

Jugement civil n° 2019TALCH08/00019

Audience publique du mercredi, 30 janvier 2019.

Numéro du rôle: 160.423

Composition :

Danielle POLETTI, vice-présidente,
Patricia LOESCH, premier juge,
Philippe WADLÉ, juge,
Guy BONIFAS, greffier.

ENTRE

- 1) A, et son époux
- 2) B, les deux demeurant à [...],

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 21 et 22 janvier 2014,

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

ET

- 1) C, établie et ayant son siège social à [...],

partie défenderesse aux fins du prédit exploit LISÉ,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,

- 2) D, [...],

partie défenderesse aux fins du prédit exploit LISÉ,

comparant par Maître Aurélia FELTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,

- 3) E, [...],

partie défenderesse aux fins du prédit exploit LISÉ,

comparant par Maître Marc KERGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

- 4) le CENTRE HOSPITALIER DE LUXEMBOURG, établissement public, établi et ayant son siège social à L-1210 Luxembourg, 4, rue Nicolas-Ernest Barblé, par sa commission administrative actuellement en fonctions,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit LISÉ,

comparant par la société SCHILTZ & SCHILTZ S.A., représentée par Maître Franz SCHILTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,

- 5) la CAISSE NATIONALE DE SANTÉ (CNS), 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 n° J 21, représentée par le président de son comité directeur actuellement en fonctions,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit LISÉ,

défaillante.

LE TRIBUNAL

Oùï A et son époux B par l'organe de Maître Marc-Olivier ZARNOWSKI, avocat, en remplacement de Maître Anne BAULER, avocat constitué.

Oùï C par l'organe de Maître Aëla LIDOREAU, avocat, en remplacement de Maître Pierrot SCHILTZ, avocat constitué.

Oùï le docteur D par l'organe de Maître Aurélie FELTZ, avocat constitué.

Oùï le docteur E par l'organe de Maître Alexandre DILLMANN, avocat, en remplacement de Maître Marc KERGER, avocat constitué.

Oùï le CENTRE HOSPITALIER DE LUXEMBOURG par l'organe de Maître Christine KOHSER, avocat, en remplacement de la société SCHILTZ & SCHILTZ S.A. constituée.

Faits et rétroactes de procédure

Le litige a trait à la demande d'A et de B tendant à la réparation de leur préjudice subi suite à la « perte » d'embryons contenus dans le cathéter lors du rinçage de celui-ci dans le cadre d'un traitement de fécondation in vitro suivi d'un transfert embryonnaire.

Par exploit d'huissier de justice des 21 et 22 janvier 2014, A et B ont fait comparaître la société C, (ci-après la C), le docteur D, le docteur E, le Centre Hospitalier de

Luxembourg (ci-après le CHL) et la Caisse Nationale de Santé (ci-après la CNS) devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Par jugement no 266/2016 du 13 décembre 2016, le tribunal a décidé ce qui suit :

« le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

vu l'ordonnance de clôture du 8 novembre 2016,

entendu le rapport fait en application de l'article 226 du Nouveau Code de procédure civile,

déboutant de toutes autres conclusions comme mal fondées,

dit la demande recevable en la forme,

dit non fondée l'exception de libellé obscur de la demande,

dit non fondée la demande contre la société C,

avant tout autre progrès en cause, ordonne une expertise médicale et commet pour y procéder :

Monsieur le Professeur Jean-Michel FOIDART, Département Universitaire de Gynécologie de l'Université de Liège, Hôpital de la Citadelle, à B-4000 Liège, 1, boulevard du 12^{ème} de Ligne,

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport détaillé et motivé, de :

- *en tenant compte des comptes-rendus versés au dossier, vérifier si le docteur D a préparé A souffrant d'une sténose du col de l'utérus au transfert d'embryons du 16 octobre 2012 par un médicament/traitement provoquant la dilatation de l'utérus, vérifier si le médicament/traitement provoquant la dilatation de l'utérus était nécessaire et adéquat,*
- *vérifier si le docteur E a commis une faute lors du transfert des embryons du 16 octobre 2012 ayant conduit au saignement et à la « perte » des embryons, en tenant compte de la sténose du col de l'utérus d'A,*
- *vérifier si S. P. a commis une faute lors du rinçage du cathéter et si cet acte a conduit à la « perte » des embryons, en tenant compte de la sténose du col de l'utérus d'A,*
- *indiquer la raison de l'échec du transfert des embryons et de leur « perte »,*

dit que dans l'accomplissement de sa mission, l'expert est autorisé à s'entourer de tous renseignements utiles et même à entendre de tierces personnes,

dit que l'expert devra en toutes circonstances informer le tribunal de la date de ses opérations, de l'état desdites opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer,

dit qu'A et B sont tenus de verser la somme de 1.200.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert pour le 4 janvier 2017 au plus tard à l'expert et d'en justifier au magistrat chargé de la mise en état sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du Nouveau Code de procédure civile,

dit que si les honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra avertir le tribunal et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire,

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe du tribunal d'arrondissement le 14 avril 2017 au plus tard,

dit qu'en cas de refus, d'empêchement ou de retard de l'expert, il sera remplacé par Madame le Président de ce siège sur simple requête lui présentée par la partie la plus diligente, les autres parties dûment convoquées et par simple note au plumitif,

charge Madame le vice-président Danielle POLETTI du contrôle de cette mesure d'instruction,

dit qu'en cas d'empêchement du juge commis, il sera procédé à son remplacement par simple ordonnance du président de chambre,

déclare le jugement commun à la CAISSE NATIONALE DE SANTE,

réserve le surplus de la demande et les frais et dépens,

tient l'affaire en suspens dans l'attente du résultat de la mesure d'instruction. ».

L'expert FOIDART a finalisé son rapport d'expertise en date du 5 avril 2018.

Les parties ont conclu sur base du rapport d'expertise judiciaire FOIDART.

La clôture de l'instruction a été prononcée en date du 14 novembre 2018.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 4 décembre 2018.

Prétentions et moyens des parties

A et B

En premier lieu, A et B demandent la nullité du rapport d'expertise FOIDART sur base de l'article 437 du Nouveau Code de procédure civile motif pris qu'il n'offre pas de garanties suffisantes de nature à exclure tout doute légitime à son impartialité et qu'il aurait dû décliner sa mission au vu de l'existence d'un conflit d'intérêt.

A ce titre, ils exposent qu'il résulte de la fiche de présentation du docteur C.S. au sein du CHL qu'elle est depuis 2011 le chef de service clinique du service national de P.M.A. du CHL et qu'elle est directement concernée par l'activité de Madame S. P., employée par le CHL (service de P.M.A.).

Le docteur C.S. indiquerait avoir réalisé sa formation de médecin spécialiste en gynécologie-obstétrique à l'Université de Liège dans le service du Professeur FOIDART ce qui lui a permis d'être diplômée en 2005.

Ils ajoutent que le Professeur FOIDART a contribué à l'obtention de l'agrégation du Conseil Scientifique National de P.M.A. luxembourgeois sous la Présidence de l'Université de Liège.

A titre subsidiaire, A et B font valoir que l'expert n'aborde pas la question de la spécificité physique d'A mais s'engage dans une discussion inutile, qu'il fait des références sans intérêt quant à la problématique posée par le tribunal dans son jugement et que les conclusions manquent d'un sérieux évident.

Ils lui reprochent de dépeindre une situation médicale loin de la réalité scientifique et de considérer à tort qu'il n'a pas été prouvé qu'A ait souffert d'une sténose cervicale alors que ceci est établi par le compte rendu de FIV signé par le docteur FORG. mais aussi par le docteur D et que l'expert n'aborde cette question que par le fait de la déduction (non rapportée en preuve) et notamment qu'elle aurait subi une chirurgie qui l'aurait soulagée de la sténose alors qu'en réalité il n'en est rien.

L'expert aurait engagé sa responsabilité scientifique et technique en n'examinant pas les démarches médicales entreprises par le docteur E.

Ils concluent qu'en raison de la spécificité médicale présentée par A à savoir la fermeture du col de l'utérus, le cathéter n'a pas pu franchir.

Ils demandent la condamnation du docteur D, du docteur E et du CHL à payer à A chacun le montant de 10.000.- euros et à payer à B chacun le montant de 10.000.- euros du chef de dommages et intérêts au motif que les silences respectifs de l'expert et des défendeurs couvrant les « *petits arrangements entre amis* » dissimulés à dessein ont été de nature à les ébranler et à décrédibiliser notre système judiciaire, que les défendeurs, en ne dénonçant pas leur relation avec l'expert comme constituant un conflit d'intérêt ont commis une faute hautement préjudiciable à leur détriment et qu'ils ont vécu une désillusion et une humiliation.

Dans leur dernier corps de conclusions, ils demandent au tribunal de s'écarter des conclusions de l'expert et de procéder à la nomination d'un nouvel expert présentant toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité.

Le CHL

Le CHL demande l'entérinement du rapport d'expertise FOIDART et conclut que le CHL, respectivement Madame S. P. n'ont commis aucune faute ni négligence lors du rinçage du cathéter et que les prétentions des demandeurs visant à engager sa responsabilité sont partant à rejeter.

Il réplique aux demandeurs que le rapport d'expertise est d'une clarté exemplaire et que l'expert a bien tenu compte de la particularité de la disposition anatomique du col et de l'utérus (fortement antéfléchi) de la patiente.

Il ajoute qu'à l'époque de la nomination de l'expert FOIDART, personne ne s'y est opposé et n'a émis des remarques.

Le docteur CS, en tant que médecin spécialiste en gynécologie-obstétrique et en médecine de la reproduction depuis 2006 ne ferait pas partie de la présente instance.

L'affirmation que le Professeur FOIDART aurait contribué à l'obtention de l'agrément du Conseil Scientifique National de PMA luxembourgeois serait une allégation et ne serait pas pertinente.

Il conclut au rejet de la demande en nomination d'un nouvel expert et demande à titre subsidiaire, de prononcer le renvoi des parties devant l'expert FOIDART dont le rapport ne répondrait pas aux questions posées par le tribunal selon les demandeurs.

En outre, il demande la condamnation d'A et de B à lui payer une indemnité de procédure de 3.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le docteur D

Le docteur D conclut au rejet des prétentions des demandeurs et demande l'entérinement du rapport d'expertise FOIDART en soutenant qu'il n'a commis aucune faute, ni négligence dans l'exercice de ses fonctions et que sa responsabilité n'est dès lors pas engagée.

Il fait plaider que le choix de l'expert a été fait par le tribunal, que le principe du contradictoire a été respecté et qu'aucune contestation n'a été émise quant au déroulement de la mission d'expertise.

L'expert aurait en plus demandé l'avis de deux éminents experts en embryologie.

Concluant à l'entérinement du rapport d'expertise, il soutient que les causes de récusation invoquées contre l'expert auraient été connues avant la nomination de l'expert et auraient dû être invoquées avant le début de la mission par l'expert ou lors de la réunion d'expertise du 27 mars 2017.

En outre, il demande la condamnation d'A et de B à lui payer une indemnité de procédure de 3.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le docteur E

Le docteur E se base sur le rapport d'expertise FOIDART pour établir qu'il n'a commis aucune faute et que sa responsabilité n'est pas engagée.

Il souligne que le rapport d'expertise établit que son comportement était exemplaire et en conformité avec des normes en vigueur en 2017 et donc a fortiori avec celles en vigueur en 2012.

Un manque de conscience, d'objectivité et d'impartialité de l'expert FOIDART ne serait pas prouvé.

Il demande encore à voir déclarer irrecevable la demande en dommages et intérêts formulée par A et B après le dépôt du rapport d'expertise motif pris qu'elle est nouvelle.

A titre subsidiaire, il en conteste tant le principe que le quantum.

En dernier lieu, il demande la condamnation d'A et de B à lui payer une indemnité de procédure de 3.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire.

La C

La C demande à voir dire que le jugement du 13 décembre 2016 a dit non fondée la demande dirigée à son encontre et qu'elle est à considérer comme ne faisant plus partie de l'instance.

Eu égard à son maintien dans la procédure, elle demande la condamnation d'A et de B à lui payer une indemnité de procédure de 3.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Motifs de la décision

L'expert FOIDART a exécuté la mission lui confiée suivant jugement du 13 décembre 2016 et finalisé son rapport d'expertise le 5 avril 2018.

Il y a lieu de relever que les demandeurs n'invoquent pas une cause de récusation de l'expert mais demandent la nullité de son rapport d'expertise sur base de l'article 437 du Nouveau Code de procédure civile.

L'article 437 du Nouveau Code de procédure civile invoqué par les parties demanderesses prévoit que l'expert commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité.

L'expert doit ainsi faire prévaloir son indépendance et sa liberté d'expression d'expert sur toutes considérations de confraternité.

L'emploi du terme « *conscience* » fait référence à la « *probité, l'honnêteté du technicien et son sens des responsabilités* ».

Le devoir d'objectivité s'analyse en une obligation « *de présenter ses résultats avec fidélité, sans se laisser aller à des jugements subjectifs* ». En matière d'expertise, les juges apprécient souverainement l'objectivité des rapports.

L'impartialité implique que le technicien puisse « *s'imposer une stricte neutralité et s'interdire de tenir compte, dans son activité, de l'inclinaison ou de la réserve qu'il éprouve à l'égard de l'un des plaideurs ou de contraintes plus ou moins diffuses de son milieu social ou de son engagement personnel* ».

L'impartialité de l'expert doit être appréciée tant selon une démarche subjective en essayant de déterminer ce que l'expert pense dans son for intérieur que selon une démarche objective qui amène le tribunal à s'assurer que l'expert offre des garanties suffisantes de nature à exclure tout doute légitime quant à son impartialité. Le principe de l'impartialité objective est centré sur la théorie de l'apparence, même si dans son for intérieur l'expert a pu agir avec une totale impartialité et une parfaite indépendance.

L'expert doit soumettre à une discussion complète et objective tous les éléments recueillis au cours de l'expertise, répondre aux dires des parties, évoquer toutes les hypothèses plausibles et s'expliquer sur les raisons qui le conduisent à émettre un avis sûr, péremptoire ou, au contraire, nuancé. L'argumentation doit être développée compte tenu des données scientifiques actuelles que l'expert est censé connaître, et elle doit aboutir à des conclusions exemptes de toute appréciation d'ordre juridique et dont l'ensemble forme l'avis recherché (Tony Moussa, Dictionnaire juridique expertise matières civile et pénale, 2^{ème} édition, Dalloz, p. 318).

Il appartient à la partie mettant en doute l'indépendance, l'impartialité ou l'objectivité de l'expert de prouver qu'elle puisse légitimement suspecter ce dernier de partialité (Cour d'appel 1^{er} avril 2009, n°33275 du rôle).

S'il résulte des pièces versées en cause que le docteur CS, médecin spécialiste en gynécologie-obstétrique et en médecine de la reproduction, exerçant au CHL en matière de procréation médicalement assistée, a réalisé sa formation dans le service du docteur FOIDART et a été diplômée en 2005, il y a lieu de relever que dans le présent litige, elle n'est pas partie en cause.

Le seul fait qu'elle travaille au CHL dans le même service que les parties mises en cause ne suffit pas pour valoir comme preuve que les demandeurs puissent légitimement suspecter l'expert FOIDART de partialité.

Le docteur CS n'a pas pris en charge les demandeurs.

Le docteur CS n'est par ailleurs pas l'employeur de l'assistante S. P. mise en cause ici, dans la mesure où cette dernière est employée auprès du CHL.

Si les demandeurs prétendent que le Professeur FOIDART a contribué à l'obtention de l'agrégation du Conseil Scientifique National de P.M.A. luxembourgeois sur la Présidence de l'Université de Liège, cet élément, par ailleurs contesté par le CHL, laisse d'être établi.

Même à supposer que ce fait serait établi en cause, il n'est pas établi que les demandeurs puissent légitimement suspecter l'expert FOIDART de partialité.

A ce titre, il y a lieu de relever qu'il n'est en effet pas établi, ni même allégué que le Professeur FOIDART connaît personnellement l'assistante ou un des médecins mis en cause.

Concernant les conclusions de l'expert, le tribunal note qu'il énumère un grand nombre d'ouvrages montrant que les opinions n'étaient pas fixées et fait remarquer que les guidelines de 2000 et 2008 ne contenaient aucune recommandation sur le transfert d'embryons, mais uniquement sur les techniques de laboratoire qu'il importait de codifier et de standardiser au mieux et que les premières recommandations internationales sur le transfert d'embryons datent de 2016 et 2017, c'est-à-dire sont postérieures aux faits litigieux (2012) et que cet élément essentiel est à considérer.

L'expert FOIDART s'est en plus adjoint les Professeurs FAUSER (Université d'Utrecht) et TARLATZIS (Université Thessalonique), cliniciens faisant autorité dans le domaine des PMA et qui ont émis leurs avis respectifs.

Il a expliqué de manière circonstanciée comment il aboutit à ses conclusions et a intégré dans le rapport des illustrations pour permettre la compréhension de l'origine des saignements.

Tous ces éléments montrent que l'appréciation faite par l'expert FOIDART n'est pas purement subjective et partielle de manière à fausser le résultat de l'expertise tel que le soutiennent les défendeurs.

Les moyens soulevés par A et B afin de remettre en cause la partialité et la subjectivité de l'expert sont partant à rejeter.

La demande en nullité du rapport d'expertise FOIDART sur base de l'article 437 du Nouveau Code civile est partant à rejeter.

Il résulte de ce qui précède que le rapport d'expertise FOIDART du 5 avril 2018 vaut comme moyen de preuve et que le tribunal peut puiser sa conviction dans ce rapport.

Il est rappelé que les conclusions des experts judiciaires n'ont qu'une valeur consultative, et que les juges sont libres de ne pas suivre l'avis des experts, si leur conscience s'y oppose.

Toutefois, les juges ne doivent 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 (Cour d'appel du 18 décembre 1962, Pas. 19, p. 17).

Il résulte du rapport d'expertise que l'expert FOIDART a vérifié si les techniques médicales utilisées lors du transfert des embryons chez A ont répondu aux critères internationaux établis et aux normes standards.

Il précise que la standardisation des attitudes améliore la performance et la sécurité de toute procédure médicale, diagnostique ou thérapeutique.

Quant au reproche formulé par les demandeurs que l'expert n'a pas pris en compte la sténose cervicale d'A et a estimé à tort qu'elle a été opérée, le tribunal relève que l'expert retient que le docteur D a réalisé une hystérocopie diagnostique puis opératoire pour libérer une adhérence et élargir le canal cervical et qu'il a ensuite contrôlé deux mois plus tard que son intervention avait restauré une perméabilité cervicale normale mais avec persistance d'une antéflexion utérine importante et d'une déviation du col vers la droite et que ces caractéristiques peuvent être corrigées par le placement d'une pince de Pozzi.

En effet, concernant la sténose cervicale, l'expert constate ce qui suit :

« En février 2012, le DR D effectue, avant une nouvelle tentative de procréation, une hystérocopie. Son rapport du 14/02/2012 indique que l'hystérocopie est introduit sans problèmes. Il décrit une sténose cervicale liée à une synéchie à l'entrée de la cavité (utérine) rendant impossible la visualisation de celle-ci.

Il intervient le 13/03/2012 par dilatation et électro-résection d'une synéchie à la jonction du col et de la cavité utérine. Il élargit l'ostium cervical par une incision

superficielle et réèque une synéchie endo-cavitaire. Il décrit une cavité utérine normale et un endomètre sain. Les deux orifices tubaires sont visualisés. L'utérus est fortement antéfléchi. Son protocole est précis, clair, complet et témoigne d'une maîtrise parfaite de l'hystérocopie opératoire.

Le 08/05/2012, il effectue une hystérocopie de contrôle post-opératoire. Le protocole décrit un passage difficile de l'hystéroscope en raison d'un utérus fortement antéfléchi avec un col fortement déplacé à droite. Le canal cervical est fortement antéfléchi et positionné à gauche. ».

Au vu de ces éléments, l'expert FOIDART conclut qu'il n'est pas prouvé que lors des faits il y ait eu une sténose cervicale puisque celle-ci avait été opérée et que le contrôle post-opératoire montrait un canal cervical ouvert mais une anatomie utérine toujours perturbée.

Les demandeurs ne versent en cause aucun élément permettant de mettre en doute ces constatations.

Il y a lieu de relever que l'expert FOIDART décrit de manière compréhensible, recherchée et détaillée comment il aboutit à ses conclusions, s'étant adjoint les avis de deux professeurs étrangers et il ajoute des illustrations pour visualiser un utérus modérément, voire fortement antéfléchi et comprendre l'origine des saignements.

Eu égard à ce qui précède et à défaut des demandeurs de rapporter en preuve que l'expert FOIDART s'est trompé dans ses conclusions, le tribunal décide de baser sa décision sur le rapport d'expertise FOIDART et de rejeter leur demande en nomination d'un nouvel expert.

Le tribunal rappelle qu'il avait été retenu que dans la mesure où le docteur D et le docteur E sont des praticiens libéraux, qui ne sont ni salariés, ni préposés de la C, ils n'engagent, dès lors, pas la responsabilité contractuelle de la C par leurs propres fautes.

Il a partant retenu que la responsabilité des docteurs D et E, faisant partie de l'équipe médicale de la C, sollicitée en vue du traitement par fécondation in vitro suivi d'un transfert embryonnaire tel qu'indiqué par le formulaire de consentement, est de nature contractuelle à l'égard des demandeurs.

Demande contre le docteur D

Il a été retenu que n'ayant eu aucune obligation contractuelle de procéder lui-même au transfert embryonnaire, le docteur D n'a commis aucune faute en n'étant pas présent lors du transfert des embryons et n'avait aucune obligation d'informer les demandeurs qu'il ne procède pas lui-même au transfert des embryons, mais que ce serait un des quatre médecins de l'équipe, à savoir le docteur E et qu'il n'est pas non plus établi qu'il s'est désintéressé de sa patiente.

Il a encore été retenu que le docteur D avait l'obligation de moyens de préparer A dans la mesure du possible au transfert d'embryons et qu'il appartient dès lors aux demandeurs d'établir une faute du médecin, soit non technique, soit technique, un préjudice dans leur 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.

L'expert constate que : *« Le DR D a fait précéder cette septième tentative d'une hystérocopie diagnostique puis opératoire. Il a contrôlé ensuite la perméabilité cervicale. Ses documents médicaux sont correctement tenus sur un logiciel disponible, sur tous les sites y compris au laboratoire du CHL où le transfert d'embryon a eu lieu, et accessible par chacun des médecins de la PMA. Il n'avait aucune raison de procéder à une dilatation cervicale au début du cycle ou lors du prélèvement des ovules. Il n'était pas nécessaire de prescrire des prostaglandines ou des substances hygroscopiques pour dilater le col comme proposé par certains car ces techniques sont potentiellement associées à une augmentation du taux de transfert mais à une diminution du taux de grossesses évolutives. Le manque de concertation orale avec le DR E au sujet de la patiente n'est pas une objection relevante dès lors que tous les éléments objectifs sont consignés dans les notes précises du dossier médical à disposition du CHL comme à la C. ».*

L'expert FOIDART indique clairement qu'il n'était pas nécessaire ni indiqué qu'un médicament, traitement provoquant la dilatation de l'utérus était nécessaire.

Au vu des conclusions de l'expert FOIDART, et en l'absence d'élément permettant de les mettre en doute, le tribunal retient dès lors que le docteur D n'a commis aucune faute ou négligence, de sorte que la demande d'A et de B à son égard n'est pas fondée.

Demande contre le docteur E

Le tribunal a retenu que le transfert d'embryons constitue une obligation de moyens pour le docteur E et qu'il appartient dès lors aux demandeurs d'établir une faute du médecin, soit non technique, soit technique, un préjudice dans leur 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.

L'expert FOIDART précise qu'il a la charge de définir les bonnes pratiques et de vérifier que les méthodes utilisées par les médecins à la cause sont correctes ou en désaccord avec les recommandations internationales et que les guidelines internationales en matière de transfert d'embryon sont apparues 5 ans après les faits.

Il constate que la conduite des médecins en 2012 est déjà conforme à celles préconisées en 2017.

L'expert retient que le taux d'échecs de transferts est de 0,3% et de saignements est inférieur à 1% et qu'il s'agit de taux excellents.

Il prend en compte les statistiques de performance individuelle du docteur E attestant de son expérience et de sa compétence pour transférer les embryons.

L'expert constate que : *« Le DR E a été confronté à un transfert difficile causé par la position anatomique du col et de l'utérus. Il fait preuve d'une expérience suffisante et son taux de grossesse lié à sa pratique PMA est parmi les meilleurs du Grand-Duché. Le saignement cervical peut survenir dans les mains les plus expertes et n'est pas*

fautif car il ne résulte pas d'une erreur de manipulation mais de dispositions anatomiques spéciales. Même en connaissance de cette disposition, il n'est pas possible de contourner la difficulté. Il n'est par ailleurs pas prouvé qu'il y ait eu une sténose cervicale puisque celle-ci avait été opérée et que le contrôle post-opératoire montrait un canal cervical ouvert mais une anatomie utérine toujours perturbée. ».

Concernant la raison de l'échec du transfert des embryons et de leur « perte », l'expert indique que : *« La perte des trois embryons est liée à la disposition anatomique très antéfléchi de l'utérus qui est en outre dévié à gauche le col forme ainsi un angle aigu important avec la cavité utérine et le cathéter doit sans causer de saignement négocier ce « virage » cervical pour entrer dans la cavité utérine et y déposer les embryons. Le cathéter doit donc être introduit dans l'orifice cervical virtuel de droite à gauche, puis passer un virage vers l'avant de plus de 135° pour atteindre la cavité. Afin de réduire cette angulation une pince de Pozzi a été appliquée sur la surface externe du col et par traction on tente de réduire l'importance de cet angle. Le cathéter souple a néanmoins touché au cours de la manœuvre la paroi cervicale postérieure et le muqueuse abrasée a saigné.*

Lorsque l'utérus est fortement antéfléchi, comme chez Madame A, le cathéter qui est souple mais normalement rectiligne doit amorcer un angle supérieur à 135° pour entrer dans la cavité. En outre le col ici était aussi dévié non seulement dans le sens antéro-postérieur mais dévié latéralement à droite et le cathéter devait être inséré de droite à gauche et amorcer un angle de 135° vers l'avant. ».

L'expert FOIDART indique que l'avis du Professeur FAUSER est catégorique que ce dernier ne conçoit aucune erreur dans la conduite de cas et que les transferts difficiles liés à une anatomie cervicale particulière sont et resteront difficiles.

Selon le Professeur FAUSER : *« Aucune étude prospective randomisée et contrôlée n'a démontré que le ramollissement cervical médicamenteux ou physique ou qu'une dilatation cervicale préalable (au début du cycle, deux jours avant ou le jour du transfert) améliore le taux de succès. L'existence de sang sur le cathéter n'est pas un indice d'échec. Aucun « mock ou trial » transfert n'est réalisé à Utrecht (2.300 transferts/an). ».*

Le Professeur TARLATZIS qui dirige la clinique IVF de l'université de Thessalonique considère ce qui suit : *« Un « mock trial » est utile au moment de la récolte ovocytaire mais qu'il ne peut pas en prouver l'efficacité, ni la supériorité par rapport à un technique de transfert direct...Ici le transfert est rendu difficile par la configuration du canal cervical et la position de l'utérus et que tout clinicien expérimenté est et restera confronté à des transferts occasionnellement impossibles même si l'incidence est rare. La perte des trois embryons est regrettable mais compréhensible et ne peut être un indice de faute, d'incompétence ou d'erreur fautive de manipulation. »*

Au vu de ces avis, il y a lieu de retenir que les demandeurs n'ont pas prouvé de faute ou d'abstention du docteur E, de sorte que leur demande n'est pas fondée à son égard.

Demande contre le CHL

Le tribunal a retenu que la responsabilité du CHL est de nature contractuelle à l'égard des demandeurs et que le CHL est responsable d'une éventuelle faute commise par la

technicienne S. P. employée au sein de ses services et qui a assisté au transfert des embryons et procédé au rinçage du cathéter.

Il y a partant lieu de se référer au rapport d'expertise pour apprécier si la technicienne S. P. a commis une faute.

L'expert FOIDART indique qu'il ne comprend pas la raison pour laquelle des reproches sont adressés à la technicienne du CHL et qu'en raison d'un saignement cervical et de la contamination du cathéter par du sang, il a été décidé de congeler les embryons et de postposer l'implantation.

Il conclut que : *« Pour ce faire, elle devait obligatoirement isoler les embryons avant la cryo-congélation. Ils n'ont pas été retrouvés parmi les globules rouges et le caillot. Quiconque a travaillé dans un laboratoire de PMA comprendra que cette manipulation était la seule tentative possible de récupérer les embryons ! Elle ne fut pas couronnée de succès, ce qui ne représente pas une faute mais une conséquence de la complication du saignement. La technicienne n'a commis aucune erreur de stratégie, ni de faute technique. Sa gestion ne fait pas apparaître de signes d'incompétence. »*

Il précise que la technicienne n'a aucune part de responsabilité quelconque dans la perte des embryons et qu'il eut été inconcevable et techniquement impossible de congeler les embryons enfouis dans le sang et les caillots puis de les réimplanter plus tard et que la technicienne n'avait aucune alternative que de tenter d'isoler à nouveau les embryons.

Il ajoute que la mise en cause de cette technicienne traduit une navrante méconnaissance des procédures de laboratoire.

Finalement, l'expert FOIDART conclut qu'elle a préparé les embryons dans un pipette de WALLACE et a reçu en retour, le cathéter contaminé par du sang et qu'elle ne pouvait qu'essayer de récupérer les embryons et tenter de les congeler.

Concernant la raison de la perte des embryons, il y a encore lieu de se reporter aux constatations de l'expert reprises dans le cadre de l'examen de la responsabilité du docteur E.

Il résulte de tout ce qui précède que les demandeurs n'ont pas rapporté la preuve que la technicienne S. P. a commis une faute, de sorte que la demande dirigée contre le CHL en sa qualité d'employeur n'est pas fondée.

Demande contre la C

Le tribunal rappelle qu'il a été retenu qu'aucune faute dans l'organisation de son service ne saurait être reprochée à la C parce que ce n'était pas le docteur D qui a procédé au transfert des embryons mais le docteur E, étant donné que ce dernier n'avait contracté aucune obligation dans ce sens et que les demandeurs avaient fait appel à l'équipe médicale et étaient informés que le transfert des embryons se fait au laboratoire PMA du CHL par un des médecins du Centre FIV de la C.

Le tribunal a encore retenu qu'A et B n'établissent pas que le personnel de la C n'a pas la qualification professionnelle requise, de sorte que la demande d'A et de B contre la C a été rejetée.

Il n'y a partant plus lieu d'y revenir.

Au vu des développements qui précèdent, les demandes d'A et de B contre le docteur D, le docteur E et le CHL ne sont pas fondées.

Demande en indemnisation formulée par voie de conclusions du 11 juin 2018

En vertu du principe de l'immutabilité du litige tel qu'il était entendu sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, il était interdit au demandeur de changer, en cours d'instance, tant l'objet, à savoir ses prétentions, que la cause de sa demande, c'est-à-dire l'ensemble des faits se trouvant à la base de la demande, à moins que le défendeur n'y consente.

La portée de ce principe se trouve modifiée depuis l'entrée en vigueur du Nouveau Code de procédure civile, dont l'article 53 est ainsi rédigé: « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ».

Cette modification législative a substitué le critère, plus souple, du lien suffisant entre la demande originaire et la demande nouvelle au critère, qui existait sous l'ancienne législation telle qu'elle était interprétée en jurisprudence, de l'identité de leurs objets et causes.

Ainsi, jusqu'à la clôture des débats, les parties ont le droit de modifier leurs conclusions, pour autant que les modifications apportées n'introduisent pas de demandes nouvelles et ne portent pas atteinte aux droits de la défense.

On ne peut ainsi changer radicalement la cause, l'objet, la base juridique de la demande.

Lorsqu'un demandeur en justice déclare expressément fonder son action portée devant le juge (...) sur une cause juridique déterminée, il n'est pas recevable, sauf consentement du défendeur, à modifier sa demande en cours d'instance pour lui donner une base légale additionnelle différente. Ne tombe pas sous ces critères une demande ajoutée en cours d'instance qui était virtuellement comprise dans la demande initiale (Cour d'appel, 18 juin 2008, no. 33579 du rôle, confirmé par la Cour de cassation le 23 avril 2009 no. 2634 du registre).

En l'espèce, il y a lieu de constater que la demande formulée dans les conclusions du 11 juin 2018 tend à indemniser les demandeurs du chef d'une prétendue faute consistant dans le fait du docteur E, du docteur D et du CHL de ne pas avoir dénoncé leur prétendue relation avec l'expert comme constituant un conflit d'intérêt.

Le tribunal constate que les défendeurs concluent à juste titre à l'irrecevabilité de cette demande dans la mesure où elle vise à sanctionner une faute distincte de celles visées par l'assignation introductive d'instance.

Il s'agit partant d'une demande nouvelle par sa cause, qui est irrecevable.

Indemnité de procédure

L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (*Cour de Cass. française, 2ème chambre, arrêt du 10 octobre 2002, Bulletin 2002, II, n° 219, p. 172, arrêt du 6 mars 2003, Bulletin 2003, II, n° 54, p. 47*).

En l'espèce, les demandes afférentes des parties ne sont pas fondées.

Il y a lieu de déclarer le présent jugement commun à la CNS.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

vu l'ordonnance de clôture du 14 novembre 2018,

entendu le rapport fait en application de l'article 226 du Nouveau Code de procédure civile,

statuant en continuation du jugement no 266/2016 du 13 décembre 2016,

déboutant de toutes autres conclusions comme mal fondées,

dit non fondée la demande en nullité du rapport d'expertise FOIDART du 5 avril 2018,

dit les demandes d'A et de B contre le docteur D, le docteur E et le Centre Hospitalier de Luxembourg non fondées,

dit la demande d'A et de B en indemnisation formulée dans les conclusions du 11 juin 2018 irrecevable,

dit non fondées les demandes des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

déclare le jugement commun à la CAISSE NATIONALE DE SANTE,

condamne A et B aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pierrot SCHILTZ, de Maître Marc KERGER et de Maître Aurélia FELTZ, qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.