

Audience publique du sept mai deux mille vingt

Numéro 42846 du rôle

Composition:

Serge THILL, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Danielle SCHWEITZER, premier conseiller,
Alexandra NICOLAS, greffier.

Entre :

1) **A.**), demeurant à L-(...),

2) **B.**), demeurant à L-(...),

3) les parties 1 et 2 prises en leur qualité d'administrateurs légaux des biens de leur enfant mineur **C.**), né le (...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 23 juillet 2015,

comparant par Maître Laurent HARGARTEN, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette,

et :

1) **D.**), née (...), docteur en gynécologie, demeurant à L-(...),

intimée aux fins du prédit exploit GALLE du 23 juillet 2015,

comparant par Maître Julie ASSELBOURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) **E.**), docteur en gynécologie obstétrique, demeurant à L-(...),

3) **F.**), médecin généraliste, demeurant à L-(...),

intimés aux fins du prédit exploit GALLE du 23 juillet 2015,

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

4) la société anonyme **HOP.1.)**, venant aux droits et obligations de la société anonyme **CLINIQUE HOP.2.)**, 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 prédit exploit GALLE du 23 juillet 2015,

comparant par la société anonyme SCHILTZ & SCHILTZ S.A., inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Anne FERRY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

5) 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 J 21, représenté par le président de son comité directeur en fonctions,

intimé aux fins du prédit exploit GALLE du 23 juillet 2015,

défaillant.

LA COUR D'APPEL :

La société anonyme **HOP.1.)** s'est vu transférer les activités hospitalières de la société anonyme **CLINIQUE HOP.2.)**, et elle vient à ce titre aux droits et obligations de la **CLINIQUE HOP.2.)** (ci-après « la Clinique **HOP.2.)** »).

En date du (...) mars 2008, **B.)** a accouché à la Clinique **HOP.2.)** de l'enfant de sexe masculin **G.)**. Elle a été suivie durant sa grossesse par les docteurs **D.)**, **F.)** et **E.)**. A la naissance, il a été constaté que l'enfant **G.)** était atteint de deux malformations, l'une au niveau du pénis consistant en une malformation de l'urètre de la verge, l'autre consistant en une agénésie de la main droite se caractérisant par un moignon avec cinq processus digitaux et l'absence de métacarpien et de doigts.

Il est admis que le docteur **D.)** a procédé à six échographies obstétricales soit la 10^e, la 14^e, la 20^e, la 23^e, la 33^e et la 36^e semaine d'aménorrhée. Sur demande du docteur **D.)**, le docteur **F.)** a procédé, à la 23^e semaine d'aménorrhée, à une échographie obstétricale aux fins d'étude morpho biologique fœtale sur **B.)**. Le docteur **E.)**, en remplacement du docteur **D.)** qui était absente, a procédé, pendant la 30^e semaine d'aménorrhée, à une échographie obstétricale.

Le médecin Marie-Laurence BARBIER-COUREAUT, spécialiste en gynécologie et obstétrique et expert près de la Cour d'Appel de Nancy, a été nommée expert suivant ordonnance du juge des référés du 10 novembre 2009 avec la mission :

- 1) d'examiner l'enfant **G.)**,
- 2) de constater et de décrire les malformations que présente l'enfant **G.)**
- 3) de se prononcer sur l'origine des prédites malformations et les moyens éventuels pour y remédier et de déterminer à partir de quelle semaine de la grossesse elles auraient pu être constatées,
- 4) de se prononcer sur leurs suites et notamment sur les degrés d'incapacité de travail qui en résulteront.

Elle a déposé son rapport le 16 avril 2010.

Estimant qu'au vu des conclusions de l'expert, les docteurs **D.)**, **E.)** et **F.)** ont commis des fautes dans le suivi de la grossesse de **B.)**, notamment lors de la lecture des échographies et lors de l'étude morpho biométrique, et qu'ils n'ont pas bénéficié d'un suivi psychologique par le personnel de la clinique à la naissance de l'enfant, **A.)** et son épouse, agissant tant en leur nom personnel qu'en leur qualité d'administrateurs légaux des biens de leur premier enfant **C.)**, né le (...), ont, par exploit d'huissier de justice du 26 septembre 2011, fait donner assignation aux docteurs **D.)**, **E.)** et **F.)**, à la Clinique **HOP.2.)** et à la CAISSE NATIONALE DE SANTE (ci-après la CNS) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour avoir réparation des

préjudices nés des fautes commises par les médecins et la Clinique **HOP.2.**).

Suivant exploit d'huissier de justice du 18 janvier 2012, la CNS a été assignée pour se voir déclarer commun le jugement à intervenir.

Les demandeurs ont reproché aux médecins d'avoir failli à leur obligation de diagnostic-dépistage et d'avoir manqué à leur obligation d'information. En ce qui concerne la première obligation, ils ont soutenu que les trois médecins auraient dû successivement repérer les malformations de l'enfant. Les docteurs **D.)** et **E.)** n'auraient, par ailleurs, pas établi de compte rendu. En ce qui concerne l'obligation d'information, les requérants ont fait valoir qu'un examen plus attentif lors des échographies de contrôle aux divers stades de la grossesse aurait permis aux praticiens l'énonciation d'un doute, qui aurait justifié, soit, en début de grossesse, la faculté d'avorter de **B.)**, soit, à tout moment de la grossesse, un examen complémentaire ou la consultation d'un confrère spécialisé, avec la possibilité de préparer médicalement la naissance de l'enfant et psychologiquement la famille à accueillir l'enfant lors de sa naissance.

Les fautes à l'égard de la Clinique **HOP.2.)**, avancées par les demandeurs, auraient été l'absence de détection des malformations et l'absence de prise en charge psychologique de la famille.

Les requérants ont fait valoir, tant dans le chef de la mère que du père et du frère, le préjudice résultant de la perte du droit de recourir à une interruption de grossesse.

Les époux **A.)-B.)** ont réclamé, à titre de dommage matériel résultant de cette perte d'une chance d'avorter, pour chacun d'eux un montant de 500.000 EUR correspondant aux surcoûts laissés à leur charge pour les soins médicaux non pris en charge intégralement par la CNS. Ils ont offert en preuve ce préjudice par voie d'expertise.

Cette perte de chance d'avorter aurait également entraîné un dommage moral dans le chef de la mère, du père et du frère caractérisé par la souffrance de voir et de devoir soutenir et soigner un enfant handicapé toute leur vie.

Les requérants ont, en outre, fait valoir une perte de chance d'une prise en charge pluridisciplinaire et d'une assistance ante et post-natale pour les parents et le frère du nouveau-né.

Ce dommage a été chiffré au montant de 150.000 EUR pour chacun des parents et à 75.000 EUR pour le frère.

Le préjudice moral, constitué par le traumatisme subi lors de la naissance de **G.**), a été chiffré à 75.000 EUR par personne.

S'agissant du lien causal entre les différentes fautes et leur préjudice, les requérants ont fait valoir qu'au moment de l'examen anténatal par les médecins, **B.)** avait un droit ouvert à demander un avortement au Luxembourg, sinon dans divers pays de l'Union Européenne, de sorte que même si une interruption volontaire de grossesse n'avait pas été possible au Grand-Duché de Luxembourg, la mère aurait pu se faire avorter dans d'autres pays de l'Union Européenne.

En droit, les médecins et la Clinique **HOP.2.)** ont été assignés principalement sur la base contractuelle, sinon sur la base délictuelle dans leurs relations avec la mère de l'enfant. Le père et les époux **A.)-B.)**, en qualité de représentants légaux de leur fils **C.)**, ont recherché la responsabilité des parties assignées du chef desdites fautes sur la base délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par un jugement du 22 mai 2015, non signifié selon les renseignements fournis, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a débouté les requérants de toutes leurs demandes.

Par exploit d'huissier de justice du 23 juillet 2015, les époux **A.)-B.)** ont régulièrement relevé appel de cette décision.

Ils font, comme en première instance, valoir que les médecins auraient commis diverses fautes contractuelles dans le suivi de la grossesse de l'appelante et qu'il serait incontestable que tant la Clinique **HOP.2.)** que les professionnels de santé auraient engagé leur responsabilité contractuelle vis-à-vis de leur patiente et délictuelle vis à vis du reste de la famille.

Les médecins auraient manqué à leur obligation de diagnostic dépistage, n'auraient pas respecté l'article 12 du règlement grand-ducal du 8 décembre 1977 relative aux inscriptions manuscrites au carnet de maternité, auraient manqué à leur obligation d'information et auraient porté atteinte à la dignité de la mère.

Les appelants critiquent le jugement entrepris en ce que les juges n'ont pas pris position sur la privation du choix de recourir à une interruption médicale de grossesse, en retenant que « **B.)** *devait examiner si elle aurait eu le droit d'y recourir au vu de la législation luxembourgeoise en la matière à l'époque de la grossesse* ». Ce constat serait contraire au principe du libre choix du médecin dont peut se prévaloir chaque citoyen de l'Union Européenne.

Le père et le fils **C.)** auraient également subi un préjudice du fait de la perte de chance de **B.)** d'avoir pu avorter, de l'atteinte à la dignité de la mère et du non-respect de l'obligation de diagnostic dépistage et d'information. La responsabilité des médecins serait, à leur égard, établie sur base de l'article 1382 du Code civil.

La Clinique **HOP.2.)** aurait manqué à son obligation de suivi psychologique et sa responsabilité serait de nature contractuelle à l'égard de **B.)** et délictuelle à l'égard du reste de la famille.

Toutes les fautes commises seraient en « *lien de causalité adéquate* » avec les préjudices subis.

Les montants réclamés à titre de préjudice matériel et moral seraient tous justifiés sinon seraient à évaluer par experts.

Les appelants entendent prouver l'état de santé mentale de la mère par attestations testimoniales sinon par audition de témoins.

Quant à la responsabilité des médecins **D.)**, **F.)** et **E.)**

Comme en première instance, les parties appelantes reprochent aux docteurs **D.)**, **F.)** et **E.)** d'avoir manqué à leurs obligations professionnelles.

Il n'est pas contesté par les trois médecins en cause que leurs rapports avec **B.)** sont de nature contractuelle, tandis que ceux avec le père et avec les époux **A.)-B.)** en tant qu'administrateurs légaux de leur fils **C.)** sont de nature délictuelle.

Il est d'abord reproché aux trois médecins de ne pas avoir détecté les malformations de l'enfant **G.)** lors des échographies pendant la phase anténatale de la grossesse et d'avoir failli à leur obligation de moyen de diagnostic dépistage prénatal.

Les parties appelantes estiment que le manquement à cette obligation résulte à suffisance de l'expertise du docteur BARBIER-COUREAT, des conclusions du Professeur **H.)** et de l'avis du docteur **I.)**. Il serait établi que les anomalies étaient détectables au stade de chaque échographie. L'absence de détection des malformations n'aurait, en aucun cas, été due à un problème technique, mais aux fautes des médecins.

Les docteurs **F.)** et **E.)** estiment que l'expert BARBIER-COUREAT ne s'est pas soucié de la législation luxembourgeoise en matière d'exams

médicaux de la femme enceinte, mais aurait rédigé un rapport en ne tenant compte que de la réglementation française. L'échographie ne donnerait, par ailleurs, aucune garantie en ce qui concerne l'existence des doigts. Si le docteur F.) s'était certes trompé en déclarant avoir vu les membres du fœtus avec leurs différents segments et leurs extrémités, doigts comptés, cette erreur ne serait pas fautive. E.) n'aurait pas commis de faute non plus. Elle aurait remplacé le docteur D.) et n'aurait, en l'absence d'antécédents génétiques familiaux dans le chef de la patiente, pas mis en doute les résultats de ses confrères.

Le docteur D.) maintient, en instance d'appel, qu'elle n'a pas commis de faute dans le cadre de son obligation de diagnostic dépistage prénatal. Elle aurait réalisé toutes les échographies et aurait fait un compte rendu manuscrit.

Aux termes de l'article 39 du code de déontologie : « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande de soins, le médecin s'engage à assurer personnellement à son patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données de la science en faisant appel s'il y a lieu à l'assistance de tiers compétents.* »

Le médecin peut engager sa responsabilité tant à l'occasion du diagnostic que dans la phase du traitement du malade, et encore dans le suivi du patient une fois le traitement réalisé.

L'obligation souscrite par le médecin qui effectue un diagnostic prénatal est, en principe, une obligation de moyen. Ceci signifie que l'erreur de diagnostic ne constitue pas en elle-même une faute, mais il convient de démontrer en quoi elle est fautive.

Le diagnostic a été défini traditionnellement comme « *l'acte par lequel le médecin, groupant les symptômes morbides qu'offre le malade, les rattache à une maladie ayant sa place dans le cadre nosologique* ». En raison du développement de la science médicale, il répond actuellement à une définition plus large ; il s'agit de « *l'acte par lequel le médecin identifie une maladie déclarée, ou établit les risques de survenance d'une maladie à venir en fonction des prédispositions du patient* ». Le diagnostic constitue par nature un jugement porté sur l'actualité d'un état ou son devenir, voire sur les risques d'un passage à venir du normal à l'anormal (Georges RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition n° 659 ; J.-Cl., Droit civil, art.1382 à 1386 - Fasc. 440-40 : Santé - Responsabilité médicale - Responsabilité pour faute de technique médicale, n°12).

Le diagnostic anténatal regroupe l'ensemble des actes accomplis en vue de déterminer ou de prévoir l'état de santé, actuel, ou futur, d'un embryon ou d'un fœtus.

Le médecin doit élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, analyser soigneusement les symptômes observés en y consacrant le temps nécessaire, en mettant en œuvre des moyens d'investigation suffisants, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées.

Deux situations sont à distinguer face à la question du diagnostic prénatal ; celle de la prescription du diagnostic prénatal et celle constituée par l'erreur du diagnostic.

Il est admis en cause que les trois médecins sont intervenus par échographies à divers stades de la grossesse.

Il convient de rappeler que le gynécologue attitré de **B.**), le docteur **D.**), a réalisé six échographies au cours de la grossesse. Les dates auxquelles ces examens ont été réalisés résultent de la lettre adressée par le docteur **D.**) au collège médical en date du 13 juin 2008. Le docteur **F.**), à qui la patiente avait été adressée par le docteur **D.**), a réalisé une échographie morphologique biométrique fœtale au cours de la 23^e semaine d'aménorrhée. Le docteur **E.**) a encore pratiqué une échographie lors de la 30^e semaine de grossesse.

L'expert Marie-Laurence BARBIER-COUREAUT retient dans son rapport d'expertise judiciaire, quant aux deux malformations, que :

« Ces deux malformations sont d'origine dysembryologique et purement accidentelles.

*L'avis du Professeur **H.**) peut être repris pour la malformation du membre supérieur droit : pathologie malformative et non pas lésionnelle en cours de grossesse (maladie des brides amniotiques) agénésie transversale passant dans le carpe avec des pseudo-processus digitaux par induction épiblastique.*

Il n'y a aucun moyen actuel pour y remédier en anténatal.

L'hypospadias balanique (abouchement ectopique du méat urinaire au niveau du sillon balanique) n'est pas accessible au dépistage standard.

L'agénésie distale du membre supérieur peut être dépistée dès l'échographie du premier trimestre à 12 semaines d'aménorrhée. En

effet, plus que l'absence de doigts, l'absence de main est repérable car les métacarpiens ne sont pas visualisés.

Cependant la mention des doigts ne fait pas partie du compte rendu de l'échographie de dépistage du premier trimestre tel que défini par les recommandations de bonnes pratiques (Rapport du Comité Technique de l'Echographie de dépistage prénatal) : présence de quatre membres comprenant trois segments.

Il faut rappeler qu'au-delà de la 12^{ième} semaine d'aménorrhée l'interruption volontaire de grossesse n'est plus légale. A compter de cette date, on se situe dans le cadre d'une interruption médicale de grossesse qui doit être justifiée par une pathologie fœtale: 'l'interruption de grossesse au motif médical fœtal peut être retenue lorsqu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic' Article L 2213-1 du Code de la Santé Publique. Ces critères sont appréciés par un comité médical a la demande des futurs parents et la décision d'interrompre la grossesse est une décision médicale collégiale.

Le DOCTEUR D.) a réalisé des échographies obstétricales à 10SA, 14SA, 20SA ,23SA, 33SA et 36 SA. Selon les recommandations de bonnes pratiques ces échographies doivent comporter des clichés types ainsi qu'un compte rendu dactylographié type (présence des trois segments de chaque membre). Ceci doit être noté pour chaque échographie indépendamment des échographies antérieures (les trois segments d'un membre sont le bras, l'avant bras et la main). Aucune des six échographies réalisées par le Docteur D.) ne satisfait à ces critères : absence de compte rendu détaillé notamment.

Le Docteur E.), en remplacement du Docteur D.), a réalisé un examen clinique et une échographie obstétricale le 17 janvier 2008 à 30 SA. Cette échographie doit satisfaire les mêmes critères précités : compte rendu et clichés (observation et mention : présence des trois segments de chaque membre) ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Le Docteur F.) a réalisé une échographie obstétricale le 7 décembre 2007 à 23 SA : le compte rendu et les clichés sont conformes aux recommandations. Cependant il est fait mention : membres vus avec leurs différents segments et leurs extrémités, doigts comptés. Pas d'anomalie positionnelle décelable. Mobilité normale. Le Docteur F.) ne donne d'explications. Il ne pense pas qu'il y ait eu un problème technique, car il l'aurait précisé dans le compte rendu. »

Le Professeur H.) des HOP.3.), Pôle Médico-Chirurgical Pédiatrique, Service de Chirurgie Infantile, sollicité par le Collège médical, à la

demande des époux **A.)-B.)** sur la question de savoir si la malformation de la main que présente l'enfant correspond à une agénésie ou une amputation in utero, a répondu comme suit :

« L'examen clinique général retrouve en plus de la malformation du membre supérieur droit un hypospade balanique. L'enfant est le deuxième enfant de la famille.

Au niveau du membre supérieur droit, on note un avant-bras un peu plus court, une absence de métacarpiens et de doigts, le tout étant remplacé par un moignon avec 5 processus digitaux distaux pulpaire.

Radiologiquement, il n'y a pas d'anomalie au niveau de l'avant-bras droit, le radius et le cubitus sont cependant un petit peu plus courts que du côté gauche. La mobilité du poignet est de bonne qualité.

L'examen général ne retrouve aucune bride amniotique, aucun sillon congénital, aucune ulcération du cuir chevelu, aucun autre signe rentrant dans le cadre d'une maladie amniotique. La malformation correspond plutôt à une agénésie transverse passant dans le carpe avec des processus digitaux par induction épiblastique.

Il n'est jamais possible d'être certain à 100 % d'un diagnostic différentiel entre une agénésie et une amputation, mais en la circonstance, il semble que la main droite n'ait jamais existé. »

Il résulte d'abord à suffisance des conclusions de l'expert judiciaire, non contredites par les autres éléments du dossier, que la malformation génito-urinaire n'était pas décelable au dépistage standard.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a dit qu'aucune responsabilité ne saurait être retenue dans le chef des médecins en ce qui concerne cette malformation.

En ce qui concerne la malformation affectant le membre supérieur droit, l'expert judiciaire retient que l'agénésie distale du membre supérieur peut être dépistée dès l'échographie du premier trimestre à 12 semaines d'aménorrhée. L'expert poursuit que plus que l'absence de doigts, l'absence de main est repérable car les métacarpiens ne sont pas visualisés.

L'expert retient, en outre, que les docteurs **D.)** et **E.)** n'ont pas vérifié à chaque échographie la présence des trois segments de chaque membre.

En ce qui concerne le docteur **F.)**, qui a mentionné dans son rapport « *membres vus avec leurs différents segments et leurs extrémités, doigts*

comptés », l'expert retient : « pas d'anomalie positionnelle décelable. Mobilité normale. Le docteur F.) ne donne d'explications. Il ne pense pas qu'il y ait eu un problème technique car il l'aurait précisé dans le compte rendu. »

Il est admis en cause que l'absence de détection de la malformation au membre supérieur de l'enfant n'est pas due à un problème technique.

Le docteur F.) prétend qu'il s'est certes trompé lorsqu'il a cru constater les doigts qui manquaient en réalité, mais qu'il n'a pas pour autant commis de faute de nature à engager sa responsabilité. L'expert judiciaire passerait sous silence la problématique inhérente à l'échographie, à savoir son manque de fiabilité.

Il fait valoir que l'échographie n'est nullement à considérer comme une photo du bébé dans le liquide amniotique, alors que pendant l'examen échographique, le fœtus est observé en temps réel et pendant le temps de l'observation le bébé bouge et change de position. L'échographie ne donnerait aucune garantie en ce qui concerne l'existence des doigts qui peuvent être cachés par la position du bébé. Toutes les études au sujet de l'échographie obstétricale souligneraient que cette dernière ne détecte que 60% des malformations fœtales. L'échographie ne saurait ainsi garantir l'examen des détails. Son compte rendu et les clichés seraient conformes aux recommandations.

L'échographie morphologique a lieu au second trimestre de grossesse. Comme toutes les autres formes d'échographie elle utilise des ultrasons. Cet examen permet surtout de vérifier que le fœtus se développe convenablement (mesure des membres supérieurs et inférieurs, forme du crâne, évaluation de l'activité du crâne). Pour autant, bien qu'elle soit de plus en plus performante et sophistiquée, l'échographie morphologique n'est pas fiable à 100%. Selon la documentation produite en cause par le docteur F.), il semble acquis que le taux de dépistage global des malformations détectables se situe effectivement à environ 60%.

Il résulte du rapport d'expertise amiable du professeur H.) que bien qu'il ne soit jamais possible d'être certain à 100% d'un diagnostic différentiel entre agénésie et une amputation, il semble qu'en la circonstance, la main droite n'ait jamais existé.

Dans son rapport, le docteur F.) a cependant indiqué que les clichés sont conformes aux recommandations et qu'il a vu les membres avec leurs différents segments et leurs extrémités, doigts comptés.

Bien que conscient du fait que l'échographie n'est pas fiable à 100%, le docteur **F.**) a failli à son obligation d'élaborer un diagnostic prénatal avec le plus grand soin, en omettant de vérifier si l'enfant avait effectivement deux mains avec leurs différents segments.

A la circonstance de ne pas avoir détecté l'anomalie vient, par ailleurs, s'ajouter le fait d'avoir péremptoirement affirmé, dans son compte rendu échographique, la présence des membres manquants.

Ces fautes sont de nature à engager sa responsabilité (Cass.fr. 1^{ère} ch. civ, 16.01.2013, n : 12-14.020).

Il convient de rappeler que le docteur **D.**) a réalisé des échographies obstétricales à la 10^e, 14^e, 20^e, 23^e, 33^e et la 36^e semaine d'aménorrhée. Le docteur **E.**), en remplacement du docteur **D.**), a réalisé un examen clinique et une échographie le 17 janvier 2008, soit à 30 semaines d'aménorrhée.

L'absence de détection d'une anomalie de l'embryon n'est fautive que si l'état des connaissances scientifiques à l'époque des faits permettait cette détection.

Indépendamment du fait que l'expert judiciaire s'est basé sur la réglementation française en matière d'examen médicaux obligatoires de la femme enceinte et de ce que le docteur **D.**) n'a pas rédigé un compte rendu dactylographié, il résulte du rapport d'expertise judiciaire que les deux médecins **D.**) et **E.**) n'ont pas décelé la malformation dont souffre l'enfant **G.**), malformation qui, selon l'expert judiciaire, aurait pu être dépistée dès l'échographie du premier trimestre à 12 semaines d'aménorrhée.

En outre, sachant qu'un spécialiste avait effectué une échographie morphologique, mais conscientes du fait que l'échographie n'est pas fiable à 100 %, c'est à tort que les deux médecins se sont concentrés sur les autres problèmes présentés par la patiente au cours de sa grossesse au lieu de vérifier également à chaque échographie la présence des segments de chaque membre. Un médecin doit, en effet, exercer sa profession en toute indépendance et doit apprécier personnellement et sous sa responsabilité le résultat des examens et investigations prodigués et, le cas échéant, pratiquer de nouveaux conformément aux données de la science. Les docteurs **D.**) et **E.**) ne contestent, par ailleurs, pas que toutes les conditions techniques de réalisation des échographies étaient à leur disposition, de sorte que des échographies réalisées de manière plus soignée et attentive auraient, avec certitude, conduit à la détection de la malformation de **G.**).

Les deux médecins **D.)** et **E.)** ont, dès lors, également failli à leur obligation de pratiquer les examens échographiques avec attention et de manière suffisamment consciencieuse.

Il s'ensuit et, dans la mesure où aucun des trois médecins n'a détecté la malformation d'origine dysembryologique et purement accidentelle, qu'une violation de l'obligation d'information à l'égard des appelants soit en leur proposant d'autres examens soit en les préparant à l'arrivée d'un enfant à naître avec un handicap, est, par voie de conséquence logique, également établie.

Au vu des éléments de la cause, il n'est cependant pas établi en quoi les trois médecins auraient porté atteinte à la dignité de **B.)**.

Quant à la responsabilité de la Clinique **HOP.2.)**

Les appelants font valoir qu'il aurait appartenu à la Clinique **HOP.2.)** de « *s'assurer continuellement de la conformité de son matériel avec l'image qu'elle renvoie c'est à dire un pôle d'excellence en matière de gynécologie et de néo natalité. De sorte qu'il est incontestable que la clinique n'a pas respecté son obligation de bon fonctionnement, ni son obligation de produire le matériel nécessaire et en bon état de fonctionnement. La clinique aurait dû s'assurer de bénéficier de personnel pluridisciplinaire, comme elle l'annonce sur son site internet [...]. En effet, aucun service de soutien psychologique n'a été mis en place pour la famille **A.)-B.)** [...]. La clinique a encore violé son obligation de mise à disposition du personnel médical qualifié et a manqué à son obligation de soin en ne proposant aucun suivi psychologique de la famille après la naissance d'un enfant handicapé* ».

Il résulte d'abord des éléments du dossier et des contrats d'agrément produits en cause que la Clinique **HOP.2.)** fonctionne suivant le régime dit « *ouvert* » et que sous ce régime, les médecins exercent leur activité médicale sous forme libérale et sous leur propre responsabilité.

S'il n'est pas contesté que les docteurs **D.)** et **E.)** ont reçu **B.)** au sein de la Clinique **HOP.2.)**, il est également acquis en cause qu'ils ont utilisé leur propre matériel. En ce qui concerne le docteur **F.)**, il est admis en cause qu'il est intervenu sur demande du docteur **D.)**.

Il ne saurait, par ailleurs, être reproché à la Clinique **HOP.2.)** d'avoir commis une faute dans le choix du médecin tiers alors que c'est le gynécologue exerçant en régime libéral, soit en l'occurrence le docteur **D.)** qui a décidé en toute indépendance et sous sa responsabilité de faire réaliser une échographie par un médecin externe à la clinique.

La clinique ne saurait dès lors encourir de responsabilité pour le suivi prénatal et pour des fautes ou omissions éventuellement commises par les médecins dans le cadre de la prise en charge de la patiente.

Etant donné que la clinique n'est pas intervenue dans ce suivi prénatal, on ne saurait, en outre, lui reprocher un manque de soutien pendant cette phase de la grossesse.

En ce qui concerne la période post natale, il est reproché à la Clinique **HOP.2.)** de ne pas avoir respecté son obligation contractuelle sinon délictuelle de soutien psychologique à l'égard de **B.)** et de sa famille.

La clinique ne conteste pas l'existence d'un contrat d'hospitalisation avec la patiente dans le cadre duquel la clinique est tenue de fournir les « *prestations usuelles en cas d'accouchement* ». Elle affirme, tel que cela aurait été retenu à bon droit par les juges de première instance, que le recours à un psychologue n'était pas compris dans le contrat. Si tel avait été le cas, il serait établi que tant la patiente que sa famille auraient été entourées suite à la découverte des malformations du nouveau-né. Un soutien psychologique aurait été assuré à la naissance et la prise en charge par un psychologue aurait été possible sur demande. Une telle demande n'aurait cependant pas été formulée.

Le contrat d'hospitalisation et de soins conclu en l'espèce entre **B.)** et la Clinique **HOP.2.)** met à charge de la clinique des obligations concernant l'organisation, les soins et la surveillance de la personne.

Force est d'abord de relever que face aux contestations de la clinique, les appelants restent, comme en première instance, en défaut de prouver que le recours à un psychologue lors de la naissance d'un enfant handicapé était compris dans l'obligation de soins incombant à la clinique. Il ne saurait cependant être contesté par la clinique que « *la survenue d'une malformation provoque auprès de la famille une angoisse et une inquiétude majeure dès la naissance de l'enfant et que les conséquences d'une telle malformation sont difficilement perçues dans le milieu familial et nécessitent de la part de l'équipe médicale et paramédicale une analyse précise du déficit fonctionnel, des capacités d'adaptation de l'enfant et du plan thérapeutique à suivre (Les agénésies et amputations, Dr Jean-Michel Bruandet)* ».

Indépendamment de leur conformité à l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile, les attestations testimoniales produites en cause par les appelants ne prouvent pas qu'ils ont été « *livrés à eux-mêmes* » lors de la naissance de l'enfant **G.)** et partant une carence dans le chef de la clinique.

Il n'y a, par conséquent, pas lieu de procéder à l'audition de ces témoins dans le cadre d'une enquête.

Cependant et même si les appelants restent, comme en première instance, en défaut de prouver qu'ils ont demandé une assistance psychologique spécifique, il résulte à suffisance du dossier médical produit en cause par la clinique que tant **B.)** que son époux ont été entourés par une équipe médicale lors de la naissance de **G.)** et qu'ils ont reçu une assistance psychologique. Le dossier médical renseigne, en effet, que le 24 mars 2008, une écoute active et une relation d'aide de 30 minutes ont été assurées. Le 25 mars 2008, la patiente a été prise en charge par le docteur **J.)**. Il est dit au dossier médical « *pat. [patient] dit que la discussion avec le Dr. **J.)** lui a fait du bien, se sent un peu mieux, commence à accepter la malformation de son bébé, mais a peur de la réaction de son mari* ».

Dans ces conditions, le jugement est à confirmer en ce qu'il a dit que la Clinique **HOP.2.)** n'a engagé ni sa responsabilité contractuelle ni sa responsabilité délictuelle à l'égard des appelants.

Quant au préjudice

Quant à la demande en obtention de dommages et intérêts à titre de préjudice matériel et moral en relation avec la perte d'une chance d'avorter

A l'appui de leurs demandes en obtention de dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral en relation avec la perte d'une chance, les appelants font valoir que les médecins de par leurs comportements fautifs ont privé **B.)** de recourir à une interruption de grossesse si elle l'estimait opportun. Les malformations auraient été détectables dès la 11^e semaine d'aménorrhée et **B.)** pouvait non seulement décider de pratiquer une interruption de grossesse jusqu'à sa 12^e semaine de grossesse au Luxembourg, mais aussi dans d'autres pays d'Europe.

Les préjudices nés de cette perte d'une chance seraient énormes pour toute la famille.

Les médecins s'opposent à toutes les demandes en obtention de dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral en relation avec une prétendue perte d'une chance de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans le chef de **B.)**.

La perte de chance ne serait réparable que si la chance était sérieuse. Or, il ne serait pas établi que l'appelante aurait effectivement eu recours à une interruption volontaire de grossesse.

Ils font, par ailleurs, valoir qu'un avortement n'était de toute façon pas possible pour les lésions dont souffre l'enfant **G.**). Une interruption volontaire de grossesse n'aurait plus été possible au-delà de la 12^e semaine de grossesse, de sorte que la perte du droit de recourir à une interruption volontaire de grossesse ne saurait être invoquée par les parties appelantes comme dommage indemnisable.

La perte d'une chance est définie comme le préjudice résultant de la disparition, due au fait d'un tiers, de la probabilité d'un événement favorable et donnant lieu à une réparation mesurée par un calcul de probabilités et qui ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Lexique des termes juridiques 2019-2020, page 797).

La perte d'une chance intervient lorsque, dû à une faute, un certain événement préalable (la faute) cause (de manière certaine) la réalisation d'un autre événement dommageable qui, lui, est le préalable à la perte définitive d'un avantage qui aurait pu se réaliser avec plus ou moins de probabilité (que la victime du premier événement dommageable aurait eu la chance d'obtenir si cet événement ne s'était pas réalisé) (Georges RAVARANI, op. cit n° 1112).

La perte d'une chance ne constitue un préjudice indemnisable que si la chance perdue est sérieuse, c'est à dire si la probabilité que l'événement survienne était importante. L'événement purement hypothétique n'a pas ce caractère. (Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, Dalloz action 2014/2015, page 1419 n° 1418).

Il appartient au demandeur de rapporter les éléments dont résulte la réalité de la chance (Georges RAVARANI, op. cit n° 1112).

Indépendamment de la question de savoir si une interruption volontaire de grossesse aurait encore été possible au moment où la malformation aurait pu être détectée, la volonté de la mère d'avorter, si elle avait été au courant du handicap de son enfant à naître, n'est, en l'espèce, pas établie.

Il s'ensuit que toutes les demandes d'indemnisation pour perte de chance d'avorter ont, quoique pour d'autres motifs, à bon droit été rejetées par les juges de première instance.

Quant au dommage moral lié au traumatisme suite à la naissance d'un enfant atteint d'une malformation

Il résulte de ce qui précède que suite aux agissements fautifs des trois médecins, ni **B.)** ni son époux n'étaient préparés à la naissance d'un enfant avec une malformation. Il va de soi qu'ils ont subi un choc lors de la découverte de cette malformation à l'accouchement. Ce choc aurait certainement été moins violent si la malformation leur avait été révélée au cours de la grossesse.

Il convient dès lors d'allouer à chacun des parents à titre de dommages et intérêts du chef de préjudice moral personnel pour impréparation à la naissance d'un enfant avec une malformation un montant de 7.500 EUR.

La demande introduite par les parents au nom de leur fils **C.)** est cependant à rejeter puisqu'il résulte des éléments de la cause que lors de la naissance de **G.), C.)** avait à peine 5 ans et qu'il est peu probable qu'un enfant en bas âge subisse un traumatisme lors de la naissance d'un frère atteint d'un handicap.

Les appelants demandent à l'encontre des trois médecins la condamnation solidaire, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part au paiement des montants retenus.

Etant donné que la solidarité ne se présume pas et qu'elle ne résulte pas des éléments de la cause, les parties intimées **D.), F.)** et **E.)** sont à condamner *in solidum* au paiement des montants retenus.

Quant aux indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, il convient d'allouer aux parties appelantes **B.)** et **A.)** une indemnité de procédure de 1.000 EUR pour chacune des deux instances de la part des intimés **D.), F.)** et **E.)**.

Les parties intimées sont, au contraire, à débouter de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Le présent arrêt est à déclarer commun à la CNS.

L'acte d'appel ayant été signifié à personne, l'arrêt est contradictoire à l'égard de 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,

le dit partiellement fondé,

réformant

condamne **D.), F.) et E.) in solidum** à payer à chacune des parties **B.) et A.)** le montant de 7.500 EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral personnel avec les intérêts légaux à partir de l'assignation en justice jusqu'à solde,

condamne **D.), F.) et E.)** à payer à **B.) et à A.)** une indemnité de procédure de 1.000 EUR pour la première instance,

confirme le jugement entrepris pour le surplus sauf en ce qui concerne les frais,

condamne **D.), F.) et E.)** à payer à **B.) et à A.)** une indemnité de procédure de 1.000 EUR pour l'instance d'appel,

déboute toutes les parties intimées de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

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

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à **B.) et à A.)** tant en leur nom personnel qu'en leur qualité d'administrateurs légaux de leur fils **C.)** et, pour l'autre moitié, à parts égales à **D.), F.) et E.)** avec distraction à Maître Laurent HARGARTEN, Maître Julie ASSELBOURG et Maître Anne FERRY, représentant la société anonyme SCHILTZ & SCHILTZ, avocats concluant qui la demandent et qui affirment en avoir fait l'avance.

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