

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 119/24 - II - CIV

Audience publique du vingt-six juin deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2022-00730 du rôle

Composition:

Danielle SCHWEITZER, président de chambre,
Béatrice KIEFFER, premier conseiller,
Martine WILMES, premier conseiller,
Alexandra NICOLAS, greffier.

E n t r e :

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

appellant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, du 15 juillet 2022,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) **PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.),** demeurant à L-ADRESSE2.),

intimée aux fins du prédit exploit Laura GEIGER du 15 juillet 2022,

comparant par Maître Anne BAULER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'établissement public **CAISSE NATIONALE DE SANTE**, établi et ayant son siège social à L-1471 Luxembourg, 125, route d'Esch, inscrit au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représenté par le président de son comité directeur actuellement en fonctions,

intimé aux fins du prédit exploit Laura GEIGER du 15 juillet 2022,

n'ayant pas constitué avocat à la Cour.

L A C O U R D ' A P P E L :

Il est constant en cause qu'en raison de douleurs persistantes à la hanche gauche depuis 2013, PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) (ci-après PERSONNE2.)) s'est adressée au début de l'année 2015 au médecin PERSONNE1.) (ci-après PERSONNE1.)).

À la suite de deux radiographies réalisées les 9 février et 4 septembre 2015, il a été décidé de procéder à une intervention chirurgicale consistant à la mise en place d'une prothèse de hanche gauche selon un croquis préopératoire et un schéma représentant la position de la prothèse au niveau de la hanche gauche avec une prothèse SPOTORNO.

L'opération litigieuse a été réalisée le 28 septembre 2015, suivie d'une hospitalisation au HÔPITAL1.) du 27 septembre au 9 octobre 2015. Il est admis que PERSONNE1.) n'a pas mis en place la prothèse SPOTORNO, tel qu'initialement envisagé.

À la suite de cette opération, PERSONNE2.) a fait état d'un allongement au niveau du membre inférieur gauche de sa jambe l'obligeant à marcher avec les jambes écartées et un flexum au niveau du genou gauche.

Le 18 novembre 2015, le docteur PERSONNE3.) a procédé à une nouvelle intervention chirurgicale, suivie d'une hospitalisation du 17 au 23 novembre 2015 pour procéder à une révision d'une prothèse totale de la hanche gauche.

Par exploit d'huissier de justice du 20 août 2018, PERSONNE2.) a fait donner assignation à PERSONNE1.) et à l'établissement public CAISSE NATIONALE DE SANTE (ci-après la CNS) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour voir condamner PERSONNE1.), selon le dernier état des conclusions de PERSONNE2.), à lui payer à titre de dommages et intérêts pour préjudices subis en relation causale avec l'exécution non conforme des obligations lui incombant en tant que médecin, les montants suivants :

- la somme de 2.057 EUR au titre du déficit fonctionnel temporaire subi,
- la somme de 3.540 EUR au titre de l'aide d'une tierce personne,

- la somme de 6.000 EUR à titre de pretium doloris,
- la somme de 5.000 EUR à titre de préjudice moral,
- chaque fois avec les intérêts au taux légal à compter du 28 septembre 2015, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde,
- la somme de 1.046,52 EUR au titre du dommage matériel, avec les intérêts au taux légal à compter du 27 janvier 2016, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde,
- la somme de (2.745,22 + 4.163,61 =) 6.908,83 EUR, augmentée par voie de conclusions notifiées le 23 octobre 2019 d'une somme supplémentaire de 6.727,50 EUR au titre des frais de procédure et d'avocat, avec les intérêts au taux légal à compter de la demande en justice, jusqu'à solde.

PERSONNE2.) a demandé que le jugement soit déclaré commun à la CNS.

Elle a basé sa demande à l'encontre de PERSONNE1.) sur la responsabilité contractuelle des articles 1134, 1135, 1142 et 1147 du Code civil, sinon subsidiairement sur la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1383 du même Code.

A l'appui de ses demandes, PERSONNE2.) a fait valoir que l'intervention pratiquée par PERSONNE1.) a été une intervention courante ne présentant pas la moindre difficulté technique. Il se serait avéré que PERSONNE1.) n'avait pas mis en place la prothèse SPOTORNO, tel qu'initialement envisagé et que dès le premier jour suivant l'intervention chirurgicale, elle aurait dû constater que sa jambe gauche (opérée) présentait une différence de longueur par rapport à sa jambe droite.

PERSONNE1.) l'aurait rassurée quant au rétablissement de son état et lui aurait prescrit des séances de rééducation et des massages. Il aurait également prévu un rendez-vous rapproché en vue de l'ablation des fils. Les fils auraient cependant finalement été retirés par une infirmière et l'absence de PERSONNE1.) aurait eu pour conséquence qu'aucun rendez-vous de contrôle n'aurait été fixé.

Face à la différence de longueur de ses jambes, elle aurait alors, sur conseil de son médecin généraliste, consulté d'autres spécialistes, à savoir le docteur PERSONNE3.), spécialiste en orthopédie, qui l'aurait informée de la nécessité de recourir à une intervention chirurgicale dans les meilleurs délais pour procéder à l'extraction de la tige fémorale avant que celle-ci ne soit trop fixée à l'os et le Professeur PERSONNE4.), chirurgien orthopédiste à ADRESSE3.), qui aurait confirmé la nécessité d'intervenir au plus vite pour procéder au remplacement de la prothèse de hanche. En effet, plus la tige fémorale resterait en place, plus il y aurait des difficultés pour l'extraire.

En date du 18 novembre 2015, le docteur PERSONNE3.) aurait dès lors procédé à une nouvelle intervention chirurgicale, suivie d'une hospitalisation du 17 au 23 novembre 2015 pour procéder à une révision d'une prothèse totale de la hanche gauche. Après avoir regagné son domicile le 23 novembre 2015, PERSONNE2.) aurait dû être hospitalisée à nouveau du 24 au 26 novembre 2015 en raison d'un hématome nécessitant une surveillance.

Elle aurait finalement pu regagner son domicile le 27 novembre 2015 avec deux cannes anglaises et des soins de rééducation à raison de 3 séances par semaine jusqu'au 31 décembre 2015. Elle aurait également dû avoir recours à une aide à domicile pendant la période du 28 novembre 2015 au 31 décembre 2015.

L'intervention chirurgicale réalisée par le docteur PERSONNE3.) aurait permis de mettre fin à l'impotence fonctionnelle dont elle était atteinte par suite de l'intervention de PERSONNE1.).

PERSONNE1.) ayant toutefois décliné toute responsabilité, elle aurait été contrainte de l'assigner en référé et le docteur Jacques HUMMER aurait été nommé en tant qu'expert.

Selon PERSONNE2.), il serait établi que les préjudices subis seraient la conséquence de l'allongement du membre inférieur gauche par suite de l'intervention chirurgicale du 28 septembre 2015 ayant nécessité la reprise chirurgicale en date du 18 novembre 2015.

Elle a aussi reproché à PERSONNE1.) de ne pas avoir respecté son obligation d'information, de ne pas avoir recueilli son consentement libre et éclairé, d'avoir commis une faute technique dans le cadre de l'intervention du 28 septembre 2015 et de ne pas avoir effectué de suivi post opératoire.

PERSONNE1.) s'est opposé à la demande. Il a réfuté tous les reproches lui adressés par PERSONNE2.) et a contesté tous les préjudices invoqués tant dans leur principe que dans leur quantum.

Par jugement du 16 juin 2020, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, après avoir rejeté le moyen d'irrecevabilité de la demande soulevé par PERSONNE1.) et écarté les reproches relatifs à l'inexécution des obligations d'information, de ne pas avoir recueilli le consentement libre et éclairé de sa patiente et de ne pas avoir effectué de suivi post opératoire pour absence de lien causal avec les préjudices réclamés, a retenu que PERSONNE2.) a rapporté la preuve d'une faute technique commise par PERSONNE1.), dit que la responsabilité de ce dernier est engagée sur le fondement contractuel et déclaré la demande de PERSONNE2.) fondée en son principe.

Pour le surplus, le tribunal a ordonné une expertise et nommé un expert-calculateur.

Par jugement du 4 mai 2022, statuant en continuation du jugement du 16 juin 2020, le tribunal a

- rejeté la demande d'audition de l'expert médical Jacques HUMMER,
- condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 6.000 EUR au titre du pretium doloris avec les intérêts légaux à partir du jugement jusqu'à solde,
- condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 510 EUR au titre du recours à l'aide à la tierce personne avec les intérêts légaux à partir du jugement jusqu'à solde,
- rejeté la demande à voir dire que le forfait journalier du déficit fonctionnel temporaire applicable est de 67 EUR,
- condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 1.075 EUR au titre du déficit fonctionnel temporaire avec les intérêts légaux à partir du jugement jusqu'à solde,
- rejeté la demande en allocation d'une indemnité pour préjudice d'impréparation,
- condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 345,22 EUR au titre des frais d'huissier de la procédure de référé, avec les intérêts légaux sur le montant de 159,61 EUR à partir du 11 novembre 2016 et sur le montant de 185,6 EUR à partir du 22 mai 2017 jusqu'à solde,
- condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 2.400 EUR au titre des frais d'expertise HUMMER avec les intérêts légaux à partir du 18 août 2017 jusqu'à solde,
- condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 1.000 EUR au titre de préjudice moral avec les intérêts légaux à partir du présent jugement jusqu'à solde,
- condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 13.815,61 EUR au titre d'honoraires d'avocats avec les intérêts légaux sur le montant de 2.000 EUR à partir du 31 mars 2016, sur le montant de 1.500 EUR à partir du 13 octobre 2016, sur le montant de 663,61 EUR à partir du 5 janvier 2018, sur le montant de 1.755 EUR à partir du 24 août 2018, sur le montant de 4.972 EUR à partir du 26 septembre 2019 et sur le montant de 2.925 EUR à partir du 1er juillet 2020 jusqu'à solde,
- rejeté la demande pour préjudice patrimonial de PERSONNE2.),
- rejeté la demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile formée par PERSONNE1.),

- déclaré le jugement commun à la CNS,
- condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance y compris les frais de l'expert calculateur FRANCOIS d'un montant de 1.103 EUR et les frais de l'assignation du 20 août 2018 d'un montant de 250 EUR, avec distraction au profit de Maître Anne BAULER, qui affirme en avoir fait l'avance.

Suivant exploit d'huissier de justice du 13 juillet 2022, PERSONNE1.) a régulièrement relevé appel des décisions des 16 juin 2020 et 4 mai 2022. Le jugement du 4 mai 2022 lui a été signifié en date du 8 juin 2022.

L'appel de PERSONNE1.) est limité aux points suivants :

- 1) en ce que les juges de première instance ont dit qu'il a engagé sa responsabilité contractuelle en raison d'une faute technique commise lors de l'opération chirurgicale du 28 septembre 2015 et en ce qu'ils ont déclaré la demande fondée en principe de ce chef.

La nature de la responsabilité médicale ne saurait pas être contractuelle alors que les obligations de soins ne découleraient pas d'un contrat.

- 2) en ce qu'il a été condamné à payer à PERSONNE2.), outre les intérêts légaux, les montants de 6.000 EUR, 510 EUR, 1075 EUR, 345,22 EUR, 2.400 EUR, 1.000 EUR, 13.815,61 EUR ,1.103 EUR, 250 EUR, et
- 3) en ce que sa demande en obtention d'une indemnité de procédure a été rejetée.

Il demande par conséquent de réformer les jugements entrepris, de dire qu'il n'a pas commis de faute technique et de le décharger de toutes les condamnations intervenues.

En ordre subsidiaire, il demande de constater le défaut de relation causale entre la prétendue faute technique et les préjudices allégués. En ordre plus subsidiaire, il conteste toutes les demandes indemnitaires, tant dans leur principe que dans leur quantum.

Dans le cadre de ses conclusions postérieures à l'acte d'appel, PERSONNE1.) critique encore le jugement entrepris en ce que les juges de première instance ont retenu que sa responsabilité est engagée sur le fondement de la responsabilité contractuelle, puisque les obligations de soins du médecin vis-à-vis de son patient ne découleraient pas d'un contrat. Il se réfère à des jurisprudences françaises pour dire que la nature médicale de la relation entre lui et PERSONNE2.) exclut la possibilité d'engager toute responsabilité contractuelle et ce indépendamment du fait que le médecin exerce en milieu hospitalier ouvert ou fermé.

PERSONNE2.) demande de confirmer le jugement entrepris en ce qui concerne les condamnations intervenues.

Elle conclut au rejet du moyen relatif à la base légale de son action.

PERSONNE2.) formule régulièrement appel incident et demande de dire :

- que PERSONNE1.) a failli à son obligation d'information,
- qu'il n'a pas recueilli son consentement libre et éclairé,
- qu'elle a subi un préjudice d'impréparation
- qu'il y a lieu d'entendre l'expert HUMMER et de l'interroger sur « *la raison de la non-prise en considération durant la période du 9 octobre au 16 novembre d'un Déficit Fonctionnel Temporaire spécifique ayant pour but d'évaluer les préjudices constant anormaux liés à la chirurgie du Dr. ELCHEROTH tels que l'absence d'autonomie, l'immobilisation totale, le Pretium Doloris temporaire et la boiterie temporaire. Et le cas échéant, de fixer un tel Déficit Fonctionnel Temporaire* »,
- de condamner PERSONNE1.) au paiement des montants de 2.057 EUR, de 5.000 EUR et de 1.046,52 EUR, outre les intérêts.

PERSONNE2.) demande encore de lui allouer la somme de 22.895,30 EUR à titre de frais et honoraires d'avocat.

Elle demande de « *façon générale, de condamner PERSONNE1.) à lui payer des intérêts compensatoires dont le taux est équivalent à celui des intérêts légaux à partir du 28 septembre 2015, sinon à partir de la date des débours jusqu'à l'arrêt à intervenir, et à des intérêts légaux à partir de l'arrêt à intervenir jusqu'à solde* ».

Quant aux appels principal et incident contre le jugement du 16 juin 2020

Quant à la base légale de l'action de PERSONNE2.)

Aux termes de l'article 592, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale. Cet article autorise cependant les parties à justifier par des moyens de défense nouveaux, des pièces et preuves nouvelles, les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge.

Il s'ensuit que le moyen de PERSONNE1.) selon lequel il critique la base légale de PERSONNE2.) est recevable.

Quant à la nature de la responsabilité médicale

La nature – contractuelle ou délictuelle – de la responsabilité médicale dépend essentiellement du statut juridique du médecin qui prodigue des soins au malade. Le médecin exerce en principe une profession libérale, soit seul ou en association avec des confrères dans le cadre d'un cabinet médical, soit dans l'enceinte d'un hôpital fonctionnant en règle générale suivant le régime hospitalier dit « ouvert », ce qui signifie que l'hôpital en soi n'a pas de patients et se borne à mettre son personnel et ses services à la disposition des médecins exerçant en son sein. L'hôpital ne fournit que l'environnement matériel, le support et prête en quelque sorte son personnel au médecin. La plupart des hôpitaux publics fonctionnent en revanche sous le régime dit « fermé » à services structurés dans le cadre desquels les médecins occupent une fonction salariée (Georges RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition, Pasirisie luxembourgeoise, 2014, n° 653).

Dans les établissements fonctionnant en régime « fermé », le malade n'a pas en principe le libre choix du médecin et il reçoit des soins prestés par le personnel médical attaché à l'établissement. Le malade ne contracte qu'avec l'établissement et le contrat porte à la fois sur l'obligation de garde et sur celle de soins. L'établissement répond contractuellement des fautes des médecins et du personnel paramédical, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'ils sont ou non les préposés de l'hôpital (Georges RAVARANI, précité, n° 654).

En l'occurrence, PERSONNE1.) ne conteste pas qu'au moment de l'intervention sur PERSONNE2.), il exerçait à titre d'indépendant et sous statut libéral, de sorte qu'il convient de retenir qu'un contrat s'est formé entre lui et PERSONNE2.).

La demande de PERSONNE2.) dirigée contre PERSONNE1.) a dès lors à bon droit été déclarée recevable sur la base contractuelle.

Le contrat liant le médecin au client comporte pour le praticien l'engagement sinon évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science.

L'obligation du médecin est donc en principe une obligation de moyens. Il ne pourrait d'ailleurs guère en être autrement ; tout acte médical comporte en effet un irréductible aléa qui interdit de faire peser sur le médecin en dehors d'une volonté contraire clairement exprimée de celui-ci l'obligation d'obtenir tel ou tel résultat déterminé relativement à l'état de santé de son patient.

La charge de la preuve pèse sur la partie qui se dit lésée et, le contrat médical mettant à charge du médecin une obligation de moyens, il lui appartient d'établir une faute du médecin, soit non technique, soit technique, un préjudice dans son chef et le lien de causalité entre la faute et le dommage.

Une faute quelconque, de même qu'une faute d'abstention, engage la responsabilité du médecin du moment que l'existence en est établie avec certitude.

Quant au rapport d'expertise du docteur HUMMER et quant à l'acte médical

La Cour d'appel tient d'emblée à préciser qu'aux termes de l'article 446 du Nouveau Code de procédure civile, elle n'est pas liée par les constatations ou les conclusions de l'expert. Les parties peuvent donc discuter, critiquer ou justifier les rapports d'expertise. La liberté du juge est entière ; il peut apprécier l'avis donné par l'expert, puiser dans le rapport les renseignements qu'il estime utiles, voire des éléments qui n'ont pas paru déterminants pour l'expert, mais qui le sont pour lui, adopter certaines conclusions et en rejeter d'autres (Rép. de procédure civile, Dalloz, verbo Mesures d'instruction confiées à un technicien, n° 595).

Les juges ne doivent toutefois s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause.

Dans son rapport du 20 octobre 2017, le docteur HUMMER conclut comme suit :

« [Le docteur ELCHEROTH] a commis une erreur technique dans la réalisation de l'intervention chirurgicale du 28 septembre 2015 ; en réséquant insuffisamment le col fémoral, il a provoqué une insuffisance de pénétration de la tige fémorale prothétique dans le fût fémoral ce qui a entraîné un allongement de 2 cm de la longueur du membre inférieur gauche par rapport au côté droit entraînant une gêne fonctionnelle et douloureuse handicapante à la marche du fait de cet allongement de 2 cm confirmé sur les radiographies postopératoires. »

L'expert précise que l'intervention ne présentait pas de difficultés techniques majeures et que PERSONNE1.) a commis une erreur technique dans la réalisation de cette intervention.

PERSONNE1.) critique ce rapport pour diverses raisons.

Il soutient d'abord qu'au regard du fait que le dénivèlement du bassin de PERSONNE2.) a dû être compensé respectivement équilibré, l'opération était compliquée d'un point de vue technique. Il soutient qu'un dénivèlement du bassin a pour conséquence que certaines parties de la musculature sont tendues. La difficulté aurait consisté à déterminer la position de l'autre hanche après assouplissement de la musculature afin de pouvoir déterminer la taille exacte de la prothèse à installer. Il conteste que l'intervention ne fût pas conforme aux règles de l'art. Le choix délibéré de procéder à un rallongement d'un centimètre de la jambe gauche aurait été conforme aux règles de l'art.

Il expose que le gonflement et les tensions musculaires pelvi trochantérienne à gauche ont conduit à une surélévation du bassin à droite avec décollement du talus. L'inégalité de longueur entre les deux jambes aurait dû s'équilibrer endéans 2 ou 3 mois après l'opération, c'est-à-dire après disparition du gonflement et assouplissement de la musculature à la suite de la kinésithérapie.

Comme PERSONNE2.) se serait fait réopérer 7 semaines après l'intervention par le docteur PERSONNE3.), il serait impossible de savoir si la longueur de deux jambes se serait équilibrée endéans 2 ou 3 mois.

L'expert HUMMER n'aurait pas examiné PERSONNE2.) avant la deuxième intervention et l'analyse serait incomplète.

Pour contredire les conclusions du docteur HUMMER et l'absence d'une différence de longueur de 2 centimètres en faveur de la jambe gauche après l'opération, PERSONNE1.) produit en instance d'appel un avis unilatéral établi sur dossier médical par le docteur Robert BEREND. Il résulterait de cet avis qu'une différence de longueur ne saurait être confirmée sur base des examens radiologiques utilisés par l'expert judiciaire.

Il est constant en cause qu'en date du 28 septembre 2015, PERSONNE2.) a été opérée par PERSONNE1.).

Elle était hospitalisée du 27 septembre au 9 octobre 2015.

Le 18 novembre 2015, elle a été réopérée par le docteur PERSONNE3.). Elle était hospitalisée du 17 au 23 novembre 2015 et du 24 au 27 novembre 2015.

Il résulte du rapport d'expertise HUMMER que le bilan radiographique réalisé avant l'intervention litigieuse confirme un membre inférieur gauche plus court de 7 mm. Il montre un schéma de la position de la prothèse au niveau de la hanche, mais avec une prothèse SPOTORNO qui ne sera pas la prothèse mise en place lors de l'intervention chirurgicale réalisée le 28 septembre 2015.

L'expert a relevé tant les précisions données par PERSONNE1.) quant au déroulement de l'opération et quant à la prothèse mise en place que les dires de PERSONNE2.) selon lesquels elle a constaté d'emblée un allongement au niveau du membre inférieur gauche qui l'obligeait à marcher avec les jambes écartées et un flexum au niveau du genou gauche et qu'elle souffrait au niveau de sa hanche gauche opérée.

Il a déclaré avoir pris connaissance du bilan radiographique de contrôle du 5 octobre 2015 et d'un rapport de sortie manuscrit de PERSONNE1.) du 9 octobre 2015.

PERSONNE2.) a consulté en date du 12 novembre 2015 le Docteur PERSONNE3.), médecin spécialiste en chirurgie orthopédique, et en date du 17 novembre 2015 le Professeur D. MOLÉ, chef de service de la chirurgie

traumatologique et orthopédique du Centre chirurgical Émile Gallé à ADRESSE3.).

Il résulte de l'avis de ce dernier, envoyé le même jour au Docteur PERSONNE5.), médecin généraliste de PERSONNE2.), ce qui suit :

« Merci de me confier Madame PERSONNE2.) [...] qui souhaitait mon avis à propose de sa hanche gauche et d'une inégalité de longueur post-opératoire après prothèse de hanche.

Elle a 69 ans. Elle avait été opérée en 2003 d'une prothèse de hanche droite avec un bon résultat fonctionnel et radiographique. Elle a été opérée il y a 6 semaines d'une même intervention à la hanche gauche, dont persiste une inégalité de longueur avec un allongement de près de 2 cm, confirmé sur les radiographies.

Je comprends son désarroi. Je pense qu'une réintervention est indiquée, dans les meilleurs délais, plus cette intervention est faite tôt, plus elle a de chances de permettre, sans trop de difficultés, l'extraction de la tige fémorale.

J'ai donc confirmé l'avis qu'avait, ce matin même, émis le Dr PERSONNE3.). Madame PERSONNE2.) souhaite, pour des raisons pratiques, se faire opérer au Luxembourg, ce qui est tout à fait compréhensible. »

Comme l'ont dit, à juste titre, les juges de première instance, l'expert Jacques HUMMER, après avoir exposé que le Docteur PERSONNE3.), confirmé dans son analyse par le Professeur PERSONNE4.), a constaté que l'allongement en longueur de la jambe « *était très certainement à l'origine de l'impotence fonctionnelle handicapante et douloureuse de [PERSONNE2.)] entraînant une marche inappropriée jambes écartées en flexum du genou gauche avec absence d'appui au niveau du talon à droite* » et que le Professeur PERSONNE4.) a préconisé une réintervention rapide afin de faciliter l'extraction de la tige fémorale, a sans ambiguïté répondu au Docteur PERSONNE1.) que « *s'il ne faut pas se précipiter sur la réintervention, celle-ci peut être rapidement justifiée en fonction du handicap présenté par la patiente en raison de l'allongement au niveau de son membre et du retentissement douloureux sur le rachis sus-jacent et sur la marche fonctionnellement handicapante* ».

Au vu de ces deux avis émis par deux chirurgiens expérimentés, aucun reproche ne saurait être adressé à l'expert de ne pas avoir procédé à une analyse supplémentaire de radiographies.

Dans son rapport, l'expert HUMMER conclut que l'allongement en longueur de la jambe était très certainement à l'origine de l'impotence fonctionnelle handicapante et douloureuse de PERSONNE2.) entraînant une marche inappropriée.

Si PERSONNE1.) entend mettre en doute les conclusions de l'expert HUMMER par un avis du Dr BEREND selon lequel la différence de longueur

des deux membres inférieurs devrait être due à la scoliose lombaire de PERSONNE2.) ou bien être d'origine musculaire, il convient d'abord de relever que cet avis a uniquement été établi sur dossier médical. Il n'en résulte pas si les avis des docteurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) ont été lus, vus ou pris en considération. Le docteur BEREND n'a, en outre, pas été en contact avec PERSONNE2.), ni avant l'intervention litigieuse ni après.

Ses conclusions sont contredites par celles de trois chirurgiens, à savoir les docteurs PERSONNE3.), PERSONNE4.) et par l'expert HUMMER, qui sont unanimes pour dire que l'intervention réalisée par PERSONNE1.) n'était pas conforme aux règles de l'art.

Le docteur PERSONNE3.) qui a été amené à voir PERSONNE2.) le 12 novembre 2015, à savoir 6 semaines après l'opération effectuée par PERSONNE1.), a constaté que l'allongement de longueur du membre inférieur était à l'origine de l'impotence fonctionnelle handicapante et douloureuse de PERSONNE2.) entraînant une marche inappropriée, jambes écartées en flexum du genou gauche avec absence d'appui au niveau du talon à droite.

Le professeur PERSONNE4.) auquel le docteur PERSONNE3.) a demandé un avis a confirmé un allongement de 2 cm et a conseillé qu'« *une réintervention est indiquée dans les meilleurs délais* ».

C'est à tort que PERSONNE1.) prétend que par le fait d'avoir sollicité ce second avis, le docteur PERSONNE3.) aurait eu un doute sur la nécessité d'effectuer une nouvelle opération et qu'il aurait par la suite hâtivement réalisé cette intervention.

Force est de relever que les termes utilisés par le professeur PERSONNE4.) « *dans les meilleurs délais* » sont suivis de la phrase suivante : « *plus cette intervention est faite tôt, plus elle a de chances de permettre, sans trop de difficultés, l'extraction de la tige fémorale* ».

Aucun des trois médecins n'a suivi le docteur BEREND dans son constat selon lequel une différence de 2 cm en faveur de la jambe gauche ne peut être confirmée sur base des examens radiologiques.

L'argument de PERSONNE1.) selon lequel l'inégalité entre les deux jambes se serait équilibrée endéans 2 ou 3 mois après opération après la disparition du gonflement et assouplissement de la musculature à la suite de la kinésithérapie n'est étayé par aucun autre élément du dossier.

Au contraire, selon le professeur PERSONNE4.), seule une nouvelle intervention a pu permettre sans difficultés l'extraction de la tige fémorale. L'expert HUMMER a en outre rejeté la théorie d'une résorption de l'inégalité de longueur par voie de séances de kinésithérapie.

Selon l'expert HUMMER, l'intervention réalisée par le docteur PERSONNE3.) et consistant dans une reprise chirurgicale au niveau de la hanche gauche avec l'ablation de la prothèse mise en place précédemment le 28 septembre 2015

et mise en place d'une autre prothèse à double mobilité a permis de corriger l'inégalité de longueur des membres avec allongement du membre inférieur gauche constaté au décours de l'intervention du 28 septembre 2015.

Il suit de tout ce qui précède que le tribunal de première instance est à confirmer en ce qu'il a dit qu'il n'y a pas lieu de se départir des conclusions claires et précises de l'expert HUMMER en ce qu'il a dit que PERSONNE2.) a prouvé une faute technique dans le chef de PERSONNE1.) et que sa responsabilité est de ce chef engagée sur la base contractuelle.

Dans le cadre de son appel incident, PERSONNE2.) critique les juges de première instance en ce qu'ils n'ont retenu ni un défaut d'information dans le chef de PERSONNE1.) ni une absence de consentement éclairé et libre. Elle reproche à la juridiction de première instance d'avoir retenu qu'elle n'a pas caractérisé la relation causale entre les préjudices qu'elle allègue avoir subi et les fautes commises de ce chef par PERSONNE1.).

Le médecin a l'obligation d'informer son patient sur la nature de l'acte médical entrepris. Le patient doit être averti de la nature exacte de l'acte exécuté, de ses risques, ainsi que d'éventuelles alternatives thérapeutiques. Dans cette dernière hypothèse, le devoir du médecin dépasse d'ailleurs la simple obligation d'information pour se doubler d'un véritable devoir de conseil, le praticien devant ainsi exposer au patient les risques et avantages des différentes techniques envisageables, avant de conseiller celle qui lui paraît la plus adéquate.

PERSONNE1.) prétend qu'avant l'intervention, il a donné toutes les informations oralement et remis le 4 septembre 2015 à sa patiente un document intitulé « Formulaire d'information et de consentement éclairé ». Elle aurait signé ce document. Il estime qu'il n'appartient pas au chirurgien d'expliquer les techniques employées lors d'une opération à un patient qui n'a pas de connaissances techniques en la matière à moins que le patient en fasse la demande expresse, ce que PERSONNE2.) n'aurait pas fait.

En outre, un chirurgien pourrait décider souverainement quelle prothèse est la plus adaptée en fonction des besoins du patient.

PERSONNE2.) aurait été informée du fait qu'il envisageait de procéder à un rallongement de la jambe gauche pour arriver à un équilibre de bassin.

Elle aurait été en outre informée sur les risques liés à cette opération et les douleurs éventuelles d'une telle opération. Elle ne serait pas une profane puisqu'elle aurait déjà subi une opération chirurgicale identique en 2003.

C'est d'abord à tort que PERSONNE1.) estime qu'il appartient au patient de prouver qu'il a reçu une information incomplète.

S'il est vrai que dans le cadre de la responsabilité pour faute, il appartient par principe au patient victime d'établir la faute du professionnel ou de l'établissement de santé. Cette règle connaît toutefois une exception dans le

cas particulier du défaut de consentement libre et éclairé. La jurisprudence luxembourgeoise retient, comme la jurisprudence française, que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation et qu'il incombe dès lors au médecin de rapporter la preuve qu'il a exécuté cette obligation (Cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, n° 94-19.685 : JurisData n° 1997-000781, JCP 1997 1997, I, 40025).

De même, doivent être portés à la connaissance du patient, préalablement au recueil de son consentement à l'accomplissement d'un acte médical, les risques connus de cet acte qui soit présentent une fréquence statistique significative, quelle que soit leur gravité, soit revêtent le caractère d'un risque grave, quelle que soit leur fréquence (CE de France, 19 octobre 2016, n° 391538).

Aux termes de l'article 8 de la loi du 24 juillet 2014 sur les droits et obligations du patient, l'information du patient en application de la présente loi est en principe donnée oralement et peut, le cas échéant, être précisée par une information écrite.

L'article stipule que « le consentement ou le refus de consentir du patient est en principe donné de façon expresse. Le consentement peut être tacite lorsque le professionnel de santé, après avoir adéquatement informé le patient, peut raisonnablement déduire du comportement de celui-ci qu'il consent aux soins de santé conseillés. Le professionnel de santé qui recueille la décision du patient veille à ce que le patient ait compris les informations fournies au moment de prendre une décision concernant sa santé ».

Aux termes de l'article 9, « en cas de contestation, la preuve de l'information fournie et celle du consentement du patient incombent au prestataire de soins de santé sous la responsabilité duquel les soins ont été dispensés ou proposés. Une telle preuve peut en être délivrée par tout moyen, la tenue régulière du dossier valant présomption simple des éléments y consignés ou versés ».

Le médecin doit donner à son patient une information loyale, claire et appropriée (Cass.1^{ère} civile, 14 octobre 1997, n° 95-19.609 : JurisData n°1997-003978).

La Cour de cassation décide de façon constante que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » (Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 : JurisData n° 1997-000781).

Il incombe par conséquent à PERSONNE1.) de rapporter la preuve qu'il a fourni à sa patiente des informations personnalisées que celle-ci a comprises et notamment qu'elle a été informée des risques éventuels de l'intervention.

La preuve de cette information peut être rapportée par toutes voies de droit et même par présomptions (Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609, JCP

G, 1997, II, 22942). Celles-ci peuvent être déduites des circonstances mêmes de la réalisation de l'acte médical et il sera notamment tenu compte du nombre d'entretiens que le patient a pu avoir avec le médecin, du temps de réflexion du patient, des mentions dans les dossiers médicaux, des tracés opératoires éventuellement faits et de la profession du patient.

Par application du droit commun, la preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information ne peut toutefois être retenue par le juge qu'à condition que des faits graves, précis et concordants soient établis, conformément aux dispositions de l'article 1353 du Code civil.

Le chirurgien n'est pas dispensé de son devoir d'information par le seul fait que le risque ne se réalise qu'exceptionnellement. Le préjudice résultant du défaut d'information doit être apprécié en termes de perte de chance et ne peut donner lieu à réparation que si la chance perdue est réelle et sérieuse. Il appartient au patient d'établir que la chance perdue présente un degré de probabilité suffisant pour être réparée, c'est-à-dire de démontrer que, correctement informé sur les risques de l'intervention, il y aurait probablement renoncé et aurait ainsi évité le dommage (Cour d'appel de Douai, 3^e chambre, 25 novembre 2004, lexis 360, JurisData, 2004 - 271097).

Le patient ne peut dès lors demander réparation du fait qu'il n'aurait pas été informé, dès lors que quand bien même il aurait été averti des risques de l'opération, il est improbable qu'il eût refusé le traitement, eu égard à l'évolution prévisible de son état de santé (Cour d'appel d'Angers, 11 septembre 1998, Recueil Dalloz 1999, n° 2, page 46 ; Lexis360 JurisData : 1998-933240).

Le formulaire invoqué par PERSONNE1.) intitulé « Formulaire d'information et de consentement éclairé » n'est pas produit en cause.

S'il est en outre vrai que les déclarations des parties sont contradictoires au sujet des informations données à PERSONNE2.), il n'en demeure pas moins qu'il résulte des éléments du dossier que PERSONNE2.) soutenait souffrir de douleurs importantes, de sorte que l'intervention chirurgicale préconisée par PERSONNE1.) était nécessairement et logiquement l'étape suivante.

Au regard du parcours médical de PERSONNE2.) et de ses douleurs, il est peu probable qu'elle n'aurait pas tenté de remédier à son état, même en étant informée plus amplement sur la technique opératoire, la prothèse utilisée ou un éventuel risque de lésion.

Aucun élément du dossier ne permet dès lors de retenir que même si elle avait été informée des risques liés à l'intervention litigieuse pour éviter toute complication, PERSONNE2.) y aurait renoncé.

Il s'ensuit que faute d'avoir démontré que si elle avait été informée de l'existence d'un risque lié à l'intervention et plus amplement sur la technique opératoire ou la prothèse mise en place, PERSONNE2.) aurait renoncé à cette opération chirurgicale dont la nécessité est admise au vu des éléments du dossier et du rapport d'expertise HUMMER, la responsabilité de

PERSONNE1.) ne saurait être retenue pour défaut d'information ou pour ne pas avoir recueilli le consentement libre et éclairé de PERSONNE2.).

La responsabilité contractuelle de PERSONNE1.) se trouvant engagée en principe pour avoir commis une faute technique lors de l'opération du 28 septembre 2015 ayant entraîné un allongement de 2 cm de la longueur du membre inférieur gauche par rapport au côté droit entraînant une gêne fonctionnelle et douloureuse handicapante à la marche du fait de cet allongement de 2 cm confirmé sur les radiographies postopératoires, c'est à juste titre, au vu des contestations de PERSONNE1.) quant aux prétentions indemnitaires de PERSONNE2.), que le tribunal de première instance a nommé un expert calculateur avec la mission de « *chiffrer sur base du rapport d'expertise médicale du Docteur Jacques HUMMER du 10 novembre 2017 le préjudice subi par PERSONNE2.) relativement au déficit fonctionnel temporaire, à l'aide d'une tierce personne et au pretium doloris comme suite à la faute technique commise par le Docteur PERSONNE1.) lors de l'opération chirurgicale du 28 septembre 2015* » et qu'en attendant le résultat de cette mesure d'instruction, il a ordonné un sursis à statuer en ce qui concerne le surplus.

Au vu de tout ce qui précède, les appels principal et incident contre le jugement du 16 juin 2020 ne sont pas fondés.

Quant aux appels principal et incident contre le jugement du 4 mai 2022

PERSONNE1.) critique les juges de première instance en ce qu'ils ont retenu que les préjudices allégués par PERSONNE2.) sont en relation causale avec l'intervention pratiquée le 28 septembre 2015. Le lien de causalité entre les préjudices invoqués et sa prétendue faute ne serait pas établie. Il demande d'appliquer la théorie de la causalité adéquate.

Pour combattre la relation causale entre les préjudices invoqués et la faute technique retenue, il soutient d'abord que la seconde opération effectuée par le docteur PERSONNE3.) n'était pas nécessaire et pas justifiée puisqu'une normalisation après disparition du gonflement et assouplissement de la musculature après kinésithérapie était à prévoir deux à trois mois après l'opération et que l'expert aurait considéré qu'il ne faut pas se précipiter sur la réintervention.

Il ajoute que PERSONNE2.) souhaitait une réintervention et aurait accepté cette réintervention. Elle aurait ainsi décidé délibérément de se faire réopérer.

Il appartient au demandeur en indemnisation de rapporter la preuve positive de ce que la faute qu'il reproche à son médecin traitant se trouve en relation causale directe avec le préjudice qu'il affirme avoir subi.

« *Le patient qui entend engager la responsabilité du médecin doit rapporter la preuve d'une faute de celui-ci, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage* » (Georges RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^{ème} édition, N° 656 p. 673).

La théorie de la causalité adéquate ne retient « *comme cause que celle dont le dommage est la conséquence immédiate, celle qui entretient avec lui un rapport de proximité temporelle* » (op. cit. N° 998 p. 981).

L'expert HUMMER a retenu comme préjudices consécutifs à l'intervention les préjudices suivants :

- déficit fonctionnel temporaire total : du 17 novembre au 23 novembre et du 24 novembre au 27 novembre 2015,
- déficit fonctionnel temporaire partiel à 50% : du 28 novembre 2015 au 31 décembre 2016,
- déficit fonctionnel temporaire partiel à 10% : du 1^{er} janvier au 27 janvier 2016,
- pas d'arrêt de travail, Mme PERSONNE2.) étant retraitée depuis 2003,
- aide-ménagère non spécialisée d'une heure par jour : du 28 novembre 2015 au 31 décembre 2015,
- pretium doloris pour souffrances endurées physiques, psychiques et morales qualifié à 3,5/7,
- pas de préjudice sexuel identifiable,
- pas de préjudice d'agrément spécifique,
- le préjudice matériel n'est pas identifié en l'absence de documents suffisants présentés.

C'est à tort que PERSONNE1.) conteste la relation causale entre ces préjudices et la faute commise au motif que la seconde intervention n'était pas nécessaire. Tant selon l'avis du docteur PERSONNE3.) que selon l'avis du professeur PERSONNE4.) une réintervention s'imposait et plus tôt cette intervention était faite, plus elle avait de chances de permettre sans trop de difficultés l'extraction de la tige fémorale.

Il résulte du rapport HUMMER que l'intervention réalisée par le docteur PERSONNE3.) a permis de corriger l'inégalité des membres avec allongement du membre inférieur gauche constaté au décours de l'intervention du 28 septembre 2015.

L'argument de PERSONNE1.) tendant à voir contester la relation causale entre les préjudices allégués et sa prétendue faute au motif que PERSONNE2.) s'est fait volontairement réopérer est aussi à écarter alors qu'il résulte à suffisance des éléments du dossier que la deuxième intervention a permis de remédier à la différence de longueur de la jambe gauche de PERSONNE2.). Il en va de même de l'argument selon lequel la période d'hospitalisation due à un hématome survenu après la seconde intervention chirurgicale ne serait pas à

prendre en considération alors que cette intervention s'imposait en raison de la faute commise par PERSONNE1.).

Quant aux préjudices

Déficit fonctionnel

PERSONNE1.) critique le jugement entrepris en ce qu'il a alloué à PERSONNE2.) le montant de 385 EUR du chef de déficit fonctionnel temporaire total (DFTT) ainsi qu'un montant de 690 EUR au titre d'un déficit temporaire partiel (DFT).

Il estime qu'un déficit fonctionnel temporaire n'est pas assimilable à une incapacité de travail temporaire. PERSONNE2.) serait en retraite depuis 2003 et n'aurait pas de pertes de revenus. Si par impossible, PERSONNE2.) avait subi un préjudice du fait qu'elle n'était plus en mesure d'effectuer certaines tâches ménagères, ce préjudice se confondrait avec celui réclamé à titre d'aide d'une tierce personne et serait à indemniser moyennant l'allocation d'un forfait pour atteinte temporaire à l'intégrité physique.

PERSONNE2.) critique aussi le jugement de première instance et les conclusions de l'expert en rapport avec le déficit fonctionnel temporaire.

Elle estime que la référence à une incapacité de travail est inadaptée à sa situation alors qu'elle n'exerce aucune activité professionnelle. Par ailleurs, et par conséquent l'aspect extra-patrimonial d'une incapacité temporaire de travail (restreint à l'aspect travail) ne saurait en aucun cas être assimilé au déficit fonctionnel temporaire.

Ce serait dès lors à tort que les juges de première instance n'ont pas fait droit à sa demande tendant à voir procéder à l'audition de l'expert HUMMER sur ces points.

Il convient d'abord de relever que PERSONNE2.) ne réclame pas la perte de revenus.

C'est à juste titre et par une motivation à laquelle la Cour d'appel se rallie que les juges de première instance ont rejeté la demande d'audition de l'expert HUMMER.

L'expert HUMMER a relevé que le déficit fonctionnel temporaire total a débuté le 17 novembre 2015. Il n'y a pas lieu de s'écarter de ses conclusions.

L'expert HUMMER retient une période de déficit fonctionnel temporaire total du 17 novembre au 23 novembre 2015 et du 24 novembre au 27 novembre 2015. En ce qui concerne le déficit fonctionnel temporaire partiel, il le fixe à 50 % du 28 novembre au 31 décembre 2015 et à 10 % du 1^{er} janvier au 27 janvier 2016.

Il est constant en cause que PERSONNE2.) était retraitée au moment du fait générateur de responsabilité et qu'elle n'avait pas de perte de revenus.

Le déficit fonctionnel temporaire ou permanent de la victime a un caractère personnel de nature extrapatrimoniale (Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, Chapitre 2125 - Préjudice extrapatrimonial, n° 2125.102).

La réparation des postes de préjudice dénommés déficit fonctionnel temporaire et déficit fonctionnel permanent inclut, le premier, pour la période antérieure à la date de consolidation, l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique, le second, pour la période postérieure à cette date, les atteintes aux fonctions physiologiques, la perte de la qualité de vie et les troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales (op.cit. n° 21215.103).

L'aspect extrapatrimonial ou moral de l'atteinte de l'intégrité physique est indemnisable indépendamment de tout autre chef de préjudice par l'allocation d'un forfait.

L'expert calculateur FRANCOIS a retenu comme forfait journalier un montant de 35 EUR au titre du déficit fonctionnel.

Ce montant est contesté par PERSONNE2.) qui demande, comme en première instance, à voir fixer le forfait journalier au montant de 67 EUR en tenant compte du salaire social minimum non qualifié luxembourgeois pour l'année 2018 qui était de 1.998,59 EUR.

Il résulte du rapport de l'expert FRANCOIS que le montant de 67 EUR réclamé par PERSONNE2.) est surfait au vu de la durée des périodes de déficit fonctionnel retenues par l'expert médical HUMMER, de l'âge de PERSONNE2.), de sa situation de retraitée lui permettant en temps normal, de jouir pleinement de ses activités personnelles et de son état d'indépendance avant l'intervention et qu'un forfait journalier de 37 EUR est plus adapté aux critères qui précèdent.

En absence d'élément de nature à conclure que l'expert s'est trompé, il n'y a pas lieu de s'écarter de ses conclusions en ce qu'il a alloué à PERSONNE2.) pour les périodes visées et une date de consolidation fixée par l'expert médical au 27 janvier 2016 un montant total de 1.075 EUR.

C'est à tort que PERSONNE1.) prétend que le préjudice attribué du chef du déficit fonctionnel temporaire se confond avec celui réclamé à titre d'aide d'une tierce personne alors que la réparation du déficit fonctionnel temporaire inclut, pour la période antérieure à la consolidation, l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante et que le poste de préjudice lié à l'assistance d'une tierce personne à titre temporaire indemnise la perte d'autonomie de la victime la mettant dans l'obligation de recourir à un tiers pour l'assister dans tout ou partie des actes de la vie quotidienne jusqu'à la date de consolidation.

L'indemnité touchée à titre de frais pour une aide-ménagère ne tend pas à compenser une perte de revenus, mais s'analyse en une indemnisation du préjudice causé par le fait que la victime doit recourir à l'assistance d'une tierce personne pour l'accomplissement des travaux ménagers qu'elle n'est plus à même d'effectuer elle-même. Il s'ensuit que l'indemnité accordée de ce chef ne fait pas double emploi avec les indemnités allouées pour atteinte à l'intégrité physique (Georges RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, page 1232).

PERSONNE1.) estime que PERSONNE2.) n'aurait pas eu besoin d'aide d'une tierce personne par la suite de l'opération effectuée par ses soins. Il ne saurait être tenu responsable de tous les maux et réactions physiques, dont l'apparition d'un hématome survenu après la deuxième opération volontairement réalisée.

En outre, il ne serait pas établi qu'elle aurait effectivement bénéficié d'une telle aide, quel montant aurait été payé de ce chef et que, de toute façon, les frais déboursés de ce chef auraient pu être remboursés par la CNS ou par une autre assurance.

Il a été décidé que « *la nécessité pour la victime d'un accident, de recourir à l'aide d'une tierce personne constitue en soi un préjudice matériel, et que l'indemnisation pour une telle assistance est indépendante du point de savoir si l'aide d'une tierce personne a été donnée par une personne rémunérée ou par les membres de la famille, spécialement par les parents [...]. La victime qui en raison de son état de santé doit faire appel à l'aide d'une tierce personne, a droit à l'indemnisation de son préjudice, même si elle n'établit pas avoir fait appel à une aide extérieure* ». Selon la Cour de cassation française, le montant de l'indemnité allouée ne peut être réduit en cas d'assistance familiale, ni subordonnée à la production de justifications des dépenses effectives.

Par ailleurs, lorsque la victime reçoit une indemnité au titre de l'assistance bénévole de son entourage, elle peut parfaitement, si elle bénéficie d'une telle assistance, employer la somme à d'autres fins et le juge ne saurait refuser ou réduire l'indemnité en considération de l'assistance familiale dont la victime peut profiter (op. cit. page 1231 et 1232).

En l'absence d'éléments de nature à mettre en doute les conclusions de l'expert FRANCOIS quant à la nécessité d'une aide de tierce personne du 28 novembre au 31 décembre 2015, à raison d'une heure par jour et de prise en charge par un organisme de sécurité sociale, il n'y a pas lieu de s'en écarter en ce qu'il a alloué de ce chef au vu des éléments médicaux et explications de PERSONNE2.) à titre d'indemnisation un montant de 510 EUR soit 34 heures x 15 heures.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer en ce qu'il a alloué à PERSONNE2.) de ces deux chefs les sommes de respectivement 1.075 EUR et 510 EUR.

Pretium doloris

PERSONNE2.) conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il lui a alloué sur base des conclusions de l'expert calculateur de ce chef à titre de dommages et intérêts la somme de 6.000 EUR.

PERSONNE1.) estime que c'est à tort que les juges de première instance ont, sans la moindre motivation, accordé à PERSONNE2.) un montant de 6.000 EUR. Il conteste l'existence d'un tel préjudice au motif que l'expert HUMMER n'aurait à aucun moment évoqué des douleurs exceptionnelles dans le chef de PERSONNE2.). Par ailleurs, l'expert n'aurait pas fait de distinction entre le pretium doloris et le préjudice moral.

Le prix de la douleur est destiné à indemniser le préjudice moral causé par la souffrance qu'a éprouvée la victime jusqu'à sa consolidation. C'est le plus connu des préjudices moraux occasionnés par un dommage corporel. Il est traditionnellement apprécié en tenant compte à la fois de la douleur physique et du « retentissement psychologique » ressenti par la victime. Il réunit ainsi les « souffrances physiques » mais également les « souffrances morales » résultant de « la conscience de la gravité des atteintes », de sorte que son indemnisation ne laisse pas de place à une réparation séparée de celles-ci (Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, chapitre 2125, préjudice extrapatrimonial, n° 2125.111).

L'indemnité allouée à titre de pretium doloris est destinée à réparer les douleurs physiques spécifiques au type de blessures encourues, ainsi que celles causées par les traitements chirurgicaux et thérapeutiques que leur guérison a nécessités.

Le rapport médical évalue le poste « pretium doloris pour souffrances endurées physiques, psychiques et morales » à 3,5 sur l'échelle usuelle de 0 à 7.

Ce préjudice moral ne se confond pas avec le préjudice qualifié de moral par PERSONNE2.) de 5.000 EUR en raison d'une annulation de voyage à ADRESSE4.).

Le rapport de l'expert retient que :

« Dans son rapport, le Dr HUMMER évalue ce poste de préjudice à 3,5 sur l'échelle usuelle s'étendant de 0 à 7.

Mme PERSONNE2.) a présenté des douleurs à la hanche gauche du fait de l'allongement du membre inférieur gauche à la suite de l'opération litigieuse du 28 septembre 2015. Des douleurs dorsales sont également apparues à la suite des troubles de la marche postérieurement à sa sortie de l'hôpital intervenue en date du 9 octobre 2015.

Compte tenu de ces difficultés fonctionnelles et douloureuses ainsi qu'à la marche, une intervention consistant en la révision de la prothèse de hanche

gauche avec correction de longueur a été décidée et a été exécutée le 18 novembre 2015.

Mme PERSONNE2.) a ensuite dû être réhospitalisée du 24 novembre au 27 novembre 2015 en raison de la nécessité de la surveillance d'un hématome.

En définitive, la victime a dû subir deux périodes d'hospitalisations du 27 septembre 2015 au 9 octobre 2015, puis du 17 novembre 2015 au 30 novembre 2015 et subir deux interventions chirurgicales détaillées dans le volet médical du rapport.

A sa sortie d'hospitalisation, elle a dû se déplacer avec des cannes anglaises et suivre des soins de rééducation à raison de trois séances de rééducation par semaine jusqu'au 31 décembre 2015.

Compte tenu de l'évaluation médical, des temps d'hospitalisation, des actes médicaux et de rééducation subis, nous proposons une indemnisation à hauteur de 6.000 € au titre du pretium doloris. »

Aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute les conclusions de l'expert ni quant à la réalité du préjudice invoqué et sa relation causale avec la faute commise par PERSONNE1.) ni quant au montant proposé.

Il s'ensuit que le jugement entrepris est à confirmer de ce chef.

Préjudice moral

PERSONNE2.) demande, dans le cadre de son appel incident, de lui accorder à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral la somme de 5.000 EUR. Elle estime qu'en raison de l'immobilisation liée à l'opération litigieuse et de la faute commise par PERSONNE1.), elle n'a pas pu se rendre chez sa fille unique à ADRESSE4.) pour les fêtes de fin d'année. Elle prétend que le fait de ne pas avoir pu passer Noël avec ses proches lui a causé un préjudice exceptionnel. La fixation de la première chirurgie aurait tenu compte de ce voyage tandis que les chirurgies des 18 et 24 novembre 2015 l'auraient privée de s'y rendre.

PERSONNE1.) demande d'être déchargé de la condamnation intervenue de ce chef à son encontre en première instance. Il estime qu'il s'agit d'un préjudice purement hypothétique et non certain.

Il ne serait pas établi que PERSONNE2.) n'aurait pas pu voyager à ADRESSE4.). En ordre subsidiaire, il conviendrait d'indemniser ce préjudice, à le supposer établi, par l'allocation d'un euro symbolique.

L'expert médical a fixé la date de consolidation à la fin des soins actifs à savoir à la date du 27 janvier 2016.

Selon les pièces versées en cause, PERSONNE2.) devait partir à ADRESSE4.) le 15 décembre 2015. La réservation a été effectuée le 28 avril

2015, soit des mois avant l'intervention litigieuse. A la date du 15 décembre 2015, PERSONNE2.) se trouvait encore en traitement et elle n'a pas pu effectuer un tel voyage. Il est aussi établi qu'en l'absence de faute commise par PERSONNE1.), aucune intervention supplémentaire ne se serait imposée. PERSONNE2.) a partant subi un préjudice moral qui n'est pas purement hypothétique, mais certain et en relation directe avec l'intervention litigieuse.

La Cour d'appel estime, comme les juges de première instance, qu'il convient d'indemniser ce préjudice par l'allocation d'un montant de 1.000 EUR.

Préjudice patrimonial

PERSONNE2.) demande ensuite la réformation du jugement entrepris en ce qu'il ne lui a pas alloué la somme de 1.046,52 EUR du chef du remboursement des tickets d'avion aller-retour ADRESSE5.). Il s'agirait d'une somme modeste pour 2 tickets d'avion non remboursables.

C'est à juste titre que les juges de première instance ont retenu qu'à défaut par PERSONNE2.) de prouver avoir effectué des démarches en vue du remboursement ou de la modification des tickets et avoir essayé activement de réduire ainsi son préjudice, la demande était à déclarer non fondée.

Préjudice d'impréparation

PERSONNE2.) estime que c'est à tort que les juges de première instance ne lui ont pas alloué le montant de 5.000 EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice d'impréparation. Elle base cette demande sur le non-respect par PERSONNE1.) de son obligation d'information.

Au vu de ce qui précède, la responsabilité de PERSONNE1.) n'est établie ni pour défaut d'information ni pour ne pas avoir recueilli le consentement libre et éclairé de PERSONNE2.).

C'est dès lors à juste titre que cette demande a été déclarée non fondée en première instance.

Préjudice matériel

PERSONNE1.) critique les juges de première instance en ce qu'ils l'ont condamné au paiement des montants de 352,22 EUR à titre de frais d'huissier de la procédure de référé et de 2.400 EUR du chef des frais d'expertise HUMMER, outre les intérêts légaux. Il estime que ces frais ont été réservés par l'ordonnance du juge de référés du 7 avril 2017. Il appartiendrait au juge des référés de se prononcer.

C'est d'abord à tort que PERSONNE1.) critique la compétence du tribunal d'arrondissement pour avoir statué sur les frais d'huissier de la procédure de référé et des frais d'expertise HUMMER puisque ces frais sont mis à la charge des parties en fonction seulement de la solution retenue par le juge sur la question qui a fait l'objet de l'expertise. Etant donné que c'est le tribunal

d'arrondissement qui s'est prononcé sur le fond du litige, il lui appartenait également de se prononcer sur les frais de la procédure de référé expertise et des autres frais liés à cette procédure.

Au vu de l'issue du litige, c'est à juste titre que les frais d'assignation et de signification du montant de 595,22 EUR et les frais d'expertise du montant de 3.503 EUR ont été mis à charge de PERSONNE1.).

Le tribunal a dit, à bon droit, que les frais de l'assignation du 20 août 2018 ainsi que de l'expertise indemnitaire FRANCOIS sont compris dans les frais et dépens de la première instance et qu'il convenait de condamner PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) le montant de 352,22 EUR au titre des frais d'huissier de la procédure de référé et le montant de 2.400 EUR au titre de frais d'expertise HUMMER.

~~Les frais d'expertise judiciaire comptent parmi les dépens. Ils ne donnent pas lieu à allocation d'intérêts moratoires dans la décision judiciaire réglant le litige au fond.~~

Honoraires d'avocat

PERSONNE1.) critique le jugement entrepris en ce qu'il a été condamné au paiement du montant de 13.815,61 EUR à titre de frais et honoraires d'avocat. PERSONNE2.) n'aurait pas produit de détail des mémoires d'honoraires, mais se serait contentée de produire des preuves de paiement. Subsidiairement, il conteste le montant retenu tant en son principe qu'en son quantum. Il demande de le réduire à de plus justes proportions.

PERSONNE2.) demande la confirmation du jugement de ce chef. Elle déclare augmenter sa demande à la somme de 22.895,30 EUR suivant mémoire d'honoraires du 11 octobre 2023, après déduction d'une provision du montant de 2.925 EUR.

Les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituent un préjudice distinct, réparable sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par arrêt du 9 février 2012, la Cour de cassation a admis qu'une partie peut, en principe, réclamer les honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice (Cass. 9 février 2012, n°5/12, Numéro 2881 du registre).

Au vu de tout ce qui précède, il est établi que PERSONNE2.) a dû recourir aux services d'un avocat pour faire valoir ses droits à l'encontre de PERSONNE1.) qui, dès le début de la procédure, conteste avoir commis une faute technique lors de l'opération litigieuse, faute dûment établie par le rapport d'expertise HUMMER et les autres éléments de la cause.

Au dossier figurent plusieurs mémoires d'honoraires et des paiements effectués par PERSONNE2.).

La relation causale ne peut pourtant être admise que dans la mesure où le montant des frais et honoraires mis en compte ne dépasse pas celui normalement demandé pour une affaire de même espèce, d'après les critères d'appréciation en usage et dans la limite des prestations effectivement fournies.

Concernant le montant du préjudice, il ressort des notes de frais et honoraires versées en cause que le litismandataire de PERSONNE2.) lui a demandé paiement, pour la première instance, d'un montant de 13.816,11 EUR. En instance d'appel, PERSONNE2.) déclare augmenter cette demande à la somme de 22.835,30 EUR. Eu égard aux contestations du montant réclamé, il y a lieu de faire vérifier par un consultant les montants mis en compte.

Les intérêts

PERSONNE2.) critique le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas alloué d'intérêts compensatoires sur les dommages et intérêts alloués pour pretium doloris, d'aide à la tierce personne, de préjudice moral, des frais de l'expert FRANCOIS et des frais d'assignation de 250 EUR devant le tribunal d'assignation à partir du 28 septembre 2015 jusqu'au à la date du jugement entrepris.

PERSONNE1.) n'a pas spécialement conclu sur cette demande.

Etant donné qu'il conteste toutes les demandes de PERSONNE2.), la Cour d'appel admet qu'il conteste également la demande de la partie intimée relative aux intérêts.

Les intérêts compensatoires sont ceux qui courent depuis la naissance du dommage jusqu'au jour de la décision fixant l'indemnité et relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond.

En matière de pretium doloris, l'allocation des intérêts compensatoires se fait à partir du jour de l'accident (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^{ème} édition 2014, n°1254).

L'indemnité à titre de pretium doloris est dès lors allouée avec les intérêts compensatoires au taux légal à partir du 28 septembre 2015. Le jugement est à réformer de ce chef.

Il en va de même en ce qui concerne les indemnités allouées du chef d'aide à tierce personne et du chef de déficit fonctionnel temporaire.

En l'absence de contestations précises de la part de PERSONNE1.), le jugement est à confirmer en ce qui concerne les intérêts alloués sur les frais d'huissier de la procédure de référé et les frais d'expertise HUMMER.

En ce qui concerne le dommage moral en relation avec l'annulation du voyage à ADRESSE4.), les intérêts sont à allouer à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

En attendant le résultat de la mesure d'instruction, les indemnités de procédure et les frais sont réservés.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

quant aux appels principal et incident contre le jugement du 16 juin 2020

les dits non fondés,

en déboute,

confirme le jugement entrepris,

quant aux appels principal et incident contre le jugement du 4 mai 2022

dit l'appel principal non fondé pour autant qu'il a trait à l'indemnisation du pretium doloris, préjudice moral, d'aide à tierce personne et préjudice matériel,

dit l'appel incident non fondé pour autant qu'il a trait à l'indemnisation du préjudice d'impréparation, d'aide à tierce personne, préjudices moral et patrimonial,

le dit fondé pour autant qu'il a trait aux intérêts,

réformant,

condamne PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) au titre du pretium doloris le montant de 6.000 EUR, avec les intérêts au taux légal à partir du 28 septembre 2015 jusqu'à solde,

condamne PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) au titre de l'aide à la tierce personne le montant de 510 EUR, avec les intérêts au taux légal à partir du 28 septembre 2015 jusqu'à solde,

condamne PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) au titre du déficit fonctionnel temporaire le montant de 1.075 EUR, avec les intérêts au taux légal à partir du 28 septembre 2015 jusqu'à solde,

condamne PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) au titre de préjudice moral le montant de 1.000 EUR, avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement en ce qu'il a condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) au titre des frais d'huissier de la procédure de référé le montant de 345,22 EUR, avec les intérêts au taux légal sur le montant de 159,61 EUR à partir du 11 novembre 2016 et sur le montant de 185,61 EUR à partir du 22 mai 2017 jusqu'à solde,

confirme le jugement en ce qu'il a condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) au titre des frais d'expertise HUMMER le montant de 2.400 EUR, avec les intérêts au taux légal à partir du 18 août 2017 jusqu'à solde,

confirme le jugement en ce qu'il a rejeté la demande pour préjudice patrimonial de PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.),

avant tout autre progrès en cause

nomme consultant Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, Maître Pit RECKINGER, avec la mission :

de se prononcer sur le préjudice en frais et honoraires d'avocat subi par PERSONNE2.), épouse PERSONNE2.) en ayant égard aux prestations effectivement fournies et au prix normalement demandé pour une affaire pareille suivant les critères d'appréciation en usage,

fixe la provision à valoir sur les honoraires et frais du consultant au montant de 1.000 EUR,

ordonne à PERSONNE1.) de payer ladite provision au consultant au plus tard le 26 juillet 2024 et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du Nouveau Code de procédure civile,

charge le président de chambre Danielle SCHWEITZER du contrôle de cette mesure d'instruction,

dit que si les honoraires du consultant devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après paiement ou consignation d'une provision supplémentaire,

dit que si le consultant rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat,

dit que dans l'accomplissement de sa mission, le consultant pourra s'entourer de tous renseignements utiles et avoir recours à l'avis de tiers,

dit que le paiement de la provision se fait sans préjudice du droit de taxation des honoraires et frais,

dit que le consultant déposera son rapport au greffe de la Cour, après paiement de la provision et, le cas échéant, de la provision supplémentaire au plus tard le 15 novembre 2024,

dit que, le cas échéant, le consultant demandera au magistrat commis un report de la date de dépôt en indiquant sommairement les motifs qui empêchent le dépôt dans le délai prévu,

dit qu'en cas d'empêchement du consultant il sera procédé à son remplacement par ordonnance du magistrat chargé du contrôle de la mesure d'instruction,

dit qu'en cas d'empêchement du magistrat chargé du contrôle de la mesure d'instruction il sera procédé à son remplacement par ordonnance du président de chambre,

réserve le surplus et les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Danielle SCHWEITZER, président de chambre, en présence du greffier Alexandra NICOLAS.