- Madame Claudette **FETIS**, Assesseur représentant les salariés,

assistés de Madame Nadine **BARBANNEAU**, Secrétaire,

et après que les membres du Tribunal présents aux débats en aient délibéré.

EXPOSE DU LITIGE

Le 27 AVRIL 2004, Monsieur Paul FRANCOIS a dans le cadre de son activité professionnelle inhalé accidentellement les vapeurs d'un herbicide, l'alachlore associé à un solvant le chlorobenzène.

L'accident a été pris en charge par l'AAEXA et il a été déclaré guéri le 21 JUIN 2004.

Monsieur FRANCOIS a déclaré une rechute le 29 NOVEMBRE 2004 dont l'AAEXA a refusé la prise en charge.

Par ordonnance du 9 OCTOBRE 2006, le Tribunal a ordonné une expertise confiée à Monsieur CREPPY spécialisé en biologie toxicologie à l'Université de BORDEAUX II.

Celui-ci ayant refusé sa mission, le Docteur TA MINH était désigné en remplacement par une ordonnance du 16 NOVEMBRE 2006.

Le rapport était déposé le 12 FEVRIER 2007.

Monsieur FRANCOIS demande au Tribunal de dire que la rechute dont il souffre doit être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail.

A titre subsidiaire, il sollicite une nouvelle expertise ou à défaut l'avis du Comité Régional de Reconnaissance des maladies professionnelles.

Enfin, il sollicite la somme de 2.000 € en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

L'AAEXA sollicite l'homologation du rapport de l'expert et maintient sa position de rejet.

MOTIVATION

A la suite de l'inhalation accidentelle de produit survenue le 27 AVRIL 2004, Monsieur FRANCOIS a présenté des troubles neurologiques aigus à type de céphalées, migraines, malaises, sensation vertigineuse qui ont entraîné plusieurs hospitalisations.

Sur le plan thérapeutique, Monsieur FRANCOIS a bénéficié d'un traitement antiépileptique.

A partir du mois d'août 2004, il a présenté de nouveaux épisodes aigus de malaises identiques qui ont entraîné de nouvelles hospitalisations.

Les analyses pratiquées ont alors révélé la présence à des concentrations toxiques mais variables, des métabolites des deux produits incriminés dans les prélèvements d'urine et de cheveux.

L'expert, assisté d'un sapiteur a considéré que ces manifestations pouvaient être raisonnablement imputées aux effets toxiques des produits mais qu'en revanche leur tardiveté par rapport à l'inhalation d'avril 2004 excluait un lien direct.

L'expert conclut que les malaises ne pouvaient s'expliquer que par des expositions réitérées aiguës intervenues depuis cette date.

.../...

Or, Monsieur FRANCOIS affirme, et il n'y a pas lieu en l'état de mettre en doute sa bonne foi, que depuis le mois d'avril 2004, il n'a plus jamais été en contact avec ce produit dont la trace est pourtant encore présente dans son organisme.

Il verse aux débats une documentation médicale de laquelle il résulte que le produit toxique se concentre dans le foie, les reins, les poumons et surtout dans le tissu adipeux, avec possibilité de relargage en vagues successives étalées dans le temps.

Il est notamment précisé par Monsieur PEZERAT, Toxicologue Directeur de Recherches au CNRS que " l'enchaînement des crises avec fort rejet de chlorophenol oblige à considérer que l'on est en face d'un processus unique ayant débuté avec l'accident du 27 Avril, même s'il n'existe pas de cas strictement semblable décrit dans la littérature médicale".

Ce professionnel précise que les effets toxiques de l'alachlore font l'objet de multiples publications, mais qu'il n'existe pas d'études sur les effets combinés de cet herbicide et du chlorobenzène.

Compte tenu des éléments qui précèdent, le Tribunal ne peut homologuer en l'état le rapport de l'expert judiciairement désigné, le lien de causalité entre l'inhalation unique d'Avril 2004 et les malaises postérieurs subis par Monsieur FRANCOIS ne pouvant être exclu avec certitude.

Une nouvelle expertise sera donc ordonnée.

PAR CES MOTIFS,

Le Tribunal des Affaires de la Sécurité Sociale, après en avoir délibéré, statuant publiquement, par jugement contradictoire et en premier ressort,

ORDONNE une mesure d'expertise médicale.

COMMET pour y procéder **Monsieur NARBONNE**, Professeur à l'Université de Bordeaux 1 - CNRS - Laboratoire de physico toxicochimie des systèmes naturels, groupe de biochimie toxicologique, 351 cours de la Libération à **33455 TALENCE CEDEX**.

Avec pour mission de dire si la pathologie actuelle de Monsieur Paul FRANCOIS peut être considérée comme une rechute de l'accident du 27 AVRIL 2004.

Ainsi jugé et prononcé en audience publique les jour, mois et an susdits.

TRIBUNAL DES AFFAIRES DE SECURITE SOCIALE DE LA CHARENTE (Régime Agricole)

LA SECRETAIRE, **LA PRESIDENTE,**

Pour copie certifiée conforme à l'original :
Le Secrétaire,

A. GAILLARD

RÉPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

TRIBUNAL des AFFAIRES de SÉCURITÉ SOCIALE de la CHARENTE
(Régime agricole)

Inscription des causes n° 7 520

J U G E M E N T

Le TROIS NOVEMBRE DEUX MILLE HUIT,

LE TRIBUNAL des AFFAIRES de SÉCURITÉ SOCIALE de la CHARENTE

a rendu la décision suivante, prononcée en audience publique par :

- Madame Tatiana **GUILLET**
Juge au Tribunal de Grande Instance d'ANGOULÊME, Présidente,

dans l'affaire :

ENTRE :

- Monsieur Paul **FRANCOIS**
demeurant : Beauregard 16700 BERNAC
demandeur, représenté par Maître LAFFORGUE,

d'une part,

- et l'**ASSOCIATION des ASSUREURS A.A.E.X.A.**
dont le siège est : 310, rue Ernest Heming Way 29218 BREST CEDEX
défenderesse, représentée par M. BLANCHON de l'A.A.E.X.A. de Poitiers,

d'autre part,

après débats en audience publique le 1e SEPTEMBRE 2008, devant :

- Madame Tatiana **GUILLET**, Présidente,

- Monsieur Alain **BLANCHON**, Assesseur représentant les non salariés,
- Madame Colette **DEGUIL**, Assesseur représentant les salariés,

assistés de Madame Martine **QUIRIN**, Secrétaire-adjointe,

et après que les membres du Tribunal présents aux débats en aient délibéré.

EXPOSE DU LITIGE

Le 27 avril 2004, Monsieur Paul FRANCOIS, agriculteur âgé de 40 ans, a inhalé accidentellement les vapeurs d'un herbicide, l'Alachlore, associé à un solvant, le Monochlorobenzène.

L'accident a été pris en charge au titre de la législation professionnelle par l'AAEXA.

Monsieur FRANCOIS a été déclaré guéri le 21 juin 2004 mais a déclaré une rechute le 29 novembre 2004, dont l'AAEXA a refusé la prise en charge.

A la suite du recours formé par Monsieur FRANCOIS à l'encontre de cette décision, le présent Tribunal a, par décision en date du 9 octobre 2006, ordonné une expertise confiée à Monsieur CREPY, spécialiste en biologie-toxicologie à l'Université BORDEAUX II.
Celui-ci ayant refusé sa mission, le Docteur Son TA MINH a été désigné en remplacement par ordonnance en date du 6 novembre 2006. Il a déposé son rapport le 12 février 2007.

Par jugement en date du 14 mai 2007, le Tribunal n'a pas pu homologuer en l'état le rapport de l'expert judiciairement désigné, précisant que le lien de causalité entre l'inhalation unique d'avril 2004 et les malaises postérieurs subis par Monsieur FRANCOIS ne pouvaient être exclus avec certitude.
Il a ordonné une nouvelle expertise, confiée au Professeur NARBONNE.

Ce dernier a conclu son rapport le 20 janvier 2008 et l'a déposé le 10 avril 2008.

Les parties ont été rappelées à l'audience par le secrétariat.

Lors de l'audience du 1er septembre 2008, Monsieur FRANCOIS, assisté de son Conseil, a maintenu sa demande de prise en charge de ses malaises au titre de rechutes de son accident du travail du 27 avril 2004. Il sollicite en outre la somme de 1000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.
Il a rejeté la demande d'expertise formulée par l'AAEXA, soulignant que son examen clinique ne présentait aucune utilité quant à l'identification des causes des troubles postérieurs dont il demande la prise en charge et précisant qu'au contraire, l'analyse d'un expert en toxicologie s'était révélée nécessaire à la résolution des problèmes scientifiques posés par son cas.
Concernant sa demande de prise en charge, il fait valoir que son état de santé s'est dégradé depuis le 21 juin 2004, date de guérison fixée par l'AAEXA et argue des développements et conclusions du rapport d'expertise du Professeur NARBONNE pour soutenir que les troubles ressentis depuis le 21 juin 2004 sont liées à l'intoxication initiale du 27 avril 2004.

En défense, l'AAEXA a sollicité une nouvelle expertise médicale, faisant valoir que le Professeur NARBONNE n'était pas médecin et ne pouvait donc pas se prononcer sur les liens de causalité entre les conséquences de l'inhalation accidentelle de produits toxiques et les symptômes physiques ressentis par le malade.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur l'organisation d'une nouvelle expertise

La contestation sur l'existence d'une rechute d'accident du travail constitue une contestation d'ordre médical qui donne lieu à la procédure d'expertise médicale technique telle que définie par les articles L.141-1 et suivants, ainsi que R.141-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

Néanmoins, la mise en place de telles expertises médicales techniques n'excluent pas la possibilité pour le Tribunal des affaires de sécurité sociale de recourir à une autre mesure d'instruction ainsi que le lui permet l'article R.142-22 du même Code.

En l'espèce, Monsieur FRANCOIS a contesté la décision de l'AAEXA de ne pas prendre en charge ses nouveaux malaises au titre d'une rechute de son accident du travail du 27 avril 2004.
Il résulte des pièces du dossier qu'une expertise médicale technique a été mise en place et confiée au Docteur POISOT du Centre Anti-Poison de BORDEAUX, désigné d'un commun accord par le médecin traitant de l'assuré et le médecin-conseil du régime agricole.
L'AAEXA ayant maintenu sa décision, Monsieur FRANCOIS a saisi le Tribunal des affaires de sécurité sociale et demandé l'organisation d'une nouvelle expertise, en application de l'article L.141-2 du Code de la sécurité sociale. Le Tribunal a fait droit à cette demande en désignant le Docteur TA MINH par ordonnance du 6 novembre 2006.

Force est donc de constater que deux expertises médicales techniques ont déjà été ordonnées.

En revanche, à la suite de cette seconde expertise médicale technique, la présente juridiction a estimé nécessaire de procéder à une expertise, improprement qualifiée d'expertise médicale, par un spécialiste en toxicologie et a désigné le Professeur NARBONNE, suivant jugement du 14 mai 2007, lequel n'a fait l'objet d'aucun recours.
Cette expertise s'est révélée être une expertise dite « sur pièces » et a été réalisée conformément aux règles en la matière. A la demande de l'AAEXA, le Professeur NARBONNE a organisé une réunion après le dépôt de son rapport afin qu'une discussion contradictoire puisse avoir lieu. Toutefois, il doit être relevé que l'AAEXA n'y était pas présente.

En l'état, aucune disposition n'autorise le Tribunal des affaires de sécurité sociale à ordonner une nouvelle expertise médicale technique, puisque deux examens ont déjà eu lieu.
La demande de l'AAEXA sera donc rejetée et le Tribunal statuera au vu des différentes expertises présentes au dossier.

Sur le fond

Il est de jurisprudence constante que la rechute est constituée par toute modification de l'état de la victime dont la première constatation médicale est postérieure à la date de guérison apparente ou de consolidation de la blessure.
La rechute nécessite la preuve d'un lien direct et unique avec l'accident d'origine.

En l'espèce, il résulte de l'expertise médicale technique réalisée par le Docteur TA MINH que les manifestations aiguës, de courte durée, au cours des différentes hospitalisations de

Monsieur FRANCOIS survenues à partir du mois d'août 2004, peuvent être raisonnablement imputés aux effets toxiques de l'Alachlore et du Monochlorobenzène puisque des analyses toxicologiques ont confirmé la présence, à des concentrations toxiques mais variables, des métabolites de ces deux produits dans les prélèvements d'urines et de cheveux.

Or, si le Docteur TA MINH a conclu que ces symptômes ne peuvent être expliqués que par des expositions réitérées aiguës à ces produits, il importe d'observer qu'aucun élément du dossier, ni des débats, ne vient corroborer ces allégations. Monsieur FRANCOIS affirme qu'il n'a plus jamais été en contact avec ces produits après son intoxication du 27 avril 2004. Sa bonne foi ne peut être remise en cause.

Au surplus, l'analyse effectuée par le Professeur NARBONNE, Directeur du Groupe de Toxicologie Biochimique à l'Université BORDEAUX I, expert auprès de l'AFSSA, de l'AFSSET et de l'UNEP, permet d'expliquer la présence de ces toxiques dans le corps de Monsieur FRANCOIS plusieurs mois après l'exposition.

Il résulte ainsi du rapport d'expertise du Professeur NARBONNE que, bien qu'il soit regrettable qu'aucun prélèvement n'ait été effectué lors de l'accident du travail, la sévérité des effets aigus au cours de l'exposition initiale de Paul FRANCOIS permet de supposer un fort stockage dans les lipides de réserve avec une saturation et un blocage du métabolisme hépatique des xénobiotiques. A partir de là, le relarguage à partir des lipides étant très lent, le déblocage du métabolisme ne se produit que plusieurs mois après l'exposition.
L'ensemble des données présentées dans le rapport, qu'il convient d'entériner, permet d'attribuer les graves effets cliniques, se produisant plus de six mois après l'exposition aiguë, aux suites de cette intoxication initiale. L'explication de ces effets retardés inhabituels peut s'expliquer par une modification de métabolisme des xénobiotiques, due à l'Alachlore ou à des médicaments utilisés au cours de la première phase du traitement.
Le Professeur NARBONNE précise que l'apparition de métabolites toxiques comme les époxydes dans la seconde période d'effets cliniques laisse penser à une possible toxicité à long terme du fait de la forte réactivité de ces métabolites et de leur aptitude à produire des adduits sur les macromolécules comme l'ADN. Il recommande ainsi une surveillance médicale sérieuse de Monsieur FRANCOIS.

En conséquence, il convient de juger que les malaises et les effets cliniques observés sur la personne de Monsieur FRANCOIS à partir du mois d'août 2004 et surtout du 29 novembre 2004, sont imputables aux effets toxiques de l'Alachlore et du Monochlorobenzène qu'il a inhalé accidentellement, dans des doses très importantes, le 27 avril 2004.
Ces malaises, survenus après la date de consolidation de Monsieur FRANCOIS, doivent donc être considérés comme des rechutes de son accident du travail.

La décision de l'AAEXA sera en conséquence infirmée.

Sur les autres demandes

Il serait inéquitable de laisser à la charge de Monsieur FRANCOIS l'intégralité des frais irrépétibles qu'il a dû engager pour la présente instance.
Il lui sera ainsi alloué la somme de 1000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

Le Tribunal des affaires de sécurité sociale, statuant publiquement, par décision contradictoire et en premier ressort,

Vu le rapport d'expertise du Docteur TA MINH en date du 12 février 2007,
Vu le rapport d'expertise du Professeur NARBONNE en date du 20 janvier 2008,

INFIRME la décision de l'AAEXA en date du 6 avril 2006,

DIT que la rechute déclarée le 29 novembre 2004 par Monsieur Paul FRANCOIS est directement liée à l'accident du travail dont il a été victime le 27 avril 2004 et qu'elle doit être prise en charge au titre de la législation professionnelle ;

CONDAMNE l'AAEXA à verser à Monsieur Paul FRANCOIS la somme de mille euros (1000 euros) sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Ainsi jugé et prononcé les jour, mois et an susdits

LA SECRETAIRE **LA PRESIDENTE**

Pour copie certifiée conforme à l'originale,
La secrétaire-adjointe,

Martine QUERIN

TRIBUNAL DES AFFAIRES DE SÉCURITÉ SOCIALE DE LA CHARENTE (Régime Agricole)

COUR D'APPEL DE BORDEAUX

CHAMBRE SOCIALE - SECTION B

Copie délivrée à titre de simple renseignement. Ne peut être utilisée comme pièce de procédure (Circulaire n° 55 19 du 16 mai 1955

PP

ARRÊT DU : 28 JANVIER 2010

(Rédacteur : Monsieur Eric VEYSSIERE, Conseiller)

SÉCURITÉ SOCIALE

N° de rôle : **08/7029**

Association DES ASSUREURS AAEXA
agissant par son représentant légal

c/

Monsieur Paul FRANCOIS

Nature de la décision : **AU FOND**

Notifié par **LRAR** le :

LRAR non parvenue pour adresse actuelle inconnue à :

La possibilité reste ouverte à la partie intéressée de procéder par voie de signification (acte d'huissier).

Certifié par le Greffier en Chef,

Grosse délivrée le :

à :

Décision déférée à la Cour : jugement rendu le 03 novembre 2008 (R.G. n°N° 7/520) par le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de CHARENTE, suivant déclaration d'appel du 01 décembre 2008,

APPELANTE :

Association DES ASSUREURS AAEXA, 310, Rue Ernest Hémingway - 29218 BREST CEDEX 01,

Représentée par la SELARL BOYANCE JP - BRETT-THOMAS - DURGET, avocats au barreau de BORDEAUX

INTIMÉ :

Monsieur Paul FRANCOIS, né le 07 Janvier 1964 à RUFFEC (16), demeurant Beauregard - 16700 BERNAC,

représenté par Maître François LAFFORGUE, SCP TESSONNIERE TOPALOFF LAFFORGUE, avocats au barreau de PARIS,

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le 10 décembre 2009, en audience publique, devant Monsieur Eric VEYSSIERE, Conseiller chargé d'instruire l'affaire, qui a entendu les plaidoiries, les avocats ne s'y étant pas opposés,

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Monsieur Benoît FRIZON DE LAMOTTE, Président,
Monsieur Eric VEYSSIERE, Conseiller,
Monsieur Claude BERTHOMME, Conseiller.

Greffier lors des débats : Madame Chantal TAMISIER,

ARRÊT :

- contradictoire
- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du Code de Procédure Civile.

EXPOSE DU LITIGE et PRETENTIONS DES PARTIES

Monsieur Paul FRANCOIS, a, dans le cadre de son activité professionnelle d'agriculteur, inhalé accidentellement, le 27 avril 2004, les vapeurs d'un herbicide, l'Alalchore associé à un solvant, le monochlorobenzène.

L'association des assureurs AAEXA a pris en charge cette lésion au titre de la législation professionnelle et a fixé la date de guérison au 21 juin 2004.

L'intéressé a déclaré une rechute le 29 novembre 2004 dont l'AAEXA a refusé la prise en charge par décision du 6 avril 2006.

M. FRANCOIS ayant contesté cette décision, une expertise amiable a été organisée et confiée au Dr POINSOT qui a conclu que les divers taux trouvés entre mai et novembre 2005 ne permettent pas d'expliquer les malaises par la seule intoxication du 27 avril 2004.

Par ordonnance du 16 novembre 2006, le président du TASS de la Charente a désigné le Dr TA MINH dont le rapport a conclu que les troubles allégués ne peuvent être pris en charge comme séquelle de l'accident du travail initial.

Par jugement du 14 mai 2007, le TASS a ordonné une nouvelle expertise et a commis pour y procéder le Professeur NARBONNE, toxicologue.

Ce dernier a estimé que l'ensemble des données présentées dans son rapport permet d'attribuer les graves effets cliniques se produisant plus de six mois après l'exposition aigüe d'avril 2004, aux suites de cette intoxication initiale.

La TASS, dans un jugement rendu le 3 novembre 2008, a infirmé la décision de l'AAEXA, a dit que la rechute déclarée le 29 novembre 2004 par M. FRANCOIS est directement liée à l'accident du travail dont il a été victime le 27 avril 2004 et qu'elle doit être prise en charge au titre de la législation professionnelle et a alloué à M. FRANCOIS la somme de 1000 euros en application de l'article 700 du cpc.

L'AAEXA a régulièrement interjeté appel du jugement.

Par conclusions écrites développées à l'audience et auxquelles il convient de se référer, l'appelant demande à la Cour d'infirmer le jugement et d'homologuer les rapports d'expertise des docteurs POINSOT ET TA MINH et de confirmer le refus de prise en charge des symptômes présentés par M. FRANCOIS au titre de la rechute de l'accident du travail du 27 avril 2004. A titre subsidiaire, AAEXA sollicite l'organisation d'une expertise complémentaire confiée au Dr TAH MAINH sur les bases des hypothèses émises par le professeur NARBONNE de manière à déterminer si M. FRANCOIS pouvait présenter une modification de son métabolisme de nature à engendrer plusieurs mois après l'exposition aux produits toxiques les symptômes décrits et pouvant ainsi être qualifiés de rechute de l'accident du travail du 27 avaril 2004.médicale. Elle réclame, en outre, la somme de 2000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans le dernier état de ses écritures soutenues oralement et auxquelles il convient de se référer, M. FRANCOIS soulève, à titre principal, l'irrecevabilité de l'appel et conclut, à titre subsidiaire, à la confirmation du jugement et sollicite la somme de 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la recevabilité de l'appel

Aux termes de l'article L 122-1 du code la sécurité sociale, tout organisme de sécurité sociale est tenu d'avoir un directeur général ou un directeur lesquels décident des actions en justice à intenter au nom de l'organisme dans les matières concernant les rapports dudit organisme avec les bénéficiaires des prestations.

Faisant valoir que l'AAEXA en qualité d'organisme chargé de gérer la branche AT/MP des exploitants agricoles a interjeté appel par courrier signé pour ordre de Sophie TRISTAN, responsable de la plate-forme de Brest, par une personne dont le nom n'est pas identifiable, et sans justifier, au moment de l'appel, de l'existence d'un pouvoir spécial donné au signataire, M. FRANCOIS conclut à l'irrecevabilité de l'appel.

En application de l'article R 122-3 du code de la sécurité sociale, le directeur d'un organisme de sécurité sociale peut donner mandat à des agents de l'organisme en vue d'assurer la représentation de celui-ci en justice et dans les actes de la vie civile.

En l'espèce, l'AAEXA justifie avoir donné à Mme Sophie TRISTAN, le 5 novembre 2008 et à Mme Brigitte OURY, le 7 novembre 2008, un pouvoir spécial pour interjeter appel du jugement du TASS de la Charente.

Dés lors qu'il n'est pas sérieusement contesté que le signataire de l'appel est Mme OURY en sa qualité d'adjointe de Mme TRISTAN et qu'elle était munie d'un pouvoir spécial, il y a lieu de déclarer l'appel recevable peu important que le pouvoir spécial n'ait pas été joint à l'acte d'appel.

Sur la nature des expertises diligentées en première instance

En application de l'article R 142-39 du code de la sécurité sociale, à tous les stades de la procédure de reconnaissance des maladies professionnelles des assurés relevant de la protection sociale agricole, le régime de l'expertise est celui qui est défini par le code de procédure civile.

Il s'ensuit que les expertises ordonnées par le TASS de la Charente dans la présente affaire doivent être qualifiées d'expertises judiciaires.

Selon l'article 144 du code de procédure civile, les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dés lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer.

En l'espèce, le TASS n'a pas, au regard de la complexité du cas qui lui était soumis, excédé ses pouvoirs en ordonnant successivement deux expertises médicales et en estimant nécessaire de les compléter par une expertise toxicologique confiée au professeur NARBONNE.

Sur la reconnaissance au titre de la législation professionnelle de la rechute alléguée par M. FRANCOIS

Il résulte des articles L 443-1 et L 443-2 du code de la sécurité sociale, que toute modification dans l'état de la victime, dont la première constatation médicale est postérieure à la date de guérison apparente ou de consolidation de la blessure, peut donner lieu à une nouvelle fixation des réparations. Si l'aggravation de la lésion entraîne pour la victime la nécessité d'un traitement médical qu'il y ait ou non nouvelle incapacité temporaire, la caisse primaire d'assurance maladie statue sur la prise en charge de la rechute.

La date de guérison de M.FRANCOIS a été fixée par l'AAEXA au 21 juin 2004.

L'intéressé a déclaré une rechute à compter du 29 novembre 2004.

Selon les rapports concordants des docteurs POINSOT et TA MINH, il résulte des examens biologiques pratiqués entre novembre 2004 et avril 2005 une présence d'Alachlor et de monochlorobenzène dans les urines et les prélèvements de cheveux de M. FRANCOIS. Or, l'herbicide dont l'inhalation est à l'origine de l'accident initial contient ces deux composants chimiques.

Si les deux experts en concluent que seule une nouvelle exposition à l'herbicide est de nature à expliquer ces résultats, les premiers juges ont estimé, à juste titre, que d'une part, aucun élément du dossier ne venait corroborer cette allégation contestée par M. FRANCOIS dont rien ne permet de douter de la bonne foi et d'autre part, que les conclusions de l'expertise diligentée par le Professeur NARBONNE identifiaient la cause de la présence de ces produits plusieurs mois après l'exposition de l'intéressé.

En conclusion d'un rapport particulièrement documenté et non sérieusement contesté sur un plan scientifique par l'AAEXA hormis le fait que l'expert ne soit pas médecin ce qui est sans incidence sur la fiabilité de l'expertise au regard des compétences de nature toxicologique à mettre en oeuvre, le professeur NARBONNE indique que, vu la sévérité des effets aigus au cours de l'exposition initiale de M. FRANCOIS, on peut supposer un fort stockage dans les lipides de réserve avec une saturation et un blocage du métabolisme hépatique des xénobiotiques et qu'à partir de là, le relarguage étant très lent, le déblocage du métabolisme ne se produit que plusieurs mois après l'exposition par une succession de phases successives telles

qu'illustrées dans le cas de M. FRANCOIS. L'expert attribue à ces données les graves effets cliniques se produisant plus de six mois après l'exposition d'avril 2004.

Ces effets retardés inhabituels s'expliquent par une modification du métabolisme des xénobiotiques due à l'Alachlor ou à des médicaments utilisés au cour de la première phase du traitement. L'apparition de métabolites toxiques comme les époxydes dans la seconde période d'effets cliniques laisse penser à une possible toxicité long terme du fait de la forte réactivité de ces métabolites et leur aptitude à produire des adduits sur les macromolécules comme L'ADN.

Contrairement à ce qui est soutenu par l'AAEXA, le professeur NARBONNE a analysé en détail, sur la base des examens biologiques effectués sur M.FRANCOIS, les effets de l'Alachlor et du chlorobenzène sur le métabolisme de l'intéressé. Au demeurant, l'AAEXA ne justifie pas en quoi la nouvelle expertise médicale qu'elle sollicite, contribuerait à mesurer la modification du métabolisme de M. FRANCOIS.

La cour estime, en conséquence, que la preuve est rapportée de l'existence d'un lien direct entre l'accident du travail initial et les lésions constatées à partir du 29 novembre 2004 lesquelles doivent être prises en charge au titre d'une rechute.

Le jugement sera, donc, confirmé en toutes ses dispositions.

PAR CES MOTIFS
LA COUR

Confirme le jugement en toutes ses dispositions,

Condamne l'association AAEXA à payer à M. FRANCOIS la somme de 1.500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Signé par Benoît Frizon de Lamotte, Président, et par Chantal Tamisier, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

C. Tamisier



B. Frizon de Lamotte



ANNEXE III

L'expertise médicale de sécurité sociale selon l'article L 141-1 du Code de la sécurité sociale

Cécile Manaouil[1], Audrey Margraff[2], Marie Graser[3], Olivier Jardé[4]

1. MCU-PH, Expert spécialisé en matière de sécurité sociale près la cour d'appel d'Amiens, Consultation de médecine légale, CHU Nord, place Victor Pauchet, 80054 Amiens cedex 1

2. juriste, DESS droit de la santé

3. PH

4. PU-PH, Expert spécialisé en matière de sécurité sociale près la cour d'appel d'Amiens

Tirés à part : C. Manaouil, à l'adresse ci-dessus

e mail : manaouil.cecile@chu-amiens.fr

Tél 03 22 66 83 84

télécopie : 03 22 66 88 40

mots clé : Expertise, Sécurité Sociale, Contentieux, Aptitude

keys words : Expertise, Social Security, Dispute, Capacity estimates

titre courant : expertise de sécurité sociale

Conclusion : certain disputes would be avoided so on one hand, every speaker was better informed about the social legislation (code of the work and code of the Social Security) and on the other hand, so more efforts were realized by the employers in reclassifying and in adaptation of post, by means of the propositions of the occupational physician.

Les différends auxquels donne lieu l'application de la législation de la sécurité sociale relèvent :

- du contentieux général de la Sécurité sociale, s'ils ne relèvent pas d'un contentieux particulier. Ils sont alors du ressort du tribunal des affaires de Sécurité sociale (TASS). Les décisions du TASS peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel. Quant aux arrêts de cette dernière, ils peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la cour de cassation.

- du contentieux technique de la Sécurité sociale, s'ils sont relatifs, soit à l'état d'invalidité, d'inaptitude ou d'incapacité de travail, soit à la fixation du taux de la cotisation d'accident du travail. Ils relèvent des tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI), leurs décisions pouvant faire l'objet d'un recours devant la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), puis d'un pourvoi en cassation. Par ailleurs, les litiges d'ordre médical sont soumis à la procédure d'expertise médicale que nous allons détailler.

I L'expertise médicale de l'article L. 141-1 du Code de la sécurité sociale

L'objet de l'expertise

L'attribution de prestations en espèce et en nature de l'assurance maladie, maternité, accident du travail, maladie professionnelle, invalidité est subordonnée à des conditions précises relatives à l'état de santé de l'assuré.

Or, des litiges d'ordre médical peuvent devenir source de désaccords entre le médecin traitant de l'assuré et le médecin conseil de la caisse chargée de verser les prestations.

C'est dans ce contexte qu'interviennent les expertises médicales de Sécurité sociale, définies à l'article L. 141-1 du code de la Sécurité sociale (CSS). Selon cet article, *les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade ou à l'état de la victime, et notamment à la date de consolidation en cas d'accident de travail et de maladie professionnelle, (...), donnent lieu à une procédure d'expertise médicale.*

Cette expertise permet donc de donner une solution rapide à des litiges ponctuels sur des prestations revêtant un caractère souvent financier, ou un intérêt thérapeutique.

Champ d'application

En vertu de l'article L. 141-1 du CSS, sont visées les contestations d'ordre médical.

En matière d'accident du travail et de maladie professionnelle (AT/MP), il s'agit notamment des difficultés relatives :

- à l'imputabilité des lésions déclarées consécutives à l'AT/MP (existence d'un lien entre un accident du travail et une intervention chirurgicale par exemple) ;
- à l'acceptation d'une rechute ;
- à la fixation de la date de guérison ou de consolidation ;
- à un désaccord sur le diagnostic pour la reconnaissance ou non d'une maladie professionnelle (en particulier concernant les tableaux 57 et 97/98 du régime général) ;

L'enjeu est ici souvent la prise en charge ou non des soins en AT/MP (régime plus favorable au patient puisque les soins sont pris en charge à 100% sans avance de frais).

En assurance maladie, sont concernés les litiges portant sur :

- la stabilisation d'un état permettant la mise en invalidité ;

- la date d'aptitude à un travail ;

- la nécessité d'un acte médical, d'un traitement (exemple : les cures thermales) ;

- l'existence d'une structure de soins appropriés (cass. soc. 17 février 1994, RJS 1994, n°471) ;

- les exonérations de ticket modérateur (pour *polypathologies* ou pour une *forme évolutive ou invalidante d'une affection grave caractérisés ne figurant pas sur la liste des 30 maladies* de l'article L 322-3 CSS) ;

- le placement dans un établissement ;

- les soins de kinésithérapie (cass. soc. 27 mai 1995, RJS 1995, n°1155) ;

- les soins infirmiers ;

- les transports (cass. soc. 10 octobre 1996, bull. p.230 n°325) ;

De plus, en vertu de l'article L. 324-1 CSS, *en cas d'affection de longue durée et en cas d'interruption de travail ou de soins continus supérieurs à une durée déterminée, la caisse doit faire procéder périodiquement à un examen spécial du bénéficiaire, conjointement par le médecin traitant et le médecin-conseil de la sécurité sociale en vue de déterminer le traitement que l'intéressé doit suivre si les soins sont dispensés sans interruption.* La prise en charge des soins nécessite que le patient se soumette aux soins prescrits d'un commun accord par le médecin traitant et le médecin-conseil de la sécurité sociale sur le protocole spécial. En cas de désaccord, un expert est désigné.

Il est à noter que seules sont concernées les difficultés strictement d'ordre médical. En pratique, il s'agit des litiges entre médecin traitant et médecin conseil. Par contre, ne sont pas concernées les contestations portant sur le degré d'invalidité ou le taux d'IPP qui relèvent du contentieux technique (TCI). Ainsi, la contestation de la date

de guérison ou de consolidation relève de l'expertise, alors que si le salarié conteste le taux d'IPP qu'il juge insuffisant, le TCI est compétent. De même, la contestation de l'aptitude à une activité salariée ou non relève de l'expertise, alors que si le salarié conteste la catégorie d'invalidité (1ère, 2ème ou 3ème), le TCI est compétent.

De même, ne sont pas concernées les expertises en matière de législation professionnelle du régime agricole.

Les difficultés ne mettant pas en rapport l'assuré et les organismes sociaux ne sont pas du domaine de l'expertise médicale. Il s'agit notamment des contestations des employeurs concernant le caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, des actions des organismes sociaux à l'encontre des praticiens, des actions en reconnaissance des ayants droit en matière de législation professionnelle dès lors que l'examen de l'intéressé n'est plus possible, des litiges où il n'existe pas de contestation médicale sérieuse, des litiges pouvant être résolus en faisant abstraction de la question médicale, par exemple au plan des conditions administratives.

L'initiative de l'expertise

En vertu de l'article R. 141-2 du CSS, l'expertise est pratiquée soit à la demande de la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, soit sur l'initiative de la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) ou de la caisse régionale d'assurance maladie (CRAM).

La victime peut toujours, même lorsque la matérialité de l'accident est contestée, requérir une expertise médicale.

Les caisses auront recours à l'expertise médicale en cas de désaccord entre le médecin conseil et le médecin traitant de l'assuré. Elles sont tenues d'y procéder, avant toute prise de décision, en cas de désaccord relatif à la date de guérison ou de consolidation ; ou en ce qui concerne la reprise d'un travail avant sa guérison ou sur la date de consolidation de la blessure (art. R. 433-15 du CSS).

En matière d'assurance maladie, l'assuré doit présenter sa demande dans le délai d'un mois à compter de la date de la décision contestée.

En matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, le droit pour la victime de demander une expertise peut être exercé avant toute décision de la caisse, même si le médecin traitant et le médecin conseil sont d'accord. A défaut de délai précis prévu en la matière, s'applique la prescription de droit commun en matière de prestations. Ainsi, en vertu de l'article L. 431-2 du CSS, la victime doit faire sa demande dans un délai de deux ans (à compter, soit du jour de l'accident, soit du jour de la clôture de l'enquête légale en cas d'accident grave, soit du jour de la cessation du paiement des indemnités journalières).

La demande d'expertise doit être écrite et préciser l'objet de la contestation, le nom et l'adresse du médecin traitant dont un certificat peut être déjà produit. Elle doit être déposée contre récépissé auprès de l'organisme d'assurance maladie ou lui être adressée par lettre recommandée (art. R. 141-2 alinéa 3 du CSS). Si plusieurs prestations ont été refusées, l'assuré doit indiquer la (ou les) prestation(s) pour laquelle

(ou lesquelles) il demande l'expertise. Si la caisse ne réagit pas à cette demande, le requérant peut considérer qu'il y a rejet et saisir le contentieux général.

Lorsque le différend fait apparaître, en cours d'instance devant le TASS, une difficulté d'ordre médical relative à l'état de santé de l'assuré, le tribunal ne pourra statuer qu'après avoir mis en œuvre la procédure d'expertise médicale.

La désignation de l'expert

En vue de la désignation de l'expert, le service du contrôle médical de la caisse est tenu de se mettre en rapport avec le médecin traitant dans les trois jours qui suivent soit la date où est apparue une contestation d'ordre médical, soit la réception de la demande d'expertise formulée par la victime (art. R. 141-2 alinéa 4 du CSS).

Selon l'article R. 141-1 du CSS, *le médecin expert est désigné d'un commun accord, par le médecin traitant et le médecin conseil ou, à défaut d'accord dans le délai d'un mois à compter de la contestation, par le directeur départemental des affaires sanitaires et sociales.*

En théorie, tout docteur en médecine inscrit au tableau de l'Ordre peut être désigné comme expert, la spécialité de l'expert étant choisie en rapport avec l'affection. Tout médecin peut se proposer comme expert en s'adressant au médecin chef du contrôle médical. Cependant, le choix se porte le plus souvent sur un médecin inscrit sous la rubrique « Experts spécialisés en matière de sécurité sociale », sur la liste de la Cour d'appel.

Le service du contrôle médical de la caisse propose un ou deux noms de médecins. Le médecin traitant accepte le plus souvent l'expert proposé. Sinon, en cas de désaccord, il

revient au directeur de la DDASS de désigner un expert. Ce dernier ne peut alors être choisi que parmi les médecins inscrits, sur la liste de la Cour d'appel.

Lorsque le contentieux porte sur le diagnostic ou le traitement d'une affection spécifique, l'expert devra être choisi parmi les médecins spécialisés ou compétents pour l'affection considérée.

Le service médical de la caisse adresse deux imprimés au médecin traitant, l'imprimé « désignation de l'expert » et celui intitulé « protocole d'expertise ». Il convient pour le médecin traitant de donner son avis sur ce document qui sera transmis à l'expert, tout en sachant que cet avis sera repris dans le rapport de l'expert, susceptible d'être lu ultérieurement par le patient (cass. soc. 9 mars 2000, RJS 2000, n°458).

II La procédure d'expertise et la portée de l'expertise

La mission de l'expert

Dès qu'elle est informée de la désignation du médecin expert, la caisse établit un protocole mentionnant obligatoirement :

- l'avis du médecin traitant nommément désigné ;
- l'avis du médecin conseil ;
- lorsque l'expertise est demandée par le malade ou la victime, les motifs invoqués à l'appui de la demande ;
- la mission confiée à l'expert (...) et l'énoncé précis des questions qui lui sont posées.

L'omission d'une de ces mentions entraîne la nullité de l'expertise. La caisse adresse au médecin expert la demande d'expertise accompagnée du protocole d'accord signé par

les deux praticiens, par pli recommandé avec demande d'avis de réception (art. R. 141-3 du CSS).

La mission confiée à l'expert est d'entendre les parties en leur dires et observations, procéder à l'examen du patient, prendre connaissance du dossier et de tous les certificats et documents qui pourront être produits par les parties et donner ses conclusions motivées en répondant aux questions. Celles-ci doivent être formulées de façon telle que l'expert puisse répondre par oui ou par non, ou par des dates, afin d'éviter tout risque d'ambiguïté et d'interprétation ultérieure dans les réponses apportées. L'habitude est de noter les motivations des réponses dans la discussion.

L'expert doit refuser les missions ou les questions portant sur des sujets hors de sa compétence (par exemple sur des problèmes d'imputabilité dans une spécialité précise). Enfin, les questions doivent être en rapport uniquement avec le litige. L'expert n'a pas à répondre à une question qui sortirait du cadre de la technique médicale.

Dans tous les cas, les fonctions d'expert ne peuvent pas être remplies par le médecin qui a soigné le patient, le médecin du travail du patient ou le médecin-conseil de la caisse. Comme pour toute expertise, l'expert doit satisfaire à des conditions d'indépendance. L'expert qui se récuse (notamment s'il connaît personnellement l'assuré) doit immédiatement informer le service médical de la caisse, par souci de rapidité, pour qu'il puisse se faire remplacer. La procédure instituée par les articles L. 141-1 et suivants du CSS est, en effet, destinée à apporter une réponse rapide à un différend (articles R. 141-1 et suivants du CSS).

Le déroulement de l'expertise

Il peut demander les renseignements qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission, ainsi que des examens complémentaires éventuels avec l'accord du service médical de la caisse. Il recueille les doléances de l'assuré. Pour respecter le principe du contradictoire, il devra prendre en compte les avis formulés par les praticiens en désaccord, ainsi que tous les éléments apportés par la victime ou le malade, en ne retenant que les plus significatifs. Il doit entendre les observations médicales exprimées par les parties. Le plus souvent, seul le patient est présent et non le médecin traitant et le médecin conseil, l'important étant qu'ils aient été convoqués.

S'il a tous les éléments médicaux nécessaires, il semble souhaitable que le médecin expert explique les réponses qu'il va donner, directement à l'assuré lors de l'expertise, à moins que celui-ci ne soit particulièrement revendicateur et réfractaire à toute explication.

► Les conclusions

L'expert doit adresser, dans un délai maximum de 48 heures, ses conclusions à la victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle et au service du contrôle médical de Caisse d'assurance maladie. En dehors des AT/MP, les conclusions sont communiquées dans les mêmes délais au médecin traitant et au service du contrôle médical de la caisse.

Ces conclusions sont des réponses succinctes mais précises aux seules questions posées.

► Le rapport d'expertise

Le rapport du médecin expert comporte la mission, le rappel du protocole, les doléances recueillies, les commémoratifs, l'exposé des constatations qu'il a faites au cours de son examen, la discussion des points qui lui ont été soumis et les conclusions (tableau II).

L'expert doit adresser son rapport au service du contrôle médical avant l'expiration du délai d'un mois à compter de la date à laquelle il a reçu le protocole. Le service du contrôle médical adresse immédiatement une copie intégrale du rapport soit à la victime de l'AT/MP, soit au médecin traitant du malade s'il ne s'agit pas d'un AT/MP (article R. 141-4 du CSS).

Notons que les brefs délais fixés aux articles R. 141-1 et suivants du CSS étant seulement indicatifs de l'urgence de la procédure ; leur observation, sauf violation des droits de la défense, n'est pas prescrite à peine de nullité de l'expertise (cass. soc. 13 décembre 1990, bulletin civil V, n°674 ; RJS 1991, n°255). Ainsi, le retard ne peut pas être une cause d'annulation de l'expertise, s'il n'a causé aucun préjudice à l'assuré.

► La décision de la Caisse

L'avis de l'expert n'est pas applicable en lui-même. Il appartient à la caisse de le « traduire » sur le plan administratif. La caisse doit prendre une décision et la notifier à l'assuré dans un délai maximum de quinze jours suivant la réception des conclusions motivées (art. R. 141-5 CSS).

La décision de la caisse se fondant sur le rapport d'expertise peut faire l'objet d'un recours devant la Commission de recours amiable (CRA), puis devant le TASS.

Mais qu'en est il de la portée du rapport d'expertise lui-même ?

La portée de l'expertise

L'avis de l'expert s'impose à l'intéressé, comme à la caisse, sous réserve du respect des règles de procédure et qu'en ce qui concerne les questions d'ordre médical. Les juges ne peuvent trancher eux-mêmes une question d'ordre médical : s'ils estiment que les conclusions de l'expert ne sont pas régulières, claires, précises et dépourvues d'ambiguïté, ils doivent ordonner un complément d'expertise ou une nouvelle expertise (cass. soc. 3 février 2000, n°741, RJS 4/00 n°457).

En effet, l'assuré qui veut contester une expertise doit obligatoirement saisir la commission de recours amiable (CRA) qui n'a cependant aucun pouvoir pour revenir sur les conclusions de l'expert, et donc rejettera la demande. L'assuré peut alors saisir le TASS, et lui demander d'ordonner une nouvelle expertise (articles L. 141-2 et R. 142-24-1 du CSS). Mais la demande des parties ne s'impose pas au juge (cass. soc. 31 octobre 2000, n°4263, RJS 1/01 n°121).

Dans deux affaires de 1993, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que la demande de nouvelle expertise émanant des parties ne s'impose pas aux juges du fond (cass. soc. 27 mai 1993 n°2008, RJS 7/93 n°795 et 796, p. 465).

Dans la 1ère espèce, un salarié victime d'un accident de travail contestait devant le Juge les conclusions d'une expertise qui fixait une date de consolidation. Les juges du fond le déboutèrent de sa demande tendant à obtenir la désignation d'un nouvel expert. La Cour de cassation confirma cette décision, en affirmant qu'en analysant les conclusions de l'expert, les juges ont estimé qu'une seconde mesure d'expertise s'avérait inutile.

Dans la seconde espèce, un salarié, victime d'un accident du travail et déclaré guéri, s'était vu refuser, par la CPAM, au vu des conclusions d'une expertise, la prise en charge, au titre de rechute, de différents troubles médicalement constatés. Il demandait au juge d'annuler l'expertise et d'en ordonner une nouvelle. Sa demande fut rejetée. La Cour de cassation confirma ce rejet, en affirmant que les juges ont pu relever que l'expert, dans un avis clair et précis, avait écarté tout lien de causalité entre ces troubles et l'accident. Par conséquent, ils ont pu considérer, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation qu'une nouvelle mesure d'expertise s'avérait inutile.

Mais dans le cas où les juges acceptent d'ordonner une nouvelle expertise, le régime de celle-ci est similaire à celui décrit (art. R. 142-24-1 du CSS). Dans ce cas, la mission de l'expert est déterminée par le tribunal.

Enfin, il est possible pour le juge de déclarer la nullité de l'expertise, en cas de vice de forme, ou d'anomalies sur le fond (violation des droits de la défense, défaut de convocation, défaut d'examen, expertise réalisée par un médecin ayant suivi l'assuré, défaut de discussion….).

La rémunération de l'expert

L'expertise est actuellement rémunérée sur la base de la cotation C3,5 (70 euros) pour les spécialistes et généralistes avec deux exceptions (C6 pour les professeurs d'université et 2 CNPSY soit 74 euros pour les psychiatres). Les honoraires et frais d'expertise sont pris en charge par la caisse. Toutefois, si la contestation du requérant est manifestement abusive, l'organisme intéressé peut demander à la juridiction compétente de mettre à sa charge tout ou partie des frais ainsi engagés (art. R. 141-7

alinéa 3 du CSS). Par ailleurs, en cas de nouvelle expertise ordonnée par le tribunal, les honoraires et frais liés à cette expertise sont mis à la charge de la partie qui « perd » le procès, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie.

La responsabilité de l'expert

Face à une tendance à la mise en jeu de la responsabilité des professionnels de santé, on peut légitimement s'interroger sur la responsabilité que peut encourir un médecin expert en ses conclusions sur l'état de la victime.

Sur ce point, un récent arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 30 janvier 2003 apporte quelques précisions (Cour d'appel de Paris, 1ére ch., section B, 30 janvier 2003, Gazette du Palais, 12 au 14 octobre 2003, p. 24).

En l'espèce, un salarié, tôlier carrossier, a été victime d'un accident du travail à type de lombo-sciatalgie. Le médecin conseil a consolidé cet accident, après 20 mois d'évolution avec un taux d'IPP de 8%, puis a décidé d'une aptitude au travail. La CPAM a interrompu le versement des indemnités journalières à la date d'aptitude. Le patient a contesté, mais l'expert a conclu qu'il était apte à une activité salariée. Le TASS, puis la Cour d'appel ont confirmé la décision de la caisse, mais le salarié a assigné le médecin expert en réparation, devant le TGI, estimant que les conclusions de l'expert étaient erronées et qu'elles lui étaient préjudiciables.

Le TGI ordonna une expertise. Le médecin expert constata que le salarié conservait une IPP de 8% pour des séquelles douloureuses et qu'il était inapte à reprendre son activité

de tôlier, ce qui n'impliquait pas qu'il soit inapte à toute autre activité salariée. Par conséquent, le TGI débouta le patient de sa demande.

Ce dernier interjeta appel. La Cour d'appel a confirmé la décision du TGI et débouté de nouveau le patient de sa demande, en se fondant sur la deuxième expertise. Ainsi, le premier médecin expert n'avait commis aucune faute dans l'exercice de sa mission lorsqu'il affirmait qu'il n'existait pas d'incapacité à toute activité salariée. En effet, la Cour précise que le médecin n'a fait que répondre à la question qui lui était posée, à savoir s'il existait une incapacité « à toute activité salariée ». Ainsi, la demande d'indemnisation par le médecin expert (le patient réclamait plus d'un million de francs en réparation de son préjudice...) a été rejetée.

III Les principaux contentieux en pratique

La demande de la part des patients pour une prise en charge en AT/MP de diverses pathologies est forte, car ce régime est avantageux pour le salarié par rapport au régime de maladie ordinaire. Quels sont ces avantages ? Les prestations en nature sont la gratuité des soins, sans avance des frais. Les prestations en espèces sont les indemnités journalières (IJ) pendant les arrêts de travail. En AT/MP, les IJ sont servies dès le premier jour qui suit l'AT, dimanches et jours fériés compris, sans la franchise des 3 jours (délai de carence de l'assurance maladie). Les IJ sont supérieures à celles versées en maladie ordinaire. Il est vrai que les IJ sont complétées par l'employeur en fonction des conventions collectives ou du contrat de travail dans les premiers mois,

mais, au delà de 1 à 3 mois d'arrêt, les salariés ne perçoivent plus l'intégralité de leur salaire antérieur le plus souvent…

D'autre part, la période d'arrêt de travail indemnisée en AT est comptabilisée comme une période de travail effectif pour le calcul des congés payés et du nombre de trimestres pour les droits à la retraite. Ceci est important en cas d'arrêt de travail prolongé. De plus, en AT/MP, s'il persiste des séquelles fonctionnelles, elles seront indemnisées selon le taux d'IPP fixé par le médecin conseil à partir de la date de consolidation. Quant aux séquelles esthétiques ou douloureuses, elles ne pourront être indemnisées en AT/MP qu'après recours aux tribunaux.

Les dossiers concernent le plus souvent des difficultés à la reprise du travail après de très longs arrêts de travail (rejet de demande de versement d'IJ) et des problèmes d'imputabilité. Des pathologies non diagnostiquées sont découvertes plusieurs mois après un AT (fracture peu visibles des os du carpe par exemple). Il existe des abus manifestes, ainsi des patients arguent de diverses pathologies survenues dans un délai plus ou moins long après un accident et imputables selon eux à cet accident. Par exemple, une patiente victime d'un accident de trajet (accident de la voie publique) sans lésion initiale avait présenté un kyste de l'ovaire découvert dans les deux mois qui ont suivi l'accident et prétendait que ce kyste était lié à un traumatisme par la ceinture de sécurité du véhicule. Des vertiges sont allégués sans aucune notion de traumatisme vestibulaire… Cela souligne l'importance d'une bonne rédaction du certificat médical initial. Il est prudent de noter toutes les douleurs alléguées ainsi que le bilan radiologique initial réalisé. Le bilan initial est capital. Il existe aussi des pathologies découvertes de façon fortuite sur des radiographies lors d'un bilan après AT. Certains

patients, chez lesquels une tumeur osseuse a été découverte sur des clichés, le jour de l'accident, demandent une prise en charge en AT du traitement de la tumeur. Il est fréquent qu'un patient ayant eu un épisode de lumbago pris en AT demande par la suite la prise en charge en rechute d'une cure de hernie discale ou d'un canal lombaire étroit plusieurs années plus tard... Le plus souvent les radiographies initiales montrent un pincement discal et une lombarthrose présente le jour même de l'accident... Il existe fréquemment des antécédents de lombo-sciatalgies au même niveau qui démontrent l'état antérieur. L'accident ne fait parfois que révéler des pathologies préexistantes, mais il est difficile alors pour le patient de comprendre que les soins ne soient pas pris en charge en AT/MP. Il est classique de voir des patients, victimes d'une entorse de genou sans ponction d'hémarthrose ni immobilisation, faire ensuite une demande de prise en charge d'une chirurgie du genou plusieurs mois voire plusieurs années plus tard alors même que le travail a été repris entre temps. Il s'agit par exemple d'intervention de Emslie pour réaxation de l'appareil extenseur du genou avec translation de la tubérosité tibiale antérieure, alors que la déformation est congénitale et souvent bilatérale.

Les litiges portent également sur la date de consolidation ou de guérison. La consolidation ne coïncide pas nécessairement avec la reprise d'une activité professionnelle : dans certains cas, les séquelles sont trop importantes pour permettre une reprise de l'activité professionnelle ; à l'inverse, avant la consolidation, la reprise du travail est possible avec poursuite des soins (par exemple des séances de kinésithérapie). Dans tous les cas, la consolidation a deux conséquences essentielles, la fin des indemnités journalières (l'arrêt de travail prescrit après la consolidation ne peut être pris

en charge au titre de l'AT, sauf si une rechute est acceptée par la caisse) et l'évaluation d'une incapacité permanente partielle par le médecin conseil. Le contentieux retarde donc la versement d'un capital (IPP < 10%) ou d'une rente (IPP ≥ 10%).

La demande de rechute est source de nombreux contentieux. L'apparition d'un fait nouveau justifiant un traitement et éventuellement un arrêt de travail peuvent faire admettre la rechute, dès lors que ces manifestations sont bien en rapport avec les séquelles de l'accident.

En AT/MP, la victime n'a pas à apporter la preuve du lien entre les lésions et l'accident. Lors de la rechute, il n'y a plus de présomption d'imputabilité. La charge de la preuve est renversée ; c'est à la victime de prouver que les manifestations alléguées sont bien en rapport avec l'accident initial. Le certificat de rechute établi par le médecin doit décrire non seulement les lésions constatées, mais aussi les motifs d'ordre médical qui permettent de rattacher ces lésions à l'accident du travail initial.

En maladie professionnelle, les litiges portent sur le diagnostic, notamment l'existence ou non d'une hernie discale avec une atteinte radiculaire de topographie concordante (alors que le patient a une simple protusion discale ou une lombarthrose étagée sans véritable hernie). La pathologie ne peut alors être prise en charge au titre des tableaux n°97 ou n°98 du régime général. De même le tableau n°57, concernant les troubles musculo-squelettiques, est source de contentieux. Les patients souffrent d'une névralgie cervico-brachiale et demandent une prise en charge pour tendinopathie de la coiffe des rotateurs…

En assurance maladie, une grande partie du contentieux concerne l'aptitude au travail. Il s'agit de patients en état « intermédiaire » entre invalidité et aptitude à leur

travail. Leur pathologie n'entraîne pas une réduction de la capacité de travail ou de gain d'au moins les deux tiers qui justifierait une mise en invalidité. Cependant, il ne leur est plus possible de reprendre leur travail antérieur, selon le médecin du travail.

Le versement des indemnités journalières est subordonnée à la seule constatation de l'incapacité physique de l'assuré de reprendre le travail, qu'il soit ou non guéri de son affection. *Cette incapacité ne s'analyse pas dans l'inaptitude à remplir son ancien emploi, mais dans celle d'exercer une activité physique quelconque* (cass soc 2 juillet 1998, RJS n°1280, octobre 1998).

Il faut souligner que le médecin conseil constate une aptitude à un travail salarié quelconque (sans tenir compte du poste de travail effectivement tenu) alors que le médecin du travail établit une aptitude à un poste de travail précis. L'avis du médecin conseil ne s'impose pas au médecin du travail. Le salarié ne peut pas reprendre son travail sans un avis d'aptitude du médecin du travail (après un arrêt de plus de 8 jours en AT/MP ou 3 semaines en maladie). Les médecins conseils et les médecins du travail suivent chacun des législations particulières (code de la sécurité sociale pour l'un et code du travail pour l'autre). Ces patients sont considérés comme apte à une activité salariée adaptée à leur pathologie (par le médecin conseil) mais inaptes à la reprise de leur travail antérieur (par le médecin du travail). A la limite, il est quasiment toujours possible d'occuper un emploi malgré un handicap ou une pathologie, comme par exemple gardien de musée … La situation est difficile et le médecin traitant est alors sollicité pour rédiger de nouveaux certificats d'arrêt de travail. Ces arrêts de travail ne sont pas indemnisés par la CPAM puisque le médecin conseil estime que l'assuré est apte à une activité professionnelle. En l'absence de reprise du travail avec ou sans

reclassement, on aboutit souvent à un licenciement pour inaptitude médicale et l'assuré doit alors rechercher un nouvel emploi correspondant à ses capacités. Ces patients ont souvent des difficultés à retrouver un travail et restent au chômage, d'autant qu'il s'agit de personnes de plus de 50 ans, peu qualifiées et ayant exercé des emplois manuels (ouvrier du bâtiment, employé de nettoyage…).

Le législateur devrait se soucier de cette situation devenue courante et qui va encore s'aggraver avec l'allongement du nombre de trimestres nécessaires au versement d'une pension vieillesse. Les employeurs doivent faire des efforts en matière de reclassement et d'adaptation de poste, avec l'aide des propositions des médecins du travail. Il faudrait aussi favoriser les dispositifs de pré retraite… Qui doit payer ces salariés en fin d'activité : l'assurance maladie, les ASSEDIC, l'assurance vieillesse… ?

Enfin, nous voulons souligner la dimension sociale et pédagogique de l'expertise de sécurité sociale. Il convient de faciliter une réinsertion professionnelle, tout en refusant les arrêts de travail continus sur plusieurs années sans réel effort de recherche de reclassement. Le fait de confirmer une consolidation peut entraîner un réflexe de recherche d'emploi, notamment du fait d'une motivation financière. Certains assurés ne comprennent pas les enjeux de la décision de la caisse, ne distinguent pas la guérison d'une consolidation. Le médecin expert peut aussi avoir un rôle de conseiller, notamment en proposant de solliciter une visite de pré reprise, une démarche auprès de la COTOREP… Même si les conclusions de l'expertise ne satisfont pas l'assuré, l'expert doit lui expliquer la portée des décisions, et leurs conséquences socioprofessionnelles.

Ces expertises nécessitent tact et honnêteté intellectuelle, l'enjeu étant de répondre simplement à un contentieux opposant un assuré et la sécurité sociale mais aussi d'arriver si possible à convaincre chacun du bien fondé de la décision.

réception du protocole d'expertise

convocation : délai de 5 jours

expertise

envoi des conclusions à la victime de l'AT/MP ou au médecin traitant (si maladie) et au service du contrôle médical

délai : 48 heures

envoi du rapport au service du contrôle médical

délai : 1 mois

tableau I : délais prévu par le protocole d'expertise

Rapport d'expertise

Je soussigné Docteur…..expert désigné par le protocole d'accord signé le... par le Docteur….., médecin traitant, et par le Docteur…, médecin conseil de la Caisse Primaire d'Assurance Maladie, pour examiner M. …âgé de…demeurant à…, certifie avoir procédé à ma mission ce jour… en mon cabinet médical.., l'assuré, le médecin traitant et le médecin conseil de la Caisse Primaire préalablement prévenus du lieu et de la date d'expertise.

Rappel intégral du protocole d'expertise

1° arguments de l'assuré

2° avis du médecin traitant

3° avis du médecin conseil

4° mission de l'expert

Doléances au jour de l'expertise (recueil des plaintes, descriptif des douleurs)

Commémoratif (histoire de la maladie)

Antécédents (uniquement si en rapport ou ayant une incidence avec l'objet du litige)

Examen clinique

Documents consultés

Discussion

Conclusions : reprendre la(les) question(s) posée(s) et répondre par oui ou par non (ou par une date)

Date et signature

tableau II : plan type du rapport d'expertise médicale de sécurité sociale

Abréviations

AT/MP : accident du travail/maladie professionnelle

Cass soc : chambre sociale de la cour de cassation

CNITAAT : Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail

CPAM : Caisse primaire d'assurance maladie

CRA : Commission de recours amiable

CRAM : Caisse régionale d'assurance maladie

CSS : Code de la sécurité sociale

DDASS : Direction départementale des affaires sanitaires et sociales

IJ : indemnités journalières

IPP : incapacité permanente partielle

TASS : Tribunal des affaires de sécurité sociale

TCI : Tribunal du contentieux de l'incapacité

TGI : Tribunal de grande instance

Remerciements
A Monsieur le Docteur Guerlesquin, médecin conseil chef de service, CPAM d'Amiens, pour ses précieux conseils.

Points essentiels

Les litiges d'ordre médical, en cas de désaccord entre l'assuré, son médecin traitant et le médecin conseil de la caisse sont réglés par la procédure de l'expertise médicale définie à l'article L. 141-1 du code de la Sécurité sociale.

En matière d'accident du travail et de maladie professionnelle, il s'agit notamment des difficultés relatives à l'imputabilité des lésions, à l'acceptation d'une rechute, à la fixation de la date de guérison ou de consolidation, à un désaccord sur le diagnostic pour la reconnaissance ou non d'une maladie professionnelle.

En assurance maladie, sont notamment concernés les litiges portant sur la stabilisation d'un état permettant la mise en invalidité, la date d'aptitude à un travail.

Le médecin expert est désigné par le médecin traitant et le médecin conseil. Son avis s'impose à la caisse et à l'assuré. Le patient, le médecin conseil et le médecin traitant sont convoqués à l'expertise.

Les conclusions de l'expertise sont envoyées dans les 48 heures et le rapport d'expertise est envoyé dans le mois (à compter de la réception du protocole).

B I B L I O G R A P H I E

I – **OUVRAGES ET MANUELS**

AUBY (J.M.), PEQUIGNOT (H.), SAVATIER (R. et J.), *Traité de droit médical*, éd. Librairie technique, 1956.

BADEL (M.), *Droit de la sécurité sociale*, Coll. Ellipses, 2007.

BIHL (L.), *Le contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole*, Librairie technique, 1971.

BRUNET (J.), Roche (L.), VEDRINE (J.), FERRY (A.M.), *L'expertise médicale dans le cadre de la sécurité sociale*, Masson, 1967.

DICTIONNAIRE PERMANENT – SOCIAL, *Le contentieux de la sécurité sociale*, Editions législatives (mise à jour 22 avril 2009), p. 1149 à 1174.

DUPEYROUX (J.J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la sécurité sociale*, p. Dalloz, éd. 2011.

HUREAU (J.), POITOUT (D.), L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, MASSON 2ème éd., 2005.

LABORDE (J.P.), *Droit de la sécurité sociale*, PUF 2005 – Coll. Thémis.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, éd. 2009.

MORVAN (P.), *Droit de la protection sociale*, Lexis Nexis, éd. 2011.

WELSCH (S.), *Responsabilité du médecin, risques et réalités judiciaires (responsabilité civile, pénale et disciplinaire)*, éd. Litec, 2000.

II - **THESES**

CHAZAL (A.), *L'expertise médicale dite "technique" en matière de sécurité sociale*, Clermont-Ferrand, 1966.

CONTIS (M.), *Secret médical et évolution du système de santé*, Toulouse, 2001.

GARRIGUES (J.), *Le contentieux de la sécurité sociale*, Paris, 1948.

GENTIL, *Le contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole*, Rennes, 1956.

LECLERC (O.), Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, Université Paris X 2003.

LENOIR (Dr), *Le secret médical en matière de sécurité sociale*, Paris, 1953.

MEMETEAU (G.), *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin*, Poitiers, 1973.

MOREAU (J.), *L'urgence médicale*, Aix-Marseille, 2004.

TAURAN (T.), Contribution à l'étude des régimes spéciaux de sécurité sociale, Bordeaux, 1996.

THOUVENIN (D.), *Le secret médical en droit français*, Lyon III, 1977.

TUFFET, *Le plan français de sécurité sociale*, Paris, 1947.

III – MEMOIRES

MATHIEU (J.), *L'expertise médicale prévue à l'art. L. 141-1 CSS*, Rennes, 1988.

MOULLEC (G.), *Pompiers et transports sanitaires*, Aix-Marseille, 1984.

IV – RAPPORTS

CERDRID (centre de recherche critique sur le droit), *Naissance et évolution d'une juridiction, le contentieux général de la sécurité sociale entre ordre judiciaire et ordre administratif*, rapport de recherches, mars 2007, Université Jean Monnet, Saint-Etienne.

GAILLAC (H.), YAHIEL (M.), *Le contentieux de la sécurité sociale : bilan et perspectives, Rapport de 1983 au Ministre des affaires sociales et de la solidarité et au Ministre de la justice*.

V – REVUES

Bulletin juridique de la Fédération Nationale des Organismes de sécurité sociale (puis de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés).

Bulletin de jurisprudence sociale de l'Union des industries métallurgiques et minières.

Concours médical (le).

Dalloz.

Droit ouvrier.

Droit social.

Gazette du Palais.

Journal de médecine légale, droit médical.

Revue de droit sanitaire et social.

Revue de jurisprudence sociale.

VI – ARTICLES

ATIAS-LETREMY (Ch.)
Une éclipse dans la protection jurisprudentielle des assurés sociaux sur le choix de l'établissement de soins, Droit social, 1975, p. 539.

BONNET (R.)
L'enseignement de la sécurité sociale en France, Droit social 1971, p. 138.

BORDELOUP (M.)
Réflexions sur l'expertise médicale dans le droit de la sécurité sociale, Questions de sécurité sociale, décembre 1966, p. 300.

BOURLA (A.)
Quelques réflexions sur le rôle de l'expert judiciaire en matière de responsabilité médicale, Médecine et droit, 1998, n°29.

BRUNET (J.P.)
L'expertise médicale en matière d'assurances sociales et d'accidents du travail : notion de médecin traitant, Gaz. Pal. 20.01.1977, doctrine, p. 2 ; *Sanction de certaines formalités de l'expertise médicale prévues par le D. 07.01.1959*, Gaz. Pal. 18.03.1972, p. 8.

DAUBECH (L.)
Le malade à l'hôpital, Collection Action Santé, mars 2000.

DOLL
Le médecin expert face au secret médical, la Semaine juridique, 01.11.1972, Doctrine 2502.

DONNADIEU (R.)
Droit public et droit social en matière de sécurité sociale, Act. du colloque Droit public et Droit social (Montpellier, 1990), Droit social, 1991, p.231 et suiv.

DOURIEZ (P.)
Le médecin conseil est tenu au secret médical à l'égard des services administratifs de la Caisse, Le concours médical, 1953, n°42, p. 3479. ; *L'expertise médicale en matière de sécurité sociale discutée devant le Parlement*, le concours médical, 13.01.1962, p. 221.

GAUCHER (G.) et VACHET (G.)
Libres propos sur le TASS, sem. soc. Lamy, n°248, 1985.

HARICHAUX (M.)
Conditions de remboursement des frais de transport par l'assurance maladie, RDSS 1985, p. 229-230, RDSS 1986, p. 212, renvoi 14.

KERSCHEN (N.)
La doctrine du rapport Beveridge et le plan français de sécurité sociale de 1945, Droit ouvrier, octobre 1995, p. 415.

LAROQUE (P.)
Quarante ans de sécurité sociale, propos introductifs, Revue française des affaires sociales, juin-septembre 1985 (n° spécial), *Au Service de l'Homme et du Droit, Souvenirs et Réflexions*, Doc. fr. 1993.

LINDON (R.)
L'expert 33 en matière de sécurité sociale, JCP 1958, doctrine 1412.

MARGUENAUD (J.P.)
Le droit à l'expertise équitable, Dalloz 2000, chronique p. 111.

MONNEROT et DUMAINE
Encore la question de l'imputabilité des hernies, La presse médicale, 28.12.1963, n°56

NEAU-LEDUC (C.)
Les juges et le droit social, Droit social, sept/oct. 2010.

NICOURT (B.)
Le contradictoire dans l'expertise civile, Médecine et droit, n°6 mai/juin 1994.

OLIVIER (M.)
Une nouvelle rubrique sur les listes judiciaires : les médecins experts spécialisés en matière de sécurité sociale, Journal de médecine légale, droit médical 1987, T 30 n°2 p. 95-101 ; *De nouveaux venus sur la liste des experts judiciaires : les experts spécialisés en matière de nomenclature, d'actes professionnels et d'actes de biologie médicale,* Journal de médecine légale, droit médical 1997, vol. 40 n°3, p. 179-184.

PANETTA (C.)
Réflexion du juge civil sur le domaine de l'expertise médicale, Journal de médecine légale, droit médical 2000, vol. 43 n°4 p. 295-298.

PECKELS (B.)
Pour un statut de l'expert, Revue experts mars 2001, n°50.

PUJOL (L.) et ROCHE (L.)
L'expertise médicale en matière de sécurité sociale, RDSS 1976, n° spécial ("Médecine et Société") 1976-186.

RIVERO (J.), VEDEL (G.)
Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule, droit social 1947 vol. 31.

SAINT-JOURS (Y.)
Un ordre juridique social : pourquoi ? RFAS 1993, p. 87 ; *la perspective d'un ordre juridique social : utopie ou prémonition ?* Droit ouvrier, mai 1993, p. 167.

SARGOS (P.)
Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical, JCP, La semaine juridique, EG n°50, 08.12.2004, doctrine 2244.

SUMIEN (P.)
La réorganisation du contentieux de sécurité sociale, Gaz. Pal. 1947, Doctrine p. 19.

SUPIOT (A.)
L'impossible réforme des juridictions sociales, RFAS, 1993.

TAURAN (Th.)
La consolidation en droit de la sécurité sociale, RDSS n° 6 nov-déc. 2012.

WAQUET (Ph.)
Qu'est-ce que juger ? Droit social 2010, p. 1015 et suiv.

VII – NOTES DE JURISPRUDENCE

A.J.L.B.
L'expertise médicale de l'art. 33 ord. 19.10.1945 applicable aux AT, un exemple de jurisprudence, Note sous Cass. soc. 28.07.1951, JCP 1952, doctrine 972.

BOUJEKA (A.)
Aides sociales, suppression des commissions départementales des travailleurs handicapés, recours de plein contentieux, Note sous C.E. (avis) 06.04.2007, n°293 328, RDSS nov/déc. 2007-1106.

BRUNET (J.P.)
Note sous Cass. soc. 13.05.1976, JCP 1978-II-18884.

JAMBU-MERLIN
Note sous Cass. soc. 07.10.1966, Droit social 05.1967, p.338.

LEVY (M.J.)
La commission départementale des handicapés est compétente pour connaître des décisions de la COTOREP concernant l'orientation de la personne handicapée et les mesures propres à assurer son reclassement, Note sous Tribunal des conflits 14.03.1988 et Cour de Dijon 15.09.1987, RDSS juil/sept. 1988-604.

PRETOT (X.)
Note sous cass. soc. 20.01.1994, Dalloz 1995, sommaire 38 ; obs. sous même arrêt, *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale, expertise médicale*, Dalloz 2ème édition 1998, p.570.

SAINT-JOURS (Y.)
De la nécessité d'une réforme de l'expertise médicale en matière de sécurité sociale, n ote sous cass. soc. 26.06.1985 et Cour d'Amiens 18.05.1987, RDSS 1988-75 ; *Quid de l'appréciation par les juges du fond d'un rapport d'expertise médicale ?* Note sous Cass. soc. 02.02.2000, Dalloz 2000-J 531.

SAVATIER (R.)
Note sous CPI de Limoges 07.11.1958, Dalloz 1959-J 424.

VOIRIN (P.)
Note sous cass. civ. 2ème 10.01.1962, Droit social juin 1962, p.377 ; Note sous cass. soc. 14.05.1963, Droit social sept/oct. 1963, p.512 ; Note sous Cass. soc. 29.01.1969, Droit social sept/oct. 1969 p. 541.

Commentaires de la DGSS sous Cass. civ. section sociale 25.10.1960, BJ FNOSS 15-1961.

Note de la FNOSS sous arrêt Cass. civ. 2ème 30.11.1960, BJ FNOSS 6-1961.

Note sous arrêt Cass. soc. 12.11.1998, RJS/99 n°305.

Note sous Cass. soc. 08.03.2001, RJS/2001 n°1227.

Note sous arrêt Cour de Paris 30.01.2003 (1ère chambre section B), Gaz. Pal. 12 au 14.10.2003, p. 24.

Note sous arrêt Cass. civ. 2ème 01.07.2003, RJS/2003 n°1222.

Note sous arrêt Cass. civ. 2ème 29.06.2004, RJS/2004-04 n°1106.

Note sous Cass. civ. 2ème 31.05.2006, NP 04.30389, Cahiers sociaux du Barreau de Paris, S424 (arrêt de renvoi Cour de Nîmes 04.11.2008 n°1493 bis).

Note sous Cass. civ. 2ème 14.09.2006, RJS/2006 n°1225, Dalloz 2006 IR 2349 (arrêt de renvoi Cour de Montpellier 11.06.2008 n°1158, le quatrième après renvoi).

Note sous Cass. civ. 2ème 25.10.2006, RJS/2007 n°118.

Note sous Cass. civ. 2ème 16.10.2008, RJS/2008 n°2144.

Note sous Cass. civ. 2ème 13.11.2008, NP 07.18364.

Note sous avis cass. 20.09.2010, RJS/2011 n°76.

Note sous Cass civ. 2ème 07.10.2010, RJS/2010 n°989.

Note sous Cass. civ. 2ème 17.02.2011, RJS/2011 n°471.

VIII – CODES

Code de la sécurité sociale (CSS), et not. L.141-1 à 3 et R.141-1 à 10, R.142-24 et 24-1, R.142-39.

Code rural (not. art. R.751-133 à 135).

Code de l'action sociale et des familles (CASF), L.241-6 et 9.

Code du travail et not. L.6313-1 pour sa connexité avec l'art. L.323-3-1 CSS.

Code de procédure civile (CPC), art. 175 et suiv., 232 et suiv. et not. 263.

Code de déontologie médicale (inclus dans Code de la santé publique), art. R.4127-1 à 112, D. 29.07.2004.

IX – CIRCULAIRES

Circulaire ministérielle 53 SS en date du 04.06.1959 (non publiée au J.O.).

Circulaire CNAMTS n°273 en date du 20.10.1992.

Circulaire CNAMTS 09-2007 en date du 20 février.

Circulaire MSA Caisse centrale 2005-031 en date du 08 juillet.

X – ARTICLES (OU ENCORE ETUDES PRATIQUES)

MANAOUIL (C.), MARGRAFF (A.), GRASER (M.), JARDE (O.), *L'expertise médicale de sécurité sociale selon l'art. L.141-1 CSS,* Arch. CH Nord-Amiens, 2005, reproduction intégrale en annexe III de la thèse.

SITES INTERNET

www.legifrance.gouv.fr

www.cour-de-cassation.fr

www.social.gouv..fr

www.ladocfrancaise.gouv..fr

www.santé.gouv.fr

www.echr.coe.int(C.E.D.H.)

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

ABREVIATIONS ET ACRONYMES **p.4**

SOMMAIRE **p.6**

INTRODUCTION **p.7**

PREMIERE PARTIE : DOMAINE ET MISE EN OEUVRE DE L'EXPERTISE MEDICALE **p.19**

CHAPITRE I : **LE DOMAINE D'INTERVENTION DE L'EXPERTISE MEDICALE** **p.24**
Section I : La notion de difficulté d'ordre médical ou la place de l'EM à l'intérieur du contentieux général **p.25**
§ 1 : Le principe général **p.26**
§ 2 : Les textes particuliers **p.30**
§ 3 : Les difficultés propres à la mise en œuvre de l'EM **p.32**
A/L'orientation de nombre de litiges d'ordre médical vers le contentieux général **p.32**
B/La contribution des juridictions du fond aux difficultés **p.35**
C/Discussion **p.37**
§4 : L'œuvre véritablement prétorienne **p.46**
A/Les difficultés liées à la place de la DOM et donc de l'EM face à la présomption d'imputabilité **p.47**
B/Les difficultés liées à la guérison ou à la consolidation en matière d'AT/MP **p.49**
1°) La confusion fréquente entre consolidation et aptitude à la reprise du travail **p.50**
2°) La dispute entre la consolidation et la nécessité de soins postérieurs **p.55**
3°) La dispute entre l'absence de modification de l'état consolidé et la rechute **p.55**
C/Le cas de décès de la victime **p.57**
D/L'expertise médicale sur intervention de l'employeur **p.58**
1°) L'ébauche d'une applicabilité de l'EM à l'action de l'employeur dans l'instance opposant la caisse à la victime **p.60**
2°) L'exclusion de l'employeur de l'EM dans l'instance opposant la caisse à la victime **p.61**
E/Les difficultés liées à la stabilisation en matière d'assurances sociales **p.65**
Section II : **Le cantonnement de l'expertise médicale au contentieux général : expertise médicale et contentieux technique** **p.67**
§ 1 : l'origine ancienne de la distinction de principe **p.69**
§ 2 : L'exception au principe **p.72**
A/ L'art. L. 751-32 code rural **p.72**
B/ L'art. L.752-27 code rural (invalidé par le Conseil Constitutionnel) ou l'art. R.142-49 code rural **p.75**
§ 3 : Le renforcement de la distinction **p.75**
§ 4 : Les difficultés de compétence **p.77**
A/ Le sens générique des états visés à l'art. L.143-1 CSS **p.77**
B/ L'existence d'une mesure induisant l'évaluation des états en cause et la dévolution de sa contestation à l'EM **p.81**

CHAPITRE II : **LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE** **p.85**
Section I : **Le déclenchement de la procédure** **p.86**
§ 1 : L'absence d'initiative propre de la caisse (ou expertise facultative) en matière d'AT/MP, ou l'exigence d'une divergence entre le MC et le MT **p.87**
§ 2 : Le principe du déclenchement de l'expertise sur demande du malade ou de la victime **p.89**
§ 3 : Le déclenchement de l'expertise sur demande des juridictions compétentes **p.90**
Section II : **Le choix de l'expert** **p.93**
§ 1 : La désignation de l'expert d'un commun accord entre le MC et le MT **p.95**
A/ L'initiative du choix **p.95**
B/ L'étendue du choix **p.106**
C/ Les modalités de désignation de l'expert par le MC et le MT ou l'existence de leur commun accord **p.110**
§ 2 : La désignation de l'expert par le directeur général de l'ARS **p.112**
A/ Les cas de désignation de l'expert par le directeur général de l'ARS **p.113**
B/ L'étendue du choix **p.116**
§ 3 : La désignation de l'expert par la juridiction compétente **p.120**

Section III : **Le protocole d'expertise et la mission de l'expert** **p.120**
§ 1 : Les mentions constitutives du protocole **p.122**
A/ Les mentions obligatoires du protocole **p.123**
1°) L'avis du médecin traitant **p.123**
2°) L'avis du médecin conseil **p.124**
3°) Les motifs invoqués par le malade ou la victime **p.125**
4°) La mission de l'expert **p.126**
B/ Les mentions complémentaires et les annexes au protocole **p.126**
§ 2 : La mission de l'expert **p.128**
A/ L'objet de la mission **p.130**
B/ Le mode de fixation de la mission **p.132**
1°) Cas où la procédure est initiée par les parties **p.132**
2°) Cas où la procédure est initiée par le juge **p.139**
§ 3 : La saisine de l'expert **p.146**

CHAPITRE III : **L'EXPERTISE** **p.148**
Section I : **Les opérations d'expertise** **p.149**
§ 1 : La convocation du MC et du MT **p.150**
§ 2 : L'examen du malade ou de la victime **p.152**
A/ Les conditions de réalisation de l'examen du malade ou de la victime **p.153**
1°) L'examen lui-même **p.153**
2°) Les délais impartis à l'expert **p.155**
B/ Moyens de l'expert pour l'exécution de sa mission **p.157**
Section II : **Les suites de l'expertise** **p.160**
§ 1 : Les documents d'expertise **p.161**
A/ L'établissement et la communication des conclusions motivées de l'expert **p.161**
B/ Le rapport d'expertise **p.164**
1°) La configuration du rapport d'expertise **p.165**
2°) Le dépôt et la communication du rapport d'expertise aux parties **p.169**
§ 2 : La décision après expertise **p.172**
A/ La décision de caractère administratif prise par la caisse **p.173**
B/ La décision de caractère judiciaire **p.178**
§ 3 : Le secret médical et la communication des documents d'expertise aux serv. adm. de la caisse et aux juridictions **p.180**
A/ La communication des documents d'expertise aux serv. adm. de la caisse **p.182**
1°) Le secret professionnel et l'avis du Conseil d'Etat en date du 2 juin 1953 ..... **p.183**
2°) L'effacement possible du secret professionnel (médical) en application de la position "civiliste" de la Cour de cassation **p.185**
B/ La communication des documents d'expertise aux juridictions **p.187**
1°) L'exacte portée des dispositions concernant la communication du rapport d'expertise aux juridictions **p.188**
2°) Les difficultés restantes et la position "civiliste" de la Cour de cassation **p.188**
3°) L'insuffisance des dispositions du décret du 19 mai 1992 (art. R. 142-24-1 al. 1, 2 et 3 CSS) **p.191**
Section III : **Les frais d'expertise** **p.192**
§ 1 : Nature et tarification des frais d'expertise **p.193**
§ 2 : La prise en charge des frais d'expertise **p.195**
A/ Cas de l'EM initiée par la caisse **p.195**
B/ Cas où l'EM est ordonnée par la juridiction **p.196**

DEUXIEME PARTIE : PORTEE DE L'AVIS DE L'EXPERT ET AVENIR DE L'EXPERTISE MEDICALE **p.199**

CHAPITRE I : LA PORTEE DE L'AVIS DE L'EXPERT **p.201**
Section I : **Un avis doté d'une force probante sans préjudice de recours** **p.201**
Section II : **Les conditions substantielles de validité de l'expertise** **p.207**
§ 1 : Les conditions substantielles de forme **p.207**
A/ Les conditions substantielles de désignation de l'expert **p.207**
B/ Les conditions substantielles relatives à l'établissement du protocole et de la mission d'expertise **p.211**
C/ Les conditions substantielles des opérations d'expertise **p.214**

D/ Les conditions substantielles relatives à l'établissement et à la communication des conclusions motivées et du rapport d'expertise **p.215**
§ 2 : Les conditions substantielles de fond ou les qualités intrinsèques de l'avis de l'expert **p.219**
A/ L'avis doit être clair, précis, dépourvu d'ambiguïté et non équivoque **p.220**
B/ L'avis doit être complet et définitif **p.221**

Section III : **Les mesures à prendre au cas d'irrégularité ou d'insuffisance de l'expertise** **p.222**
§ 1 : L'amplification des difficultés ou la confusion entre la difficulté proprement judiciaire liée à l'application d'une expertise antérieure et la DOM elle-même survenant en cours d'instance contentieuse **p.223**
§ 2 : Les difficultés relatives aux mesures à prendre au cas d'irrégularité substantielle de forme de l'expertise **p.225**
§ 3 : Les difficultés liées aux mesures à prendre au cas d'insuffisance de fond de l'expertise **p.228**
A/ Le cas de manque de clarté de l'avis de l'expert **p.228**
B/ Cas où l'avis de l'expert est seulement incomplet **p.230**
Section IV : **L'avis de l'expert face à une demande de nouvelle expertise et/ou à la présomption d'imputabilité en matière d'AT/MP** **p.232**

CHAPITRE II : L'AVENIR DE L'EXPERTISE MEDICALE **p.237**
Section I : **L'attraction de l'expertise judiciaire ou l'exemple du régime dérogatoire propre aux AT/MP dans le domaine agricole** **p.239**
§ 1 : Les principes fondamentaux de l'expertise judiciaire de droit commun (CPC) **p.243**
A/ Le caractère de subsidiarité de l'expertise et son cantonnement au domaine du fait **p.243**
B/ L'expert, un auxiliaire du juge **p.246**
§ 2 : Les limites à l'opposition à l'EM de l'expertise judiciaire définie par le CPC ou l'exemple du régime propre aux AT/MP dans le domaine agricole **p.259**
A/ Le nouvel examen médical (NEM) **p.259**
B/ L'expertise judiciaire ou l'ombre des règles de la PEM **p.261**
C/ Le "noyau dur" de l'expertise judiciaire définie par le CPC **p.263**
Section II : **La difficile suppression de l'expertise médicale** **p.264**

CONCLUSION **p.270**

ANNEXES **p.276**

BIBLIOGRAPHIE **p.326**