

Jugement civil n° 2019TALCH08/00090

Audience publique du mardi, 2 avril 2019.

Numéro du rôle: 186643

Composition :

Patricia LOESCH, premier juge, président,
Philippe WADLÉ, juge,
Melissa MOROCUTTI, juge-délégué,
Guy Bonifas, greffier.

ENTRE

- 1) **A.)**, indépendant, et son épouse
- 2) **B.)** dit **B'.**), fonctionnaire d'état à la retraite, les deux demeurant à L-(...), (...),

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 26 juillet 217,
parties défenderesses sur reconvention,

comparant par Maître Didier Schönberger, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

- 1) le docteur **C.)**, médecin spécialiste en orthopédie, établi à L-(...), (...),

partie défenderesse aux fins du prédit exploit REYTER,

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

- 2) la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, fondation d'utilité publique, établie et ayant son siège social à L-1130 Luxembourg, 44, rue d'Anvers, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° G 86, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, prise en sa qualité d'exploitant de l'établissement hospitalier HÔPITAL KIRCHBERG, établi et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 9, rue Edward Steichen,

partie demanderesse par reconvention,

- 3) la société anonyme **ASS.1.)** S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties défenderesses aux fins du prédit exploit REYTER,

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

- 4) 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 REYTER,

défaillante.

LE TRIBUNAL

Oùï **A.)** et son épouse **B.)** dit **B'.)** par l'organe de Maître Didier Schönberger, avocat constitué.

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

Oùï la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN et la société anonyme **ASS.1.)** S.A. par l'organe de Maître Anne LUCIUS, avocat, en remplacement de la société SCHILTZ & SCHILTZ S.A. constituée.

Faits

Le litige a trait à la demande de **A.)** et de son épouse **B.)** dite **B'.)** tendant à l'indemnisation de leur préjudice subi du fait d'une infection nosocomiale de **A.)** suite à une opération faite par le docteur **C.)** à l'hôpital Kirchberg exploité par la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN.

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 26 juillet 2017, **A.)** et **B.)** dite **B'.)** ont fait

comparaître le docteur C.), la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, la société ASS.1.) S.A. (ci-après ASS.1.)) et la CNS devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Cette affaire a été inscrite au rôle sous le numéro 186.643.

La clôture de l'instruction a été prononcée en date du 12 février 2019.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 5 mars 2019.

Prétentions et moyens des parties

A.) et B.) dite B'.) demandent la condamnation du docteur C.), de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN et de ASS.1.) solidairement, sinon in solidum, sinon chacun parte qua à payer à A.) le montant de 275.000.- euros sinon tout autre montant à dire d'expert, avec les intérêts légaux à partir du 16 mai 2012, sinon du jour du décaissement des sommes exposées, sinon du jour des pertes financières jusqu'à solde.

Ils demandent la condamnation du docteur C.), de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN et de ASS.1.) solidairement, sinon in solidum, sinon chacun parte qua à payer à B.) dite B'.) le montant de 17.500.- euros, sinon tout autre montant à dire d'expert, avec les intérêts légaux à partir du 16 mai 2012, sinon du jour du décaissement des sommes exposées.

Les demandeurs sollicitent l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et sollicitent à voir déclarer le jugement commun à la CNS.

A.) expose que suite à un accident de VTT fin décembre 2011, il a présenté une douleur au niveau de sa hanche gauche et au niveau de la coxo-fémorale gauche et le 16 mai 2012, il a été opéré par le docteur C.) qui a mis en place une prothèse de la hanche gauche de nature non cimentée.

Après son hospitalisation qui a pris fin le 26 mai 2012, le docteur D.) aurait constaté le 29 mai 2012 qu'il persistait un écoulement sanguinolent à l'endroit où se situaient les agrafes, qui ont été ensuite retirées en deux fois le 30 mai et le 7 juin 2012.

Suite à un état fiévreux le 8 juin 2012, une analyse sanguine du 13 juin 2012 aurait confirmé la présence de staphylococcus aureus (MRSA) et le docteur C.) aurait confirmé l'existence d'une sécrétion chronique au niveau de la hanche gauche le 19 juin 2012.

Malgré le nettoyage de la plaie intervenue le 16 juin 2012, la présence des MRSA aurait été confirmée par des analyses des 21 juin 2012 et 5 juillet 2012.

Il soutient que le prélèvement sur la plaie fait le 13 juillet 2012 confirme la présence de nombreux MRSA, que le rapport du Laboratoire National de Santé du 30 juillet 2012

confirmerait la présence du staphylocoque, que la scintigraphie osseuse du 10 octobre 2012 a montré qu'il persiste un suintement de la plaie et qu'il n'est pas évident que la prothèse est surinfectée, que durant ce temps, il a suivi le traitement ordonné par le médecin et que le 26 décembre 2012, le staphylocoque reste présent en petite quantité sur la plaie.

Suite aux résultats du prélèvement du 15 mars 2013 et les douleurs persistantes, le docteur C.) aurait pris la décision de le faire opérer le 24 avril 2013 mais un prélèvement du 10 juin 2013 aurait montré toujours la présence d'un staphylocoque.

Le 22 juillet 2013, un IRM de la hanche gauche aurait montré la présence d'un trajet fistuleux allant jusqu'au contact de la prothèse avec épanchement liquidien et un épaissement inflammatoire qui aurait toujours été présent le 22 août 2013 avec cette fois une majoration d'une collection au niveau du psoas gauche, c'est-à-dire qu'au niveau du muscle fléchisseur de la hanche il se serait formé une poche contenant du pus ou du sang.

Sur une fiche de prélèvement cutané du 2 septembre 2013, les conclusions de l'analyse auraient montré que les MRSA sont d'origine osseuse et que ce germe fait partie de la liste des germes sentinelles du CHL et de l'INCCI.

Une ponction sous scanner faite le 2 avril 2014 seulement indiquerait la présence des MRSA.

Cette infection aurait engendré la quatrième intervention chirurgicale et son hospitalisation du 1^{er} juin 2014 au 10 juin 2014 puis du 7 octobre 2014 au 16 octobre 2014.

Une nouvelle hospitalisation aurait eu lieu du 19 octobre 2014 au 21 novembre 2014 en raison d'une dépose repose totale de la prothèse de la hanche en deux temps dans un centre à LIEU.1).

Par la suite, la prescription d'une thérapie par antibiotique adaptée aurait permis la cicatrisation définitive de la plaie.

Les demandeurs exposent qu'une expertise a été sollicitée par ASS.1.), assureur de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, qui a retenu que le patient a présenté une infection nosocomiale dans les suites d'une intervention chirurgicale du 16 mai 2012.

Les demandeurs agissent contre le docteur C.) sur base de la responsabilité contractuelle et à titre subsidiaire sur base des articles 1382, sinon 1383 du Code civil en lui reprochant de ne pas avoir apporté de soins diligents pour empêcher, sinon enrayer rapidement l'infection consécutive à l'intervention chirurgicale, violant ainsi une obligation de résultat.

Ils agissent contre la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN principalement sur base de la responsabilité contractuelle, et à titre subsidiaire sur base des articles 1382 sinon 1383 du Code civil en faisant plaider que par l'apparition de

l'infection voire des infections, en n'ayant pas apporté les soins nécessaires pour éradiquer cette maladie nosocomiale, elle n'a pas respecté son obligation de sécurité de résultat.

Ils entendent exercer l'action directe sur base de l'article 89 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance contre **ASS.1.)** en sa qualité d'assureur de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN.

Le préjudice de **A.)** se décompose comme suit :

- 1) ITT (aspect physique): 50.000.- euros
- 2) Invalidité partielle : 3.000.- euros
- 3) IPP : 15.000.- euros (10% avec une valeur du point de 1.500)
- 4) ITT et ITP (aspect moral) : 50.000.- euros
- 5) Pretium doloris : 50.000.- euros
- 6) Préjudice esthétique : 7.000.- euros
- 7) Préjudice d'agrément : 50.000.- euros
- 8) Préjudice matériel consistant dans la vente de son voilier : 41.000.- euros
- 9) Frais de traitement et de voyage : 9.000.- euros.

Le préjudice de **B.)** dite **B'.)** se décompose comme suit :

- 1) Dommage moral et aide d'une tierce personne : 10.000.- euros
- 2) Perte d'agrément et frais de déplacement : 7.500.- euros.

Ils soutiennent qu'une infection au niveau de l'opération dans les 30 jours suivant l'intervention sera considérée comme nosocomiale de même que jusqu'à un an après la pose de matériel étranger tel une prothèse.

L'intervalle important entre l'apparition des premiers symptômes d'infection et le commencement de la thérapie constituerait la seconde faute médicale.

Ils se réfèrent au rapport d'expertise du Professeur COUDANE et au certificat du Professeur **E.)** du 2 mars 2018, ce dernier confirmant que cette infection a été mal soignée.

Le diagnostic aurait été mal posé en ce que l'infection ne se serait pas limitée aux tissus mous et/ou les soins apportés auraient été insuffisants pour éradiquer l'infection et les interventions trop tardives n'auraient fait que causer inutilement des traumatismes.

A.) souligne que l'aggravation de la situation ne lui a pas été communiquée, de sorte qu'il a décidé de partir dans les Caraïbes.

Le Professeur **E.)** confirmerait que le fait que le patient ait séjourné après l'infection primaire dans un climat chaud et humide n'a aucune influence sur l'évolution de l'infection, ni sur celle de la cicatrisation et il ferait état d'une incohérence de la thérapie chirurgicale précédant le double changement de la prothèse à **LIEU.1.)**.

Quant au pretium doloris, les demandeurs sollicitent la nomination d'un expert calculateur afin de fixer le montant devant revenir à A.) pour les nombreuses interventions douloureuses suite à l'infection.

Concernant les frais exposés pendant la période de mai 2012 à 2015, les demandeurs réclament un montant complémentaire de 700.- euros pour A.) et un montant de 300.- euros pour B.) dite B'.).

Le docteur C.)

En premier lieu, le docteur C.) conclut à voir déclarer nul et inopposable le rapport d'expertise COUDANE motif pris qu'il a été fait à la demande unilatérale de ASS.1.) et en la seule présence du demandeur et de son épouse, qu'il n'était pas été convoqué aux opérations d'expertise et que le principe du contradictoire n'a pas été respecté.

Il critique l'expert COUDANE en ce qu'il n'a pas répondu à son courrier du 30 mars 2017 par lequel il a pris position pour la première fois.

Il fait valoir qu'entre l'opération et la découverte du staphylocoque, une trentaine de jours se sont écoulés et que les faits démontrent qu'après sa sortie de l'hôpital et avant son admission au REHAZENTER, A.) allait bien et ne présentait aucun symptôme ou signe d'apparition d'un staphylocoque.

Le 13 juin 2012, 15 jours après le début des séances de rééducation au REHAZENTER, A.) aurait été porteur du staphylocoque aureus ce qui ferait présumer qu'il l'a contracté durant les séances au REHAZENTER.

Le compte-rendu des scintigraphies pratiquées en octobre 2012 prouverait que l'infection ne trouve pas son origine dans la prothèse gauche de A.), ce qui établirait que le staphylocoque aureus n'a pas été contracté lors de l'opération de pose de la prothèse.

Il est d'avis qu'il s'agit d'une infection externe.

L'expert COUDANE n'aurait pas pris en compte ces trois examens réalisés.

En plus, l'expert COUDANE aurait erronément retenu que le 16 juin 2012, il y a eu reprise chirurgicale, à savoir réouverture jusqu'à la prothèse et lavage de la prothèse laissée en place et il se serait basé sur un dossier médical incomplet et ayant tiré des conclusions erronées.

La charge de la preuve reposerait sur les demandeurs et ils n'auraient pas prouvé que l'infection provient de la prothèse, ni en quoi il n'aurait pas apporté de soins diligents pour empêcher de contracter le staphylocoque aureus.

Il soutient qu'aucune obligation de résultat ne pèse sur lui et qu'il n'a commis aucune faute ou négligence dans les soins prodigués.

A titre subsidiaire, il demande à voir dire que cette infection doit être indemnisée par lui et par la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part.

Les demandeurs ne rapporteraient pas la moindre preuve d'un lien de causalité entre la survenance du staphylocoque aureus durant l'intervention et le séjour à l'hôpital et les préjudices allégués, notamment en raison du fait que les séances au REHAZENTER constituent une cause étrangère et externe.

Contestant les préjudices en leur principe et en leur quantum, il souligne que les montants réclamés sont disproportionnés et ne se justifient pas.

Il fait ensuite valoir que les préjudices revendiqués du fait de l'aggravation de l'état de santé de A.) lui sont directement imputables étant donné qu'en décidant de partir sur son voilier aux Caraïbes alors que sa jambe n'était pas stabilisée, il était très imprudent et a mis sa santé à dure épreuve, de sorte que ces préjudices ne sont pas à prendre en charge par lui.

Il demande la condamnation de la partie adverse à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.- 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.

ASS.1.) et la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN

A titre principal, ASS.1.) et la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN contestent toute responsabilité dans le chef de l'hôpital et contestent que l'infection par staphylocoques ait trouvé son origine dans la sphère hospitalière, en soulignant que le médecin n'est pas salarié et qu'il reste seul responsable de ses actes et devoirs vis-à-vis des patients.

A titre subsidiaire, ils demandent à voir condamner le docteur C.) à les tenir quittes et indemnes de toutes condamnations en principal, intérêts, frais et autres accessoires, sinon pour une part très largement prépondérante motif pris que le suivi opératoire n'a pas été diligent selon l'expert.

Dans le cas où une condamnation in solidum serait prononcée, ils demandent à voir retenir que la part de responsabilité de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN est minime, que la part de dommage lui imputable est réduite et non prépondérante et à faire les quotes-parts en conséquence.

Ils reprochent à A.) d'avoir, en connaissance de cause que sa plaie n'est pas cicatrisée, rejoint son voilier aux Caraïbes en novembre 2013 pour environ deux mois malgré les difficultés de cicatrisation.

Lors de ce séjour, la plaie se serait gonflée et il aurait dû subir un drainage sur l'île de (...), de sorte qu'il aurait contribué à l'augmentation du dommage et cette augmentation ne saurait être mise à leur charge.

ASS.1.) et la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN contestent les préjudices invoqués en leur principe et en leur quantum à défaut d'être établis et documentés, pour défaut de lien causal entre les reproches allégués à l'égard de l'hôpital et les dommages dont l'indemnisation est réclamée et au motif qu'ils sont largement surfaits.

Pour autant que de besoin, ils demandent l'institution d'une expertise.

En dernier lieu, ils demandent la condamnation des parties adverses aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de leur mandataire.

Motifs de la décision

La demande, introduite dans les formes et délai de la loi, est recevable.

- *Quant à la qualification juridique des relations patient / médecin / établissement hospitalier*

En l'espèce, les demandeurs exposent que **A.)** ayant été hospitalisé à l'hôpital Kirchberg, faisant partie de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, y a subi une intervention chirurgicale effectuée par le docteur **C.)**, à la suite de laquelle une infection nosocomiale se serait révélée.

L'hôpital Kirchberg actuellement la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN fonctionne suivant le régime hospitalier dit « ouvert » : 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 à titre libéral en son sein. L'hôpital ne fournit que l'environnement matériel, le support, et 'prête' en quelque sorte son personnel au médecin.

Il convient de préciser, qu'à défaut de tout autre élément contraire, le docteur **C.)** est un praticien libéral qui n'est ni salarié, ni préposé de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, et il n'engage, dès lors, pas la responsabilité contractuelle de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN par ses propres fautes.

Les médecins exercent leur activité à l'hôpital Kirchberg sous leur seule responsabilité : la faute médicale du médecin engage donc sa responsabilité, et non celle de l'établissement hospitalier.

Au régime dit « ouvert » s'oppose le régime dit « fermé » à services structurés dans le cadre desquels les médecins occupent une fonction salariée. Si, en milieu hospitalier « ouvert », il se forme un contrat médical entre le patient et le médecin qui exerce en son sein, en milieu hospitalier « fermé », le contrat portant sur l'obligation de soins se forme entre le patient et l'établissement hospitalier qui répond alors contractuellement des fautes du médecin (Georges Ravarani, *La responsabilité civile*, éd 2000, numéro 403 et ss).

En règle générale, il se forme entre un médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le

malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. La violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, dès lors, également contractuelle.

La responsabilité du médecin à l'égard de son patient est, par conséquent, de nature contractuelle (Enc. Dalloz, Droit civil, vo médecin, no 484 ; Juriscl. Droit civil, art. 1382 à 1386, fasc. 440-1, no 8).

La demande est, partant, recevable sur la base contractuelle à l'encontre du médecin en ce qui concerne le dommage subi par **A.**).

De même, quelque soit le régime hospitalier, dès l'admission d'un patient dans un hôpital, il se forme entre l'hôpital et le malade un contrat d'hospitalisation en vertu duquel l'établissement doit, à côté du logement et de l'alimentation, assurer au malade les soins infirmiers accessoires au traitement médical proprement dit, tels que l'administration des médicaments prescrits, piqûres, relevés de température et la garde du malade (Georges Ravarani, *La responsabilité civile*, éd 2000, numéro 403 et ss).

La demande est donc également recevable sur la base contractuelle à l'encontre de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN en ce qui concerne le dommage subi par **A.**).

Néanmoins, la responsabilité du médecin est délictuelle lorsque le préjudice est causé à d'autres personnes que le malade lui-même. L'effet relatif du contrat s'oppose en effet à ce que des tiers non bénéficiaires d'une stipulation pour autrui puissent en dehors du cas où ils agissent au nom de la victime, invoquer le contrat conclu entre la victime et le médecin.

La demande de **B.**) dite **B'.**), en vue d'obtenir réparation de son préjudice par ricochet, est donc de nature délictuelle à l'encontre du docteur **C.**) et de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN.

Par conséquent, la demande de **B.**) dite **B'.**) introduite sur base de la responsabilité contractuelle à l'égard du docteur **C.**) et de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN est irrecevable.

L'article 89 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoit que l'assurance fait naître au profit de la personne lésée un droit propre contre l'assureur.

La demande de **A.**) et de **B.**) dite **B'.**) introduite contre **ASS.1.**), assureur de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, est recevable sur base de l'action directe prévue par l'article 89 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance.

- *Quant aux obligations contractuelles du médecin et de l'établissement hospitalier*

Les soins hospitaliers comprennent les précautions classiques qui, un certain temps avant une intervention (période pré-opératoire), préparent celle-ci, et les tâches ultérieures et classiques consécutives à cette intervention (période post-opératoire). Pendant l'opération elle-même, s'il est admis que les actes qui participent directement de la technique chirurgicale et qui sont exécutés soit par le médecin lui-même soit par des tiers assistants ou infirmiers agissant sous sa surveillance ou ses prescriptions spéciales entraînent la responsabilité du chirurgien, il en est autrement des actes qui, sans rapport étroit et direct avec cette technique, constituent les soins courants et simples et n'entraînent que la responsabilité du service hospitalier. Dans l'équipe qui prend en charge un malade le médecin ne doit concentrer son attention que sur les actes essentiels, toutes les tâches bénignes et secondaires étant du ressort de l'hôpital qui répond des actes de ses préposés (cf. G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Pas. lux. 2006, nos 404 et 405).

Il s'ensuit que la clinique assume en principe seule la responsabilité encourue du chef des soins hospitaliers et le médecin assume en principe seul celle encourue du chef des soins médicaux.

Néanmoins, pour qu'une responsabilité contractuelle puisse être engagée, il ne suffit pas que le dommage ait été causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat, il faut encore qu'il résulte de l'inexécution d'une obligation qu'elle soit principale ou accessoire, créée par le contrat, de l'un des contractants.

La plupart des contrats impliquant le corps humain ou des biens matériels comportent à côté de l'obligation principale une obligation accessoire de sécurité consistant à garantir le créancier contre le préjudice corporel ou matériel pouvant naître à l'occasion de l'exécution du contrat et qui en découle naturellement comme une des suites équitables visées par l'article 1135 du Code civil.

Un tel régime ne trouve cependant une justification que pour autant que le fait dommageable se rattache par un lien nécessaire à l'exécution du contrat, qu'il s'agisse des soins à apporter aux patients ou du matériel thérapeutique utilisé par le professionnel.

La responsabilité du médecin n'est engagée que si, eu égard à l'état de la science et des règles consacrées de la pratique médicale, la victime est en mesure d'établir qu'il a commis une imprudence, une inattention ou une négligence relevant d'une méconnaissance certaine de ses devoirs. L'importance de cette faute est sans incidence quant à la mise en cause de cette responsabilité.

Les demandeurs reprochent au docteur C.) et à la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN d'avoir fait contracter à A.) une infection nosocomiale à l'occasion de l'intervention chirurgicale qu'il a subie le 16 mai 2012.

Le terme « infections nosocomiales » désigne les infections qui sont contractées par une personne lors de son séjour à l'hôpital, voire lors de son passage dans un cabinet

médical, à l'occasion d'une activité de diagnostic ou de soins, par l'intrusion dans l'organisme d'un germe infectieux. Il s'agit donc, non d'infections résultant de soins, mais d'infections associées aux soins (*La responsabilité civile des personnes privées et publiques de Georges RAVARANI, 3^e édition, n°668*).

Le critère essentiel de l'infection nosocomiale reste qu'elle doit avoir été absente à l'admission à l'hôpital. Tant les infections d'origine exogène (les germes sont extérieurs au patient) que celles d'origine endogène (soit que l'infection est liée à la précarité de l'état du patient, soit que les germes sont transportés par le patient qui se trouve infecté par ses propres microbes à l'occasion d'un acte médical invasif) se classent parmi les infections nosocomiales.

L'aléa thérapeutique est le constat de l'impuissance de l'intervention médicale face à un risque non maîtrisable en l'état des données acquises de la science à la date des soins. Il s'agit même, d'une certaine façon, de la survenance d'un cas fortuit qui est normalement exonératoire de la responsabilité.

L'aléa thérapeutique se définit encore comme étant la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé, et n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient (*C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz 2010, p. 241*), définition d'ailleurs reprise par la cour de cassation française et par les juridictions luxembourgeoises (*v. en ce sens, CA 14 novembre 2011, G. Ravarani, Pas., op cit., n° 665*), pour en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent.

Selon l'approche de la jurisprudence française - que partage le tribunal -, la transformation de la responsabilité en matière d'infection nosocomiale en une responsabilité objective fondée sur une obligation de résultat n'est pas incompatible avec la notion d'aléa thérapeutique. Elle repose sur des exigences objectives qui sont du domaine du maîtrisable, à savoir avoir recours à une asepsie parfaite pour éviter de telles infections, même si le risque zéro n'existe pas (*P. Sargos, Rapport annuel de la cour de cassation française de l'année 2000, sub 'f) L'aléa thérapeutique*). La survenance d'une infection nosocomiale révèle, en effet, une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier ou des précautions prises par le médecin, ou du moins un manque de rigueur, qui doit entraîner la condamnation à réparer le dommage subi par le patient qui en a été atteint; dans le cas d'une telle infection, il pèse sur le responsable de santé une obligation de résultat (*C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, op. cit., p. 318*). Cette sévérité s'explique par le fait qu'aujourd'hui, il est démontré que si le risque nosocomial ne peut être totalement éliminé, il peut être considérablement réduit par des précautions adaptées et que dans ce domaine, la situation diffère considérablement d'un pays à l'autre (*G. Viney, La responsabilité des professionnels de la santé, JCP 2000.I.199*).

Le risque nosocomial ne constitue, par conséquent, pas un aléa thérapeutique exonératoire de la responsabilité du médecin, respectivement de l'établissement hospitalier.

Si le patient a été soigné par un médecin intervenant à titre libéral dans un établissement hospitalier, le médecin contracte la même obligation de résultat que l'établissement, laquelle est accessoire au contrat d'hospitalisation comme au contrat de soins.

Cette théorie a été reprise par les juridictions luxembourgeoises, notamment dans un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2013 (n° 3099 du registre), qui a décidé que « *l'obligation accessoire de sécurité contractée par l'établissement en matière d'infection nosocomiale est une obligation de résultat* ».

Le tribunal interprète cet arrêt de la Cour de cassation comme jurisprudence instaurant de manière générale une obligation accessoire de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale à charge des professionnels de santé (*en ce sens TAL, 15 décembre 2015, n° 163452 du rôle*).

Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence française a retenu que l'acte médical engageant la responsabilité sans faute du médecin peut avoir été réalisé dans un établissement de santé ou dans son cabinet (*Cass. Ire civ., 13 févr. 2001, n° 98-19.433 : JurisData n° 2001-008059 ; Bull. civ. 2001, I, n° 32 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 158 ; JCP G 2001, IV, 1639. – Cass. Ire civ., 4 avr. 2001, n° 99-19.718 : JurisData n° 2001-009173*).

Dès lors, le fait que A.) n'ait pas été hospitalisé en milieu hospitalier fermé, comme dans le cas d'espèce examiné par la Cour de cassation dans son arrêt du 31 janvier 2013, ne porte pas à conséquence. En effet, il ressort de la définition-même de l'infection nosocomiale qu'il s'agit de toute maladie infectieuse, contractée dans un établissement de soins par tout patient après son admission, soit pour hospitalisation, soit pour y recevoir, comme dans le cas d'espèce, des soins ambulants.

La responsabilité des médecins en matière d'infection nosocomiale se superpose à celle de la clinique. Dès lors, le médecin et la clinique sont tenus *in solidum*, en cas d'infection nosocomiale, de réparer le préjudice subi par le patient. Cette solution est en adéquation avec l'évolution en matière de sécurité sanitaire dont le médecin est également débiteur dans ses rapports avec le patient (*V. S. Hocquet-Berg : Gaz. Pal. 2000, I doct. p. 624, n° 15 et 16*) et « *démontre indéniablement la volonté de la Haute juridiction d'impliquer l'ensemble des médecins dans la lutte contre les infections nosocomiales* » (*F. Vialla, note ss Cass. Ire civ., 29 juin 1999, préc. n° 43 ; Jurisclasseur, code civil, fasc. n° 440-55, n° 44*).

- *Quant à la preuve de l'existence d'une infection nosocomiale*

En l'espèce, le docteur C.) et la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN contestent formellement le caractère nosocomial de l'infection contractée par A.).

Il n'empêche qu'il n'existe aucune présomption d'infection nosocomiale : c'est au patient de rapporter la preuve du caractère nosocomial de l'infection et du lien de

causalité entre cette infection et le préjudice dont il demande réparation. Il le fera en établissant que l'acte médical qu'il a subi lors de son hospitalisation est à l'origine de son infection. En conséquence, le seul fait pour la victime d'être porteur d'un germe ou atteinte d'une infection à la suite d'un soin ou d'une hospitalisation n'est pas suffisant pour engager la responsabilité de l'établissement ou du professionnel. Toute infection n'est pas nosocomiale (*C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, op. cit., Dalloz 2010, p. 326 ; Jurisclasseur, code civil, article 1382 à 1386, fasc. 440-55, n° 13*).

En effet, seuls les dommages consécutifs à une infection nosocomiale peuvent faire l'objet d'une indemnisation sur la base de cette règle dérogatoire. Les autres dommages relèvent du régime du droit commun, supposant par conséquent la démonstration d'une faute. Le juge devra partant déterminer, en se basant notamment sur les conclusions du rapport d'expertise, si les séquelles présentées par le patient sont bien en relation causale directe et certaine avec l'infection nosocomiale et non la conséquence d'une évolution de son état de santé « *comme de l'évolution prévisible de celui-ci* » (*Code de la santé publique français, art. L. 1142-1, II*).

Pour être réparable, le préjudice allégué doit résulter directement de l'état infectieux. La preuve du caractère nosocomial de l'infection est à la charge de celui qui l'invoque (*Jurisclasseur, code civil, article 1382 à 1386, Fasc. 440-55, n° 13, 30 et 31*).

Les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve produits par le demandeur pour établir l'existence d'une infection nosocomiale (*Cass. Ire civ., 26 mai 2011, n° 10-17.446. – Cass. Ire civ., 21 juin 2005, n° 04-12.066 : JurisData n° 2005-029039 ; Bull. civ. 2005, I, n° 276 ; RD sanit. soc. 2005, p. 870, obs. F. Arhab*).

C'est la question relative à cette preuve préalable que le tribunal doit d'abord trancher.

Il suit des développements qui précèdent que la charge de la preuve repose sur **A.)** et **B.)** dite **B'.**).

Le rapport d'expertise du Professeur Henry COUDANE du 18 octobre 2016, fait à la demande de **ASS.1.)**, assureur de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, **ASS.2.)** et **A.)** est versé en cause par **A.)** et **B.)** dite **B'.**).

Il est constant en cause que le mandataire du docteur **C.)** a adressé un courrier avec un rapport y annexé à l'expert COUDANE le 30 mars 2017 le priant de le convoquer aussi afin qu'il puisse faire part de ses observations et que l'expert n'y a donné aucune suite.

Le rapport d'expertise COUDANE est à qualifier de rapport extrajudiciaire unilatéral, dans la mesure où le docteur **C.)** n'était pas convoqué aux opérations d'expertise et n'a pas pu émettre ses observations.

L'expertise unilatérale ou officieuse, qu'une partie se fait dresser à l'appui de ses prétentions ou contestations, n'est par définition pas contradictoire. Toutefois, une telle expertise constitue un élément de preuve au sens de l'article 64 du Nouveau Code de procédure civile et s'il est régulièrement communiqué et soumis à la libre discussion

des parties il est à prendre en considération en tant qu'élément de preuve et ne peut être écarté en raison de son seul caractère unilatéral (cf. Cour 3 mai 2007, 9^e chambre, n° de rôle 31.186 ; Cass. 7.11.2002, P. 32, 363 ; Tony Moussa, Expertise en matière civile et commerciale, 2^e éd. p. 166).

Un rapport d'expertise est en principe inopposable à toute personne qui n'a pas été appelée ou représentée aux opérations d'expertise. La raison de cette règle est la sauvegarde des droits de la défense de la partie contre laquelle on veut invoquer un rapport d'expertise lors de l'élaboration duquel elle n'a pu présenter ses observations (Tr. arr. Luxembourg, 18 décembre 2000, n° 50320).

Or, les termes « opposabilité » et « validité » doivent rester réservés aux expertises judiciaires. En effet, l'expert judiciaire doit respecter le principe du contradictoire, règle essentielle de validité de l'expertise judiciaire, et c'est le respect du contradictoire lors des opérations d'expertise qui rend son expertise opposable aux parties qui y ont été présentes ou représentées. L'expertise unilatérale ou officieuse, qu'une partie se fait dresser à l'appui de ses prétentions, n'est par définition pas contradictoire. Une telle expertise, lorsqu'elle est régulièrement communiquée et soumise à la libre discussion des parties, vaut comme élément de preuve et le juge peut la prendre en considération en tant que tel et y puiser des éléments de conviction (Tony Moussa, Expertise en matière civile et pénale, 2^{ème} édition, p. 166 ; Cour d'Appel, 13 octobre 2005, n° 26892 du rôle ; Tr. arr. Diekirch, 14 juillet 2009, n°104/2009).

Le juge du fond n'est pas admis à fonder sa décision uniquement sur un rapport unilatéral (Cour de cassation 8 décembre 2005, n° 63/05).

Il résulte des développements qui précèdent que, si les juges du fond peuvent souverainement apprécier la valeur et la portée d'une expertise officieuse, ils ne peuvent l'écartier à titre d'élément de preuve en raison de son caractère unilatéral.

Le rapport d'expertise COUDANE, régulièrement versé aux débats et débattu par les parties dans le cadre de la présente instance, n'encourt partant pas la nullité mais sert comme élément de preuve sans que le tribunal ne puisse fonder sa décision uniquement sur ce rapport.

La demande à voir déclarer le rapport d'expertise COUDANE inopposable au docteur C.) n'est partant pas fondée.

Or, dans la mesure où ce rapport unilatéral ne peut à lui seul asseoir la décision du tribunal au vu du respect des droits de la défense, le tribunal ne disposant pas d'éléments suffisants pour trancher d'ores et déjà cette question et la solution au présent litige nécessitant des constatations d'ordre médical objectives et impartiales d'un homme de l'art, il y a lieu de nommer un expert judiciaire avec la mission plus amplement déterminée au dispositif du présent jugement.

Il y a encore lieu de charger l'expert de dire si toutes les précautions ont été prises en ce qui concerne les mesures d'hygiène prévues par la réglementation en matière de

lutte contre les infections nosocomiales et si les moyens en personnel et en matériel correspondent aux obligations prescrites en matière de sécurité.

La charge de la preuve de leurs prétentions reposant sur **A.)** et **B.)** dite **B'.**), il leur appartient d'avancer la provision de l'expert.

En attendant le résultat de la mesure d'instruction, il y a lieu de réserver le surplus des demandes et les frais et dépens de l'instance.

Il y a lieu de déclarer le 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 12 février 2019,

entendu le rapport fait conformément à l'article 226 du Nouveau Code de procédure civile,

reçoit la demande en la forme,

rejette les moyens de nullité et d'inopposabilité du rapport d'expertise du Professeur Henry COUDANE du 18 octobre 2016,

dit la demande de **A.)** recevable sur la base contractuelle à l'égard du docteur **C.)** et de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN,

dit la demande de **B.)** dite **B'.**) irrecevable sur la base contractuelle à l'égard du docteur **C.)** et de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN,

dit la demande de **B.)** dite **B'.**) recevable sur la base délictuelle à l'égard du docteur **C.)** et de la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN,

dit la demande de **A.)** et de **B.)** dite **B'.**) contre la société anonyme **ASS.1.)** S.A., recevable sur base de l'action directe prévue par l'article 89 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance,

dit que le docteur **C.)** et la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN ont une obligation accessoire de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale,

avant tout autre progrès en cause, ordonne une expertise médicale et nomme expert le **docteur Robert HUBERTY, 204, route d'Arlon, L-8010 Strassen**, avec la mission

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

« - en tenant compte du rapport d'expertise du Professeur Henry COUDANE du 18 octobre 2016, décrire la prise en charge de A.) par le docteur C.) et par la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, à compter du 16 mai 2012,

- décrire tous les soins dispensés, investigations et actes annexes qui ont été réalisés et préciser dans quelles structures et dans la mesure du possible par qui ils ont été pratiqués,

- en cas d'infection, préciser à quelle(s) date(s) ont été constatés les premiers signes, a été porté le diagnostic, a été mise en œuvre la thérapeutique, dire quels ont été les moyens cliniques, paracliniques et biologiques retenus, permettant d'établir le diagnostic, dire, le cas échéant, quel acte médical ou paramédical est à l'origine de cette infection, quel type de germe a été identifié, quelle est son origine, son caractère exogène ou endogène, si l'infection a pour origine une cause extérieure et étrangère au(x) lieu(x) où a(ont) été dispensé(s) le(s) soin(s), quelles sont les origines possibles de cette infection et s'il s'agit de l'aggravation d'une infection en cours ou ayant existé,

- dire si les soins, investigations et actes annexes ont été conduits conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science médicale à l'époque où ils ont été pratiqués, en particulier et le cas échéant :

dans l'établissement du diagnostic, dans le choix, la réalisation et la surveillance des investigations et du traitement,

dans l'organisation du service et de son fonctionnement,

- préciser :

si toutes les précautions ont été prises en ce qui concerne les mesures d'hygiène prescrites par la réglementation luxembourgeoise en matière de lutte contre les infections nosocomiales ; dans la négative, dire quelle norme n'a pas été appliquée,

si les moyens en personnel et en matériel mis en œuvre au moment de la réalisation de(s) l'acte(s) en cause correspondaient aux obligations prescrites en matière de sécurité,

si le patient présentait des facteurs de vulnérabilité susceptibles de contribuer à la survenance et au développement de cette infection,

si cette infection présentait un caractère inévitable et expliquer en quoi,

si le diagnostic et le traitement de cette infection ont été conduits conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science médicale à l'époque où ils ont été dispensés.

En cas de réponse négative, faire la part entre les conséquences de l'infection strictu sensu et les conséquences du retard de diagnostic et de traitement, les raisons qui font retenir le caractère nosocomial de l'infection présentée, ou au contraire, celles qui font plutôt retenir une cause étrangère,

déterminer si le séjour prolongé du patient aux Caraïbes fin 2013 a contribué à l'aggravation de son état,

déterminer si possible pour quelle part respective le docteur C.) et la FONDATION HÔPITAUX ROBERT SCHUMAN, respectivement le séjour du patient aux Caraïbes fin 2013, ont concouru au dommage subi par A.) en raison de l'infection nosocomiale » ;

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,

ordonne à A.) et B.) dite B'.) de payer à l'expert une provision de 1.200.- euros au plus tard pour le 19 avril 2019 et d'en justifier au greffe du tribunal, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du Nouveau Code de procédure civile,

charge Madame le premier juge Patricia LOESCH de la surveillance de cette mesure d'instruction,

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

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

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe du tribunal le 15 septembre 2019 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 plume,

déclare le présent jugement commun à la CAISSE NATIONALE DE SANTE,

réserve le surplus et les frais,

tient l'affaire en suspens.