

Arrêt N°102 /19 - IX –CIV

Audience publique extraordinaire du deux août deux mille dix-neuf

Numéro 43632 du rôle

Composition:

Serge THILL, président de chambre,
Danielle SCHWEITZER, premier conseiller,
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller,
Cindia FERNANDES, greffier assumé.

E n t r e :

1) **A.)**, médecin-spécialiste en chirurgie orthopédique, demeurant professionnellement à L-(...), (...),

2) la société anonyme **ASS1.) LUXEMBOURG S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg, du 29 avril 2016,

comparant par Maître Gast NEU, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) **B.)**, demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 29 avril 2016,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme **ASS2.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le

numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 29 avril 2016,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) la **CAISSE NATIONALE DE SANTE**, établissement public, établie et ayant son siège social à L-1471 Luxembourg, 125, route d'Esch, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro J 21, représentée par le président de son comité directeur actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 29 avril 2016,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

En date du 8 mai 2008, **B.)** a fait une chute au **MAG1.)** à (...) dont la responsabilité incombe à **C.)**, entretemps décédé, assuré en responsabilité civile par la société anonyme **ASS2.)** (ci-après **ASS2.)**).

Lors de cette chute, **B.)** s'est fracturé l'humérus gauche.

Une opération a été pratiquée par le docteur **A.)**, assuré en responsabilité professionnelle par **ASS1'.)** S.A. LUXEMBOURG (actuellement **ASS1.)** S.A). En raison de complications, **B.)** a été adressé au professeur **D.)** qui a opéré **B.)** à trois reprises. **ASS2.)** et **D.)** ont d'un commun accord chargé le docteur Marco KREMER d'une mission d'expertise extra-judiciaire pour déterminer le préjudice corporel accru à **B.)**.

Dans son rapport déposé le 28 mai 2011, le docteur Marco KREMER a retenu une IPP de 45% dans le chef de **B.)**.

Dans un rapport judiciaire déposé le 20 octobre 2013, le docteur Larry NATOWITZ a retenu une IPP de 45% à raison de 25% causé par la chute du 8 mai 2008 et de 20% causé par l'intervention du 21 mai 2008 pratiquée par **A.)**.

Par exploit d'huissier de justice du 5 septembre 2014, **B.)** a fait comparaître **A.)**, **ASS1'.)** S.A. LUXEMBOURG et **ASS2.)** devant le tribunal

d'arrondissement de Luxembourg pour les voir condamner solidairement, sinon in solidum au paiement de la somme de 196.000 EUR + p.m. à titre de préjudices subis, sous réserve d'augmentation, avec les intérêts légaux à partir du 8 mai 2008, sinon à partir de l'assignation du 5 septembre 2014 jusqu'à solde. A titre subsidiaire, il a demandé à voir nommer des experts médecin et calculateur aux fins d'évaluer les différents postes du dommage moral et matériel suite à l'accident du 8 mai 2008, respectivement suite à l'intervention du 21 mai 2008.

La CAISSE NATIONALE DE SANTE (ci-après la CNS) a été assignée en déclaration de jugement commun.

B.) a entendu engager la responsabilité délictuelle de **C.)** sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil pour avoir chuté en premier, l'avoir entraîné et l'avoir fait tomber à son tour lui causant ainsi des blessures. Il a reproché à **A.)** d'avoir commis une faute médicale de nature contractuelle, sinon délictuelle lors de l'intervention du 21 mai 2008 ayant visé à réduire la fracture de son humérus gauche et consistant en un mauvais positionnement du fixateur externe type Hoffmann II avec quatre fiches. Il a exercé à l'encontre de **ASS1'.)** S.A. LUXEMBOURG et **ASS2.)** l'action directe prévue à l'article 89 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance.

A.) et son assureur **ASS1'.)** S.A. LUXEMBOURG (actuellement **ASS1.)**) ont contesté toute faute médicale dans le chef d'**A.)** et ont versé à ce titre un rapport d'expertise unilatéral établi par le professeur ROMBOUTS lequel contredirait les conclusions de l'expert judiciaire NATOWITZ en ce qui concerne le placement des fiches du fixateur externe et le délai de recours à une exploration pour tentative de réparation nerveuse. Ils ont fait valoir que la section du nerf radial doit être considérée comme un aléa thérapeutique. Ils ont contesté également les montants réclamés et ont conclu subsidiairement à une expertise complémentaire pour voir chiffrer le dommage corporel en précisant le pourcentage lié à l'accident du 8 mai 2008 et celui lié à l'intervention du 21 mai 2008.

ASS2.), qui n'a pas contesté la responsabilité de son assuré dans la chute de **B.)**, a conclu à un partage de responsabilité entre **C.)** et **A.)**. Elle s'est référée au rapport d'expertise NATOWITZ et a demandé à voir fixer la clé de répartition à raison de 25% de l'IPP de 45% retenue par l'expert à l'égard de son assuré responsable de la chute du 8 mai 2008 et de 20% à l'égard d'**A.)** responsable de l'intervention du 21 mai 2008. Elle a demandé à voir nommer un expert calculateur.

Par exploit d'huissier de justice du 29 avril 2016, **A.)** et la société anonyme **ASS1.)** (anciennement **ASS1'.)** S.A. LUXEMBOURG) ont régulièrement relevé appel du jugement du tribunal d'arrondissement du 15 mars 2016 qui a déclaré la demande de **B.)** irrecevable sur la base contractuelle, mais recevable et fondée sur la base délictuelle, déclaré la demande recevable et fondée sur la base délictuelle à l'égard de feu **C.)** ; déclaré fondée en principe la demande dirigée à l'encontre d'**A.)**, la société anonyme **ASS1'.)** S.A. LUXEMBOURG (actuellement **ASS1.)** S.A) et **ASS2.)** et qui a avant tout autre

progrès en cause, ordonné un complément d'expertise médicale et nommé deux experts le docteur Larry NATOWITZ et Maître Tonia FRIEDERS-SCHEIFER.

Ils demandent de réformer le jugement entrepris et de dire la demande de **B.)** irrecevable sinon non fondée sur base de la responsabilité délictuelle.

A.) et son assureur prétendent qu'**A.)** bénéficie d'une immunité civile pour les éventuelles fautes commises dans l'exercice de sa profession salariée du **HÔP1.)** (ci-après **HÔP1.)**). Ils se basent sur un arrêt dit C. rendu par la Cour de cassation française le 25 février 2000. En ordre subsidiaire, ils soutiennent qu'**A.)** n'a pas commis de faute et que son intervention a été faite conformément aux données de la science médicale.

Aucune disproportion entre l'efficacité de la méthode choisie et le risque encouru ne serait démontrée. Les conclusions du professeur ROMBOUTS ne seraient pas à considérer comme un simple rapport pour l'appréciation de la prétendue faute d'**A.)**. Ni le rapport du docteur NATOWITZ ni celui du docteur DE GREIFT n'établiraient de manière non équivoque une faute professionnelle dans le chef d'**A.)**.

B.) formule régulièrement appel incident en ce que les juges de première instance ont déclaré sa demande irrecevable sur base des dispositions de la responsabilité contractuelle. Pour le surplus, il conclut à la confirmation du jugement en précisant qu'**A.)** a failli à ses obligations d'information et de sécurité, qu'il a commis une faute dans le geste médical lui-même et le suivi post opératoire. La relation causale entre l'intervention d'**A.)** et le préjudice souffert résulterait à suffisance des conclusions du docteur NATOWITZ.

Après la révocation de l'ordonnance de clôture du 9 mai 2018 et après la remise de nouvelles pièces desquelles il résulte qu'**A.)** n'est pas salarié du **HÔP1.)** mais y exerce en tant que médecin libéral, **ASS2.)** relève également régulièrement appel incident contre le jugement du 15 mars 2016 en ce qu'il a déclaré la demande contre **A.)** irrecevable en tant que fondée sur la base contractuelle. **ASS2.)** demande, en ordre subsidiaire le rejet de l'appel en ce qu'il tend à voir réformer le jugement en ce qu'**A.)** bénéficierait d'une immunité civile en tant que préposé du **HÔP1.)** agissant dans le cadre de ses fonctions. La jurisprudence luxembourgeoise ne reconnaît pas d'immunité du préposé ayant commis une faute dans l'exercice de ses fonctions.

Quant à l'acte médical, **ASS2.)** estime qu'**A.)** a commis une erreur d'appréciation et qu'il ne s'agit pas d'un aléa thérapeutique inhérent à l'acte qui ne pouvait pas être maîtrisé. Les juges de première instance auraient retenu, à bon droit, que le manquement d'**A.)** est établi à suffisance par l'expertise contradictoire du docteur NATOWITZ.

ASS2.) conteste la demande de **B.)** en ce qu'il revendique l'indemnisation d'une perte de revenus. Elle demande, pour autant que de besoin que l'indemnisation de l'IPP soit évaluée selon la méthode du point alors que la

relation causale entre la mise à la retraite prématurée et l'accident du 8 mai 2008 ne serait pas établie.

ASS2.) demande acte qu'elle se réserve le droit d'exercer son recours contre **ASS1.)** et **A.)** pour tout montant qu'elle devrait être amenée à payer à **B.)**, à la CNS et à tout autre tiers qui irait au-delà du montant redû pour la part de responsabilité de son assuré.

La CNS demande la confirmation du jugement de première instance en ce qu'il a déclaré la demande de **B.)** fondée en principe, de condamner **A.)**, **ASS1.)** et **ASS2.)** solidairement sinon in solidum au paiement de la somme de 68.756,27 EUR, outre les intérêts, sinon d'ordonner un complément d'expertise aux fins de ventilation des prestations statutaires.

A l'audience du 15 mai 2019, à laquelle l'affaire avait été fixée pour plaidoiries, les mandataires des parties ont marqué leur accord à ce qu'il soit procédé conformément aux dispositions de l'article 227 du Nouveau Code de procédure civile.

Se basant sur le règlement grand-ducal du 8 juillet 1976 concernant l'organisation médicale, pharmaceutique et paramédicale du **HÔP1.)**, **A.)** et **ASS1.)** soutiennent après la révocation de l'ordonnance de clôture que l'exercice d'une activité indépendante n'est pas exclusif d'un lien de subordination juridique caractéristique du contrat de travail dans la mesure où un médecin même indépendant se trouve dans un état de subordination à partir du moment où il est soumis dans l'exercice de sa fonction à des sujétions découlant de règles d'organisation déterminées unilatéralement par la direction de l'établissement.

A.) aurait au moment de l'intervention litigieuse exercé en milieu fermé et aurait été soumis aux règles d'organisation déterminées par le **HÔP1.)**. A l'égard des tiers, le préposé médecin devrait bénéficier de l'immunité civile reconnue à tout préposé, sous peine d'enfreindre le principe d'égalité devant la loi.

Les appelants se prévalent encore de l'article 4 du règlement grand-ducal du 8 juillet 1976 concernant l'organisation médicale, pharmaceutique et paramédicale du **HÔP1.)**, avec lequel a fusionné la **HÔP2.)** selon lequel : « *les médecins engagés à plein temps consacrent la totalité de leur activité professionnelle au **HÔP1.)**. Ils y ont un cabinet de consultation à leur disposition. Ils ne peuvent exercer leur art dans une autre clinique ni faire des visites à domicile. Il leur est interdit d'avoir un cabinet, une officine ou un laboratoire privés ou une activité médicale privée rémunérée en dehors du service* ».

Pour des raisons de logique juridique, il convient d'abord d'analyser les appels incidents de **B.)** et de **ASS2.)**.

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, 3e édition, Pasicrisie luxembourgeoise, 2014, n° 653).

Hormis des situations exceptionnelles, comme celle où le patient se trouve dans l'impossibilité d'exprimer son consentement, la responsabilité du médecin à son égard est contractuelle et le patient ne saurait agir contre lui sur la base délictuelle.

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).

Il résulte des pièces versées en cause qu'**A.)** a été agréé en 1992 à la **HÔP2.)**, **FOND1.)** et qu'une convention d'agrément de médecins a été signée entre ladite clinique et **A.)**.

Aux termes de l'article 1er de cette convention, le médecin exerce sa profession libérale à temps plein exclusivement à la **HÔP2.)** et s'engage à opérer et/ou traiter en milieu hospitalier l'ensemble de ses patients à ladite clinique (...) « *Son activité dans une autre clinique ne pourra dépasser celle d'un consultant intervenant occasionnellement* ». L'article 14 de la convention dit que « *Les malades et, le cas échéant, les proches parents des malades choisissent librement le médecin traitant parmi les médecins agréés. [...] Les médecins agréés pratiqueront librement selon les règles de l'art et sous leur propre responsabilité [...]* ». Selon l'article 15 « *Les malades présentés par un médecin non agréé ou par leurs proches parents devront être dès leur entrée invités à choisir sur le vu du tableau des médecins agréés, le médecin qu'ils entendent charger du traitement* ».

Il est admis en cause qu'**A.)** exerçait à la **HÔP2.)** sa profession à titre libéral tout en disposant d'un cabinet privé. Les patients pouvaient choisir librement un médecin parmi la liste des médecins agréés, de sorte que la **HÔP2.)**, **FOND1.)**, fonctionnait comme un établissement « *ouvert* ».

Les services hospitaliers de la **HÔP2.)** ont été intégrés et rattachés au **HÔP1.)**, suivant les termes d'une convention conclue le 14 juillet 2003 entre le **HÔP1.)** et la **FOND1.)**, le tout en vertu de l'arrêté grand-ducal du 3 octobre 2003,

portant intégration et rattachement des services hospitaliers de la **HÔP2.**), **FOND1.**), au **HÔP1.**)

L'article 9 de la loi du 10 décembre 1975 relative au **HÔP1.)** dispose qu' « *un règlement grand-ducal pris sur avis du collège médical, le Conseil d'Etat entendu, arrête l'organisation médicale, pharmaceutique et paramédicale du **HÔP1.)**, notamment en ce qui concerne les principes régissant l'admission, les activités professionnelles et les rémunérations. [...] Ce règlement prévoira que les médecins sont payés forfaitairement et que leur rémunération est prélevée sur la masse des honoraires pour prestations et actes médicaux qui sont recouverts par l'établissement et comptabilisés à part* ».

Sur base de cette disposition législative a été adopté le règlement grand-ducal du 8 juillet 1976 concernant l'organisation médicale, pharmaceutique et paramédicale du **HÔP1.)**.

Aux termes de l'article 2 de ce règlement, le **HÔP1.)** est un centre de diagnostic de soins, de traitement, d'hospitalisation, de recherche et d'enseignement qui fonctionne comme établissement fermé à services structurés.

D'après l'article 5 dudit règlement les médecins travaillant à temps plein ou à temps partiel sont engagés sur contrat et rémunérés forfaitairement par le **HÔP1.)**. Leur rémunération est prélevée sur la masse des honoraires pour prestations et actes médicaux qui sont recouverts par le **HÔP1.)** et comptabilisés à part.

Il s'ensuit que le **HÔP1.)** fonctionne en principe suivant le régime hospitalier dit « *fermé* ».

Or, la loi du 25 mars 2005 modifiant la loi modifiée du 10 décembre 1975 relative au **HÔP1.)**, a introduit dans la loi précitée du 10 décembre 1975 un nouvel article 26-1 qui est de la teneur suivante : « *Par dérogation à l'article 9, les médecins agréés par la **FOND1.)** à la date du 31 décembre 2003, peuvent continuer à exercer leur activité médicale à titre d'indépendant et sous statut libéral au **HÔP1.)*** ».

Selon le nouvel article 26-1 de la loi du 25 mars 2005 modifiant la loi du 10 décembre 1975 relative au **HÔP1.)** « *Par dérogation à l'article 9, les médecins agréés par la **FOND1.)** à la date du 31 décembre 2003, peuvent continuer à exercer leur activité médicale à titre indépendant et sous statut libéral au **HÔP1.)*** ».

A.) ne conteste pas qu'il est attaché au **HÔP1.)** dans ces conditions de sorte qu'il convient de retenir qu'au moment de l'intervention sur **B.)**, il exerçait à titre d'indépendant et sous statut libéral au **HÔP1.)** et qu'un contrat s'est formé entre lui et **B.)**.

La demande de **B.)** dirigée contre **A.)** est dès lors recevable sur la base contractuelle.

Etant donné qu'**A.)** n'a pas la qualité de préposé et que l'intervention pratiquée par ses soins sur le patient **B.)** a été faite 13 jours après la survenance de la chute, soit en dehors de toute urgence médicale et ne dépendait pas des règles d'organisation du **HÔP1.)**, les développements d'**A.)** et de son assureur relatifs aux dispositions du Code du travail, à l'inégalité de traitement entre les « *médecins salariés* » et « *les salariés* » et selon lesquels **A.)** bénéficierait « *d'une immunité civile en tant que préposé qui aurait agi dans le cadre de ses fonctions* » ne sont pas pertinents.

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.

Les appelants reprochent à la juridiction de première instance qu'elle a dit que le rapport du professeur ROMBOUTS du 2 janvier 2014 n'a pas de valeur légale et n'est pas de nature à ébranler les conclusions de l'expert NATOWITZ et qu'elle en a déduit que les suites de l'intervention du 21 mai 2008 lors de laquelle le nerf radial a été lésé sont imputables à un manquement d'**A.)**, à savoir les soins en relation avec cette lésion, plus particulièrement les interventions du professeur **D.)** en ce compris le sepsis.

Ils prétendent que le professeur ROMBOUTS est un « *éminent spécialiste à Bruxelles souvent chargé de missions d'expertise* », que les évaluations données par l'expert NATOWITZ ne sont pas convaincantes et que celles du docteur KREMER sont douteuses. Les juges de première instance auraient estimé à tort qu'**A.)** n'avait pas pris les précautions nécessaires soit pour repérer le nerf radial avant d'enfoncer les broches dans le bras soit en posant les broches à un autre endroit ne présentant pas de risques de lésion de nerf radial et avait de la sorte exposé son patient à un risque majeur qui diffère totalement de l'aléa thérapeutique.

Les seuls éléments concrets qui seraient la suite de l'intervention chirurgicale seraient les deux interventions du professeur **D.)** des 6 et 10 mars 2009.

Le rapport du professeur ROMBOUTS a été établi à l'initiative des parties appelantes.

Il s'agit d'un rapport unilatéral.

Le docteur NATOWITZ nommé par ordonnance du juge des référés du 20 avril 2012 a déposé son rapport judiciaire le 20 octobre 2013.

La Cour 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.

Au cas où une expertise officieuse a été diligentée, elle peut être produite aux débats judiciaires à condition que la règle du contradictoire ait été respectée. La contradiction suppose que l'expertise ait été communiquée auparavant à toutes les parties, comme les autres documents de la cause (Enc. Dalloz, procédure civile, mesures d'instruction confiées à un technicien, n° 14). L'essentiel est que les parties aient été à même de discuter contradictoirement des informations communiquées au juge (Loïc Cadiet, droit judiciaire privé, p. 467). Par ailleurs pour ce qui est de la valeur de l'expertise officieuse, les juges ne sont pas obligés de suivre les conclusions de l'expert. Ils peuvent y puiser leurs convictions dès lors que le rapport a été régulièrement versé aux débats et a fait l'objet d'un débat contradictoire.

Le rapport du professeur ROMBOUTS ayant été régulièrement versé aux débats et soumis aux parties intimées afin qu'elles puissent être à même d'en débattre peut dès lors valoir à titre de preuve.

Il convient de rappeler que lors de l'intervention du 21 mai 2008, **A.)** a posé un fixateur externe de type Hoffmann II avec quatre fiches pour réduire et stabiliser la fracture de l'humérus gauche et que suite à des complications **B.)** a été opéré à trois reprises par le professeur **D.)**.

Il résulte du rapport du docteur Marco KREMER, établi avant les expertises NATOWITZ et ROMBOUTS, que des complications sont survenues du fait de la pose d'un fixateur externe au membre supérieur gauche par **A.)** lors de l'opération du 21 mai 2008. Ce médecin a retenu lors de ses opérations d'expertise qu'il y a eu section complète du nerf radial du membre supérieur gauche de **B.)** et qu'un épanchement septique s'est développé dans

l'articulation de l'épaule gauche dès la première intervention pratiquée par **A.**). Ces complications ont rendu nécessaires plusieurs autres interventions sur le membre supérieur gauche qui ont été réalisées par le professeur **D.**). Le professeur **D.**) a finalement mis en place une prothèse totale de l'épaule gauche le 25 février 2010. **B.**) a gardé une perte fonctionnelle de son membre supérieur gauche.

Dans son rapport judiciaire l'expert judiciaire NATOWITZ, après avoir constaté que la stabilisation par une technique de fixation externe lui apparaissait comme un choix raisonnable par rapport à l'abord direct du foyer de fracture, a retenu :

« La mise en place des fiches en particulier distales dans le cas présent me semble problématique en ce sens que leur localisation plus proximale qu'à l'accoutumée est en relation avec la lésion occasionnée de ce fait au nerf radial.

*La mise en place des fiches distales comme relevée en particulier par les cicatrices encore présentes sur le membre de Monsieur **B.**) est en position trop proximale, à l'origine du traumatisme du nerf radial.*

Il apparaît dès lors que cette lésion aurait pu être évitée par la mise en place correcte des fiches distales, plus bas sur l'humérus. Les complications infectieuses liées à l'abord de l'humérus pour tentative de réparation nerveuse sont directement liées à la lésion du nerf radial ».

L'expert fait référence à un article du Professeur BURNY publié en 1979 selon lequel ce dernier « préconise la mise en place des fiches distales 2 à 3 cm au-dessus de l'olécrâne, à la face postérieure du membre. Il s'agit d'un impératif anatomique guidé par le désir de ne pas léser précisément le nerf radial. Au niveau proximal, on évitera une lésion du nerf circonflexe en préconisant une voie d'abord transdeltoïdienne à 3 à 4 cm sous l'acromion à la face externe du membre ».

Il a conclu comme suit :

« (...) J'ai fourni un avis motivé concernant le déroulement de l'opération du 21.05.2008, suivant lequel les fiches d'ancrage distales du fixateur externe ont été placées de manière trop proximales, ce qui a entraîné une lésion du nerf radial. A l'époque de cette intervention, les données de la science enseignaient de placer ces fiches de manière plus distale, précisément pour éviter une lésion neurologique. Le sepsis observé est consécutif aux interventions de tentative de réparation nerveuse et est donc en lien caténaire avec le placement des fiches précitées.

*Les manquements reprochés au Docteur **A.**) par rapport aux données contemporaines de la science médicale sont de deux ordres : placement trop proximal des fiches distales du fixateur externe et délai anormalement long de recours à une exploration neurologique pour tentative de réparation nerveuse.*

La relation causale entre le premier manquement et le dommage est évidente, par contre elle ne l'est pas pour le deuxième, car il n'est pas établi qu'un recours plus précoce aux investigations neurologiques et aux tentatives de réinnervation aurait amélioré le résultat final. La nécessité de remplacement prothétique de l'épaule gauche est exclusivement liée à la gravité des lésions initiales et était inéluctable quel que soit le traitement envisagé. On peut donc estimer que sont imputables aux manquements retenus la lésion du nerf radial ainsi que les soins en relation avec cette lésion, plus particulièrement les interventions du Professeur D.) en ce compris le sepsis. Le taux résiduel d'incapacité permanente lié à la lésion du nerf radial et ses suites est évalué selon moi à hauteur de 20. En l'absence de tout manquement, le reste des séquelles aurait de toute façon été observé, en particulier le remplacement prothétique de l'épaule gauche, en raison de la dévascularisation de la tête humérale suite au traumatisme initial.»

Cet expert retient dès lors que les suites de l'intervention lors de laquelle le nerf radial a été lésé sont imputables à **A.)**, c'est-à-dire les interventions du professeur **D.)** et le sepsis. Le remplacement prothétique de l'épaule aurait selon l'expert de toute façon été nécessaire en raison de la dévascularisation de la tête humérale suite au traumatisme initial. L'expert fixe la proportion du taux d'IPP à l'intervention défailante de **A.)** à 20 %.

Les parties appelantes font à tort valoir que les conclusions de l'expert judiciaire sont contredites par celles du professeur ROMBOUTS.

En se référant à la littérature médicale, ce praticien retient qu'il y a plusieurs positions acceptables pour la pose des broches distales, l'essentiel est d'éviter le nerf radial.

Pour éviter ce nerf radial, il faut se baser, selon cet expert, sur une bonne connaissance de l'anatomie où « réaliser un abord limité permettant un contrôle direct du nerf ». Le professeur ROMBOUTS relève qu'**A.)** a envisagé cette dernière éventualité, mais qu'il écrit ne pas l'avoir réalisée à cause de l'embonpoint du patient qui rendait impossible un abord limité. Le professeur poursuit que « la pratique usuelle » en matière de pose d'un fixateur externe n'est pas univoque et le chirurgien peut choisir différentes places pour les broches distales, toujours en tenant compte de la position du nerf radial. **A.)** aurait choisi la place la plus adéquate sur le plan biomécanique c'est à dire à relative proximité de la partie distale du foyer de fracture. C'est la zone où le nerf passe de la face postérieure à la face antérieure. C'est effectivement une zone « risquée ».

Selon ces conclusions, **A.)** a pris un risque en plaçant le fixateur dans le bras de **B.)** dans une zone risquée où le nerf passe de la face postérieure à la face antérieure.

Ces conclusions ne contredisent pas celles de l'expert judiciaire selon lesquelles il y a eu placement trop proximal des distales du fixateur externe sur le patient **B.)**.

C'est à tort que les parties appelantes font encore valoir que la section du nerf radial constitue un aléa thérapeutique.

A.) explique qu'il a été obligé de choisir cet emplacement plus risqué en raison de l'obésité du patient.

Il est dit dans le rapport d'expertise judiciaire que : « *L'obligation d'agir selon les données acquises de la science signifie, au niveau de la thérapie, que le choix du médecin ne doit pas porter sur un traitement dépassé – surtout s'il s'est révélé dangereux – ou trop nouveau. Parmi les actes qui s'offrent à son choix, il ne doit pratiquer que ceux qui sont en adéquation avec l'état de santé du patient et s'abstenir de techniques qui, tout en étant conformes aux règles de l'art ne sont pas appropriées à l'état du patient au regard du bilan entre les risques prévisibles et les bénéfices escomptés* ».

A.) a opté pour une solution de placement du fixateur emportant des risques de lésion du nerf radial et a, lors de l'intervention, sectionné le nerf radial.

Il aurait cependant dû prendre les précautions nécessaires soit pour repérer le nerf radial avant d'enfoncer les broches dans le bras soit en posant les broches à un autre endroit ne présentant pas de risque. Or, il a, malgré l'absence de réalisation d'un abord limité pour contrôler le nerf, placé la broche au plus près du foyer avec le risque de léser le nerf radial.

La juridiction de première instance a partant à juste titre retenu qu'**A.)** a exposé **B.)** à un risque majeur qui diffère de l'aléa thérapeutique qu'il entend invoquer et a retenu une faute médicale dans son chef.

Il s'y ajoute que l'opération sur **B.)** n'a pas eu lieu en urgence, qu'**A.)** ne prouve pas avoir informé son patient sur les risques encourus du fait de l'intervention notamment sur une possible lésion du nerf radial de sorte que la responsabilité d'**A.)** est encore engagée à cet égard.

Il résulte à suffisance des conclusions de l'expert NATOWITZ qui ne sont pas mises en cause par aucun autre élément du dossier que « *La relation causale entre le premier manquement (placement trop proximal des fiches distales du fixateur externe) et le dommage est évidente. (...) La nécessité de remplacement prothétique de l'épaule gauche est exclusivement liée à la gravité des lésions initiales et était inéluctable quel que soit le traitement envisagé. On peut donc estimer que sont imputables aux manquements retenus la lésion du nerf radial ainsi que les soins en relation avec cette lésion, plus particulièrement les interventions du professeur **D.)** en ce compris le sepsis* ».

L'expert retient également que les complications infectieuses liées à l'abord de l'humérus pour tentative de réparation nerveuse sont directement liées à la lésion du nerf radial.

La relation causale entre la faute médicale et le préjudice causé à **B.)** se trouve partant établie et le jugement est à confirmer sur ce point.

Les appelants contestent le préjudice réclamé par **B.)**.

Ils contestent, comme en première instance, les évaluations données par l'expert NATOWITZ basées sur les données lui communiquées par le docteur Marco KREMER, tout préjudice esthétique et pour douleurs endurées ainsi que tout lien causal entre l'aide d'une tierce personne et l'opération pratiquée le 21 mai 2008.

En ordre subsidiaire, ils concluent à la confirmation du jugement de première instance en ce qu'il a ordonné un complément d'expertise.

En l'absence d'éléments nouveaux en instance d'appel, le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a ordonné un complément d'expertise et renvoyé le dossier à l'expert NATOWITZ pour se prononcer sur la question de savoir quelles composantes déterminées du dommage accru à **B.)** sont à relier à la faute de **C.)** et quelles autres à celle d'**A.)** et d'établir le pourcentage.

Pour les mêmes motifs, le jugement de première instance est encore à confirmer en ce qu'il a renvoyé le dossier à l'expert NATOWITZ pour déterminer l'étendue du préjudice corporel, matériel et moral accru à **B.)** et nommé expert calculateur Maître Tonia FRIEDERS-SCHEIFER afin d'arrêter les montants indemnitaires devant revenir à **B.)** du chef des suites dommageables par lui subies à la suite des fautes conjuguées de feu **C.)** et **A.)**.

Au vu de l'issue du litige, il convient d'allouer à **B.)** de la part des appelants une indemnité de procédure de 2.000 EUR pour l'instance d'appel et de débouter les appelants de leur demande afférente.

Il n'est cependant pas inéquitable de laisser à charge de **ASS2.)** et de la CNS des sommes exposées par elles et non comprises dans les dépens de sorte que leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

Le présent arrêt est à déclarer commun à la CNS.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel principal et les appels incidents,

dit l'appel principal non fondé,

dit les appels incidents fondés en rapport avec la base de la demande de **B.**),

dit la demande de **B.**) recevable sur la base contractuelle dans la mesure où elle est dirigée contre **A.**),

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déboute **A.**), la société anonyme **ASS1.)** LUXEMBOURG S.A., la compagnie d'assurances **ASS2.)** S.A. et la CAISSE NATIONALE DE SANTE de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne **A.**) et la société anonyme **ASS1.)** LUXEMBOURG S.A. in solidum à payer à **B.**) une indemnité de procédure de 2.000 EUR pour l'instance d'appel,

donne acte à la compagnie d'assurances **ASS2.)** S.A. qu'elle se réserve le droit d'exercer son recours contre **A.**) et la société anonyme **ASS1.)** LUXEMBOURG S.A. pour tout montant qu'elle devrait être amenée à payer à **B.**), à la CAISSE NATIONALE DE SANTE et à tout autre tiers payeur qui irait au-delà de celui dû pour la part de responsabilité de feu **C.**) dans le dommage,

condamne **A.**) et la société anonyme **ASS1.)** LUXEMBOURG S.A. in solidum aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Alain GROSS et Maître Jean MINDEN, avocats concluant, affirmant en avoir fait l'avance,

déclare le présent arrêt commun à l'établissement public CAISSE NATIONALE DE SANTE.

Monsieur le Président de chambre Serge THILL étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique extraordinaire par Danielle SCHWEITZER, premier conseiller, en présence du greffier assumé Cindia FERNANDES.