

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du vingt-trois mai deux mille dix-neuf

Composition:

M. Pierre Calmes, président de chambre à la Cour d'appel,	président
Mme Mylène Regenwetter, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme Michèle Raus, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
M. Aly Schumacher, viticulteur, Wormeldange,	assesseur-employeur
M. Jean-Claude Delleré, délégué permanent, Lannen,	assesseur-assuré
M. Francesco Spagnolo,	secrétaire



ENTRE:

l'Association d'assurance accident, établie à Luxembourg, représentée par son président actuellement en fonction,
appelante,
comparant par Madame Estelle Plançon, employée, demeurant à Luxembourg;

ET:

X, née le [...], demeurant à [...],
intimée,
comparant par Madame Sabrina Pereira, représentante du syndicat OGBL, demeurant à Luxembourg, mandataire de l'intimée suivant procuration spéciale sous seing privé en date du 30 avril 2019.

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 2 août 2018, l'Association d'assurance accident a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 6 juin 2018, dans la cause pendante entre elle et X, et dont le dispositif est conçu comme suit: Par ces motifs, le Conseil arbitral de la Sécurité Sociale, statuant contradictoirement et en premier ressort, réformant la décision du comité-directeur du 24 septembre 2015 faisant l'objet du recours G 515/15, dit que la requérante a droit à une indemnité pour préjudice physiologique et d'agrément définitif correspondant à un taux d'incapacité partielle permanente de 12% du chef de l'accident du travail du 11 janvier 2012 ; dit que la requérante a droit à une indemnité pour douleurs physiques endurées jusqu'à la consolidation (degré 3) ; dit que l'instance introduite par le recours G 220/13 est à rayer du rôle.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 2 mai 2019, à laquelle le rapporteur désigné, Madame Mylène Regenwetter, fit l'exposé de l'affaire.

Madame Estelle Plançon, pour l'appelante, déclara renoncer à la demande principale formulée dans le dispositif de l'acte d'appel et elle maintint la demande subsidiaire.

Madame Sabrina Pereira, pour l'intimée, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 6 juin 2018 et elle s'opposa à un renvoi de l'affaire devant l'expert judiciaire.

Après prise en délibéré de l'affaire le Conseil supérieur rendit à l'audience publique de ce jour, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'arrêt qui suit:

Le 11 janvier 2012, X a subi un accident du travail où, en glissant, elle est tombée sur un monte-escalier et le diagnostic de contusions au niveau de l'épaule gauche, du coude et du nerf ulnaire gauche a été posé.

L'incapacité de travail totale en relation avec cet accident a été indemnisée par une rente complète du 25 février 2013 jusqu'au 24 mars 2013 et l'indemnisation et la prise en charge des prestations en espèces et en nature a été prolongée jusqu'au 30 avril 2013.

Suivant décision du 24 septembre 2015, le comité directeur de l'Association d'assurance accident (AAA) a, par confirmation de la décision présidentielle du 13 avril 2015, refusé de faire droit à la demande en obtention d'indemnités pour préjudices extrapatrimoniaux au motif que, d'après l'avis émis par le médecin-conseil du Contrôle médical de la sécurité sociale (CMSS), l'assurée n'est pas atteinte d'une IPP en relation avec l'accident du travail dont elle fut victime le 11 janvier 2012.

Saisi du recours dirigé par X contre cette décision, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, par jugement avant dire droit du 19 janvier 2017, procédé à l'institution d'une expertise en nommant à cet effet le docteur Birgit SCHMITZ-VOLKMANN, et en lui confiant la mission suivante :

1. s'il subsiste des séquelles fonctionnelles résiduelles imputables à l'accident du travail du 11 janvier 2012 réduisant la capacité de gain et, le cas échéant, de se prononcer sur le degré de l'IPP dont est affectée la requérante en relation avec les séquelles de cet accident professionnel ;
2. en cas d'existence de séquelles fonctionnelles résiduelles imputables à l'accident et

réduisant la capacité de gain, de décrire les douleurs physiques endurées du fait de l'accident jusqu'à la consolidation et de les évaluer selon l'échelle prévue par le règlement grand-ducal du 17 décembre 2010.

Dans son rapport d'expertise judiciaire du 8 juin 2017, le docteur Birgit SCHMITZ-VOLKMANN a conclu à une réduction partielle permanente de la capacité de gain évaluée par un taux d'IPP de 12% et à une indemnité pour douleurs physiques endurées jusqu'à consolidation (degré 3).

Par jugement du 6 juin 2018, le Conseil arbitral a, en entérinant les conclusions du rapport médical du docteur Birgit SCHMITZ-VOLKMANN, déclaré le recours de X fondé.

Contre ce jugement, appel a été régulièrement interjeté par l'Association d'assurance accident suivant requête déposée le 2 août 2018 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'appelante, après s'être rapportée à prudence de justice en première instance, invoque principalement la violation du principe du contradictoire et sollicite un renvoi devant l'expert pour tenir compte des critiques médicales formulées par le docteur Robert APSNER, médecin-interniste, chef de département adjoint, le 9 juillet 2018, et demande, subsidiairement, la réformation du jugement entrepris en confirmant, sur base du dossier médical tel que mis en évidence par l'appelante, la décision du comité directeur du 24 septembre 2015.

L'intimée sollicite la confirmation du jugement entrepris et s'oppose à un renvoi devant l'expert judiciaire d'autant plus que la partie appelante n'aurait pas formulé la moindre critique médicale en rapport avec l'expertise devant les premiers juges. Elle estime, au contraire, qu'en se contentant de se rapporter à prudence, la partie appelante avait, du moins implicitement, approuvé le contenu du rapport d'expertise lequel ne saurait plus être mis en cause.

Il est exact, une fois le rapport d'expertise judiciaire déposé et communiqué aux parties, puis discuté à l'audience de première instance, que X a demandé son entérinement, tandis que l'AAA s'est rapportée à prudence de justice.

C'est encore à juste titre que l'AAA a soutenu que la partie qui s'en rapporte à prudence de justice sur le mérite d'une demande n'acquiesce pas à cette demande, mais, au contraire, la conteste.

En effet, ce rapport à justice s'analyse, non comme une approbation, mais comme une contestation, dont le bien ou le mal-fondé, est laissé à l'appréciation des juges du fond et n'équivaut pas à un abandon de ses prétentions. Le fait donc pour une partie de se rapporter à justice sur le mérite d'une demande de la partie adverse n'implique pas acquiescement à cette demande et ne prive pas celui qui s'est rapporté à prudence de la faculté de relever appel (cf. Arrêt de la Cour d'appel N°34/16 - III – TRAV Rôle n° 43220 du 10 mars 2016 ; cf. A, Conséquences d'un « rapport à justice » au regard du juge de cassation, S. J. 2001, Actualité No 7-8, 14 février 2001).

La Cour de cassation française, dans une longue lignée jurisprudentielle, affirme et réaffirme que le rapport en justice consiste, malgré les apparences, à élever une contestation au fond

(Cass civ 3^{ème} 16 juin 2016 n°15-16469), ce qui ne prive donc pas le plaideur de la possibilité d'exercer des recours contre la décision qui sera rendue (Cass civ 1, 9 juillet 2014 n°13-15709), mais le prive par contre dans l'instance d'appel de la possibilité de soulever ensuite une exception d'incompétence qui aurait dû être soulevée avant toute défense en fond (Cass civ 2^{ème} 7 juin 2007 n°06-15920).

Dans son acte d'appel, l'AAA soulève principalement la violation du respect du contradictoire puisque l'expert ne leur a pas soumis ses conclusions médicales pour prises de position, observations ou critiques avant de déposer son rapport d'expertise.

Le Conseil supérieur s'est, dans plusieurs arrêts, prononcé sur le caractère déterminant de l'avis des experts sur la décision et plus particulièrement sur le principe du contradictoire (arrêt de référence B du 22 décembre 2016, CSSS n° 2016/0278 ; arrêt du 24 mai 2018, CSSS n° 2018/0167), en retenant les développements suivants

L'article 472 du nouveau code de procédure civile dispose que l'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent.

L'article 366 du nouveau code de procédure civile dispose que lors de l'exécution d'une mesure d'instruction, les parties peuvent se faire assister par l'une des personnes habilitées par la loi.

Le principe du contradictoire des opérations d'expertise est dès lors expressément consacré par le nouveau code de procédure civile et signifie que l'expert doit mettre en mesure les parties de critiquer les opérations qu'il mène. A ce titre, il est tenu, en matière civile, de convoquer les parties aux opérations d'expertise. De même il doit leur fournir l'ensemble des documents sur lesquels il se fonde pour forger son opinion (cf. Le Juge et l'Expert, par Olivier Leclerc, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 443, n° 408).

Ces principes s'appliquent également en matière d'expertise médicale, étant toutefois entendu dans cette matière que le secret professionnel et le principe du respect de la vie privée constituent des limites à l'obligation de convoquer les parties aux opérations d'expertise. Dans le cas d'une expertise médicale, il faut retenir que l'examen médical proprement dit doit se faire dans le respect de l'intimité du corps humain, ce qui implique qu'il ait lieu en présence du seul médecin expert, le caractère intime ou la gravité de la pathologie présentée par la personne à examiner n'étant pas de nature à justifier une dérogation au prédict principe.

Si une expertise purement technique ne nécessite pas la convocation des parties (cf. Chronique de droit judiciaire privé, par Thierry Hoscheit, Pas 32, page 56), le technicien qui a procédé seul dans le cadre d'investigations purement matérielles ou techniques, doit cependant rétablir le contradictoire en soumettant le résultat de ses travaux à la discussion des parties avant qu'il ne puisse déposer son rapport (op. cit. page 58).

Il en résulte, d'une part, que l'expertise médicale n'implique pas la convocation des parties aux opérations d'expertise proprement dites, et, d'autre part, que l'expert, avant de déposer son rapport d'expertise, doit soumettre son rapport aux parties pour leur permettre de faire leurs observations ou réclamations, le cas échéant écrites, que l'expert devra prendre en considération.

Il résulte de la lecture de l'acte d'appel de l'AAA, qu'elle soulève principalement une violation d'une formalité substantielle, à savoir d'avoir été privée de son droit de prendre position par rapport au contenu du rapport avant son dépôt définitif, et il y a lieu d'analyser si une partie, en l'occurrence l'AAA, après s'être rapportée à prudence de justice en première instance, est encore recevable à soulever en instance d'appel une violation du principe du contradictoire, partant une violation d'une formalité substantielle du rapport d'expertise.

Au Luxembourg, les nullités de procédure sont encadrées par deux textes légaux. D'une part, l'article 1253 du nouveau code de procédure civile qui pose pour principe qu'il ne peut exister de nullité si un texte ne l'a pas formellement prévue, d'autre part, l'article 264 du code précité qui énonce deux conditions pour que l'exception de nullité d'un acte de procédure puisse être accueillie : l'exception doit être soulevée par l'adversaire avant toute défense au fond et l'irrégularité de l'acte doit avoir causé un préjudice à l'adversaire.

La doctrine luxembourgeoise (cf. Thierry HOSCHEIT, les nullités de procédure en droit judiciaire privé luxembourgeois, Bulletin du Cercle François Laurent, 1999-II, page 1) et la jurisprudence luxembourgeoise, pour ce qui est des nullités des rapports d'expertise, (cf. Cour d'appel, 11 juillet 2002, n°22129 du rôle ; Jugement civil, 8 novembre 2013, n°184/2013, 10 chambre) distinguent entre trois sortes d'irrégularités, à savoir:

- les irrégularités de fond portant atteinte à l'ordre public; à titre d'exemple on peut citer l'expertise non accomplie personnellement par l'expert commis, l'expertise faite par une personne frappée d'une incapacité absolue d'être expert;
- les irrégularités frappant des formalités substantielles, celles dont l'inobservation porte atteinte aux intérêts de l'une des parties; ces irrégularités se ramènent en principe au défaut du respect du caractère contradictoire de l'expertise;
- enfin les irrégularités secondaires, dont l'inobservation ne préjudicie pas aux intérêts légitimes des parties ou aux droits de la défense et qui sont sans influence sur la validité de l'expertise; les exemples cités par les auteurs sont: le retard dans le dépôt du rapport d'expertise, l'irrégularité dans la convocation aux réunions ou opérations d'expertise alors que les parties s'y sont présentées, le fait de ne pas avoir précisé l'identité du « sachant », comme l'impose l'article 299 de l'ancien code de procédure civile [article 442 du nouveau code de procédure civile], le fait d'avoir omis de mentionner les dires des parties en violation de l'article 329 du même code [article 472 du nouveau code de procédure civile], alors qu'il y a été implicitement répondu dans le rapport. (Tony Moussa, Dictionnaire juridique, Expertise en matière civile et pénale, 2^e éd. p. 269 et suivantes; Jacques Voulet, La pratique des expertises judiciaires, sub I, Jugement après expertise; JCL Proc. civ. fasc. 662, nos 209 et suivants).

Ces principes avaient été dégagés notamment à la suite de deux arrêts de principe (Cour Supérieure de Justice, appel civil, 20 janvier 1965, et, appel commercial, 25 janvier 1965, publiés à la Pas.19, pages 496 et suivants) souvent cités par des jurisprudences plus récentes, dont les deux décisions mises en évidence ci-dessus.

Les deux arrêts ont retenu « *que la loi n'a pas déterminé quelles sont les formalités qui sont prescrites à peine de nullité, qu'il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que ce n'est que l'inobservation d'une formalité substantielle qui peut entraîner la nullité de*

l'expertise et qu'encore faut-il que par cette inobservation il ait été porté atteinte aux droits de la défense et la doctrine et la jurisprudence admettent, en outre, que même ces formalités substantielles ne sont pas d'ordre public et que la nullité qui peut résulter de leur inobservation est couverte, si elle n'a pas été opposée par les parties avant toute défense au fond » et « les nullités de l'expertise en matière civile ou commerciale résultant de l'inobservation d'une formalité substantielle ne sont pas d'ordre public et sont couvertes par l'accord exprès ou tacite des parties et notamment par toute défense au fond ».

Ces décisions s'étaient en outre référées à l'ouvrage de Glasson et Tissier (traité théorique et pratique de procédure civile, 3^e édition, t.II, n°717, p.870) « *les nullités de l'expertise doivent être proposées avant de plaider sur le fond* » et au répertoire pratique du Droit belge (V°Expert-Expertise , n°50 et 56) « *les experts, avant de déposer leur rapport, doivent en donner lecture aux parties afin que celles-ci puissent, le cas échéant, faire acter toutes observations ou requérir tous travaux ou constatations complémentaires, mais ces formalités ne sont pas d'ordre public et leur omission peut toujours être couverte par les parties* ».

L'encyclopédie Dalloz (procédure civile et commerciale, édition 1956, Art.8, nullité de l'expertise, n°218,219 et 220) précise que les nullités qui intéressent l'ordre public peuvent être soulevées d'office et être proposées par tout intéressé, en tout état de cause et même pour la première fois en appel, tel serait le cas, si l'expert était frappé de l'incapacité absolue d'être expert par suite d'une condamnation ou de son interdiction ou encore si l'expertise avait été faite par un seul expert alors que la loi en exige trois, que les moyens tirés de l'inobservation d'une formalité substantielle doivent être présentés in limine litis, c'est-à-dire avant toute défense au fond, et que les moyens de nullité fondés sur l'atteinte portée aux droits de la défense ne peuvent être invoquées que par la partie que la loi a entendu protéger et qu'ils doivent eux aussi être proposés in limine litis.

Le code de procédure civile français a, suite à une longue lignée jurisprudentielle, consacré expressément en son article 175 que la nullité des décisions et actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction est soumise aux dispositions qui régissent la nullité des actes de procédure, et la Cour de cassation française a retenu que c'est à bon droit qu'une cour d'appel a décidé que l'exception de nullité de l'expertise était irrecevable pour avoir été soulevée pour la première fois devant elle (Cass. chambre civile 3^{ème}, 11 février 2004, n°02-19025), que la demande de nullité d'une expertise est une défense au fond et que la nullité est couverte du moment que des défenses au fond ont été présentées avant de soulever la nullité du rapport d'expertise (Cass. chambre civile 1^{ère}, n°427 du 30 avril 2014, 12-21.484) et que la cour d'appel a décidé à bon droit, sans encourir les griefs du moyen, que la nullité était couverte et la demande de X irrecevable du moment qu'il a présenté des défenses au fond avant de soulever la nullité partielle des conclusions de l'expert et les causes de nullité invoquées existaient dès le dépôt du rapport d'expertise (Cass.2^{ème} civ., 19 mai 2016, n°pourvoi : 15-17538 15-18026).

En l'espèce, l'AAA s'est rapportée à prudence de justice en première instance, conformément aux développements ci-dessus, elle a émis une contestation, donc elle pris position au fond, de sorte qu'elle n'est plus recevable à soulever ce moyen devant les juges du second degré après avoir conclu au fond en première instance, partant, en invoquant en instance d'appel, pour la première fois, une violation du principe du contradictoire, la nullité afférente est couverte par toute défense au fond présentée en première instance (cf. Cour supérieure de justice, appel civil, 20 janvier 1965 et appel commercial 25 janvier 1965 précités, Pas.19, pages 496 et suivants ; Arrêt du 28 mai 2003, n°23996 du rôle).

En cours de plaidoiries, l'AAA a déclaré renoncer à sa demande principale formulée dans le dispositif de son acte d'appel comme suit « *constater que le principe du contradictoire n'a pas été respecté et renvoyer le dossier auprès de l'expert afin de lui permettre de soumettre son rapport d'expertise à la libre discussion des parties et de prendre en considération, dans un rapport d'expertise complémentaire, tant les observations de la partie appelante que le cas échéant celles de la partie intimée* », donc au moyen tiré de la violation du principe du contradictoire, et a uniquement maintenu sa demande subsidiaire libellée comme suit « *constater que la décision du comité directeur de l'AAA du 24 septembre 2015 est légalement fondée et justifiée tant en fait qu'en droit et partant, par réformation, déclarer le recours de l'assuré non fondé et confirmer la décision du comité directeur* ».

Elle a considéré que même si elle renonce à invoquer la violation du principe du contradictoire, elle pourrait se prévaloir de la jurisprudence du Conseil supérieur où, suite au constat que l'expert n'a pas suffi à ces exigences, au lieu d'annuler le rapport d'expertise, le dossier est renvoyé devant l'expert afin de lui donner la possibilité de compléter son rapport au regard des exigences du contradictoire.

Or, un tel renvoi a été admis par le Conseil supérieur qu'après que le moyen tiré de la violation du principe du contradictoire fut déclaré recevable et fondé, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

Toujours est-il, qu'une partie peut toujours demander le renvoi devant l'expert en justifiant cette mesure notamment par la production d'un certificat médical contredisant les conclusions de l'expert.

Force est de constater, pour ce qui est de la demande subsidiaire formulée, que la décision du comité directeur de l'AAA du 24 septembre 2015 est infirmée par une expertise médicale judiciaire du 8 juin 2017 laquelle, contrairement aux développements afférents de l'AAA, a pris en considération toutes les pièces médicales (cf. rapport d'expertise pages 2 à 5, y compris le résultat des radios et les conclusions du docteur BUCHLER). La seule pièce postérieure au rapport d'expertise versée par l'AAA est une prise de position du docteur Robert APSNER du 9 juillet 2018 dans laquelle celui-ci estime que son avis du 1^{er} avril 2015 n'a même pas été mentionné par l'expert et il le reprend. Or, contrairement au soutènement de l'AAA, il résulte de la page 5/16 du rapport, avant-dernier aliéna, que l'expert se réfère à la décision présidentielle du 13 avril 2015 prise sur base de l'avis du 1^{er} avril 2015, donc l'avis et la décision qui s'en est suivie ont été mentionnés et étaient à la connaissance de l'expert. Le docteur Robert APSNER se réfère ensuite encore une fois à des pièces de 2012 et de 2013 qui étaient également à la disposition de l'expert judiciaire et lesquelles ont été discutées par lui.

Il en suit que l'AAA reste en défaut de présenter une critique médicale motivée et pertinente postérieure à l'expertise de nature à prendre concrètement position par rapport à l'anamnèse, l'exploration et l'analyse médicale effectuées par l'expert judiciaire et ne fournit aucun argument à l'encontre de la motivation juridique retenue par les premiers juges pour entériner ce rapport d'expertise judiciaire.

L'appel est partant non fondé et le jugement est à confirmer.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,

reçoit l'appel en la forme,

donne acte à la partie appelante qu'elle renonce à son moyen principal tiré de la violation du principe du contradictoire,

déclare l'appel non fondé,

partant confirme le jugement entrepris.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 23 mai 2019 par Monsieur le Président Pierre Calmes, en présence de Monsieur Francesco Spagnolo, secrétaire.

Le Président,
signé: Calmes

Le Secrétaire,
signé: Spagnolo