

**Jugement civil no 15/2012 (8<sup>e</sup> chambre)**

Audience publique du mardi, 31 janvier 2012.

**Numéro du rôle : 137.669**

Composition:

Agnès ZAGO, vice-présidente,  
Danielle POLETTI, premier juge,  
Françoise HILGER, premier juge,  
Guy BONIFAS, greffier.

**E N T R E :**

**A.),** demeurant à L-(...), (...),

**demanderesse** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Franck SCHAAL de Luxembourg du 2 mai 2011,

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

**E T :**

1) **DR1.),** médecin-spécialiste en orthopédie, établi professionnellement à L-(...), (...),

**défendeur** aux fins du prédit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

2) le **CLIN1.),** établissement d'utilité publique, établi et ayant son siège social à L-(...), (...), représenté par sa commission administrative actuellement en fonctions, sinon par le président de son conseil d'administration sinon par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**défendeur** aux fins du prédit exploit SCHAAL,

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

3) la Caisse Nationale de Santé (CNS), établissement public, établie et ayant son siège social à L-1471 Luxembourg, 125, route d'Esch, représentée par le président de son comité directeur actuellement en fonctions,

**défenderesse** aux fins du prédit exploit SCHAAL,

défaillante.

---

## LE TRIBUNAL

Ouï **A.)** par l'organe de Maître Anne HERTZOG, avocat constitué.

Ouï le docteur **DR1.)** par l'organe de son mandataire Maître Luc OLINGER, avocat, en remplacement de Maître Jean MINDEN, avocat constitué.

Ouï le **CLIN1.)** (ci-après le **CLIN1.))** par l'organe de son mandataire Maître Suet Sum WONG, avocat, en remplacement de Maître Franz SCHILTZ, avocat constitué.

### Faits

L'action tend à l'indemnisation des suites dommageables d'un traitement d'électrothérapie intra-discale pratiqué le 6 décembre 2007 par le docteur **DR1.)**, exerçant au sein du **CLIN1.)** (**CLIN1.))**, sur la personne de **A.)** souffrant d'une protrusion discale.

Par ordonnance du 29 septembre 2008, le juge des référés a ordonné une expertise et commis pour y procéder le Docteur Joseph DIB avec la mission de concilier les parties, si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé de :

- 1. procéder à l'examen de l'état de santé de la requérante,*
- 2. procéder à l'examen du déroulement de l'opération de thérapie par IDET du Docteur **DR1.)** du 6 décembre 2007 sur la requérante et le décrire, et se prononcer notamment sur la pertinence de ladite opération vu l'état antérieur de la patiente, ainsi que sur la bonne ou mauvaise conformité du geste médical effectué aux règles et prescriptions imposées pour une telle intervention,*
- 3. dire et décrire les dommages éventuels qui en sont résultés, et en résulteront éventuellement dans le futur, et notamment dire si les éventuelles souffrances et éventuelles douleurs intenses alléguées par la requérante suite à l'opération du 6 décembre 2007 sont bien ou ne sont pas en relation causale avec ladite opération,*
- 4. déterminer les moyens propres à remédier à la présence du corps étranger dans la colonne vertébrale de la requérante, et d'évaluer les risques et séquelles qui peuvent le cas échéant en résulter.*

L'expert Joseph DIB a rendu un rapport définitif le 13 décembre 2008.

### Procédure

Par exploit d'huissier du 2 mai 2011, **A.)** a assigné le docteur **DR1.)** à comparaître devant le tribunal de ce siège. Par ce même exploit, le **CLIN1.)** et la Caisse Nationale de Santé ont été assignés en déclaration de jugement commun.

Cette affaire a été inscrite au rôle sous le numéro 137.669.

Bien qu'assignée à personne, la Caisse Nationale de Santé n'a pas comparu. Par application des articles 79, alinéa 2 et 155 (2) du nouveau code de procédure civile, il convient par conséquent de statuer contradictoirement à son égard.

L'instruction a été clôturée le 22 novembre 2011 et l'affaire a été plaidée à l'audience du 17 janvier 2012, le juge rapporteur entendu en son rapport oral.

### Prétentions et moyens des parties

**A.)** recherche la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle du docteur **DR1.)**. Elle demande principalement à le voir condamner au paiement d'une provision sur dommages et intérêts de 30.000.- EUR et à voir ordonner la désignation d'un collège d'experts aux fins de déterminer la date de consolidation des blessures, et d'évaluer le préjudice corporel et matériel lui accru du fait du traitement par IDET subi en date du 6 décembre 2007, sinon subsidiairement à le voir condamner au paiement de dommages et intérêts de 100.000.- EUR. Elle requiert, en outre, la condamnation du docteur **DR1.)** à payer le montant de 1.000.- EUR à titre de remboursement des frais d'expertise DIB ainsi qu'une indemnité de 2.000.- EUR sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

A l'appui de ses prétentions, elle fait valoir qu'en date du 6 décembre 2007, elle fut admise au **CLIN1.)** afin d'y subir un traitement par IDET pratiqué par le docteur **DR1.)** pour soulager les douleurs provoquées par une protrusion discale ; qu'elle ne fut pas informée des risques et suites éventuelles de ce type de technique opératoire ; que son état a empiré suite à l'intervention ; qu'en mars 2008, elle apprit à l'occasion d'un scanner que lors de l'intervention, l'un des instruments médicaux utilisés (cathéter) s'était brisé et qu'une partie de ce matériel était demeurée dans sa colonne vertébrale ; que ne supportant plus les douleurs continues, elle fut réopérée le 5 janvier 2011 et que depuis lors ses problèmes neurologiques ont régressé.

La demanderesse estime que le défendeur a commis une double faute à son égard, en manquant à son obligation de résultat par le fait d'avoir laissé dans l'organisme de sa patiente un corps étranger et en omettant d'informer sa patiente des risques encourus par le traitement par IDET.

*Le docteur DRI.)* conteste toute faute contractuelle dans son chef, la rupture d'un cathéter constituant, selon lui, un accident médical ou un aléa thérapeutique face auxquels il ne serait tenu que d'une simple obligation de moyens et non pas de résultat, comme le soutient la demanderesse. Il conteste encore l'existence d'un préjudice dans le chef de *A.)* en rapport avec cet incident. Pour être complet, il conteste l'évaluation du préjudice invoqué.

*Le CLINI.)* sollicite sa mise hors cause, étant donné que la demande en déclaration de jugement commun ne serait absolument pas justifiée. Il réclame encore une indemnité de 1.000.- EUR sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

### Motifs de la décision

#### - *la responsabilité du médecin*

Dans les établissements fonctionnant en régime « *fermé* », le malade n'a pas en principe le libre choix du médecin et il reçoit des soins prestés par le personnel médical attaché à l'établissement.

Le malade ne contracte qu'avec l'établissement et le contrat porte à la fois sur l'obligation de garde et sur celle de soins.

L'établissement répond contractuellement des fautes des médecins et des infirmières, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'ils sont ou non les préposés de l'hôpital.

Par opposition, lorsqu'un établissement est un hôpital fonctionnant suivant le régime hospitalier dit « *ouvert* », cela signifie que l'hôpital n'a, en soi, pas de patients et se borne à mettre son personnel et ses services à la disposition des médecins exerçant en son sein. L'hôpital ne fournit que l'environnement matériel, le support et « *prête* » en quelque sorte son personnel au médecin. Cette distinction entre contrat d'hospitalisation et contrat médical conduit, au plan des responsabilités, à une répartition entre la responsabilité hospitalière des cliniques et la responsabilité médicale des praticiens, et exclut en principe la responsabilité in solidum entre les uns et les autres (cf. G. Ravarani, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2<sup>e</sup> éd., Pas. Lux., no 582).

Lorsque le médecin intervient en milieu hospitalier dit « *ouvert* », il se forme un contrat entre le patient et le médecin (cf. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2004/2005, n° 4275, p. 788) ; G. Ravarani, *op. cit.*, n° 582 ss).

En l'occurrence, il est établi que le *CLINI.)* fonctionne suivant le régime hospitalier dit « *ouvert* ».

Il y a donc lieu de retenir que le contrat incriminé s'est formé directement entre la patiente **A.)** et le docteur **DR1.)**.

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, réserves faites des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science, que la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle.

La responsabilité du médecin à l'égard de son patient est de nature contractuelle (Encycl. Dalloz, Droit civil, vo Médecin, no 484 ; Juriscl. civil, Santé responsabilité du médecin, Principes Généraux, sub art. 1382 à 1386, fasc. 440-1, no 8).

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.

Il est de jurisprudence constante que la plupart des contrats 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.

En l'espèce, la cause des dommages invoqués par **A.)**, à savoir le traitement par IDET litigieux, se rattache par un lien nécessaire à l'exécution du contrat incriminé, c'est-à-dire la prestation de soins.

La demande de **A.)** est, partant, recevable sur la base contractuelle à l'encontre du docteur **DR1.)**.

#### - *les obligations du médecin*

Les obligations contractuelles se divisent en obligations de résultat et de moyens. Tantôt le débiteur est tenu d'accomplir un fait déterminé : l'obligation est strictement précisée ; le débiteur doit atteindre un résultat. Tantôt au contraire, le débiteur est seulement tenu de faire diligence de se conduire avec prudence pour tenter de parvenir au résultat souhaité.

Dans les obligations déterminées, il suffit au créancier de prouver que le résultat n'a pas été atteint, et c'est au débiteur de démontrer une cause étrangère ; dans les obligations de prudence et de diligence le créancier doit au contraire faire la preuve d'une négligence ou d'une imprudence du débiteur.

Le critère de distinction sur le terrain contractuel est la volonté des parties et à défaut d'autres circonstances, permettant de découvrir cette volonté, on recherchera si la réalisation du but poursuivi par le contrat présente un aléa.

La nature aléatoire ou non de la résiliation du but à atteindre permet donc de découvrir la volonté non exprimée des cocontractants.

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

L'obligation du médecin est donc en principe une obligation de moyens. Il ne pourrait d'ailleurs guère en être autrement ; tout acte médical comporte en effet un irréductible aléa qui interdit de faire peser sur le médecin en dehors d'une volonté contraire clairement exprimée de celui-ci l'obligation d'obtenir tel ou tel résultat déterminé relativement à l'état de santé de son patient (cf. Encycl. Dalloz, Droit Civil, loc. cit. no 610).

Le critère de distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens dans le cadre de l'exercice de la médecine résulte de la nature de l'intervention.

*« Le dommage qui résulte du travail purement scientifique, des soins, n'est réparable que si la victime prouve une faute du médecin. A rebours, le préjudice résulte-t-il des appareils utilisés par le médecin ou, d'une façon plus large, ne résulte-t-il pas de la libre recherche médicale engendrera une obligation de résultat. Il n'y a en effet aucune mesure entre l'art médical, aléatoire de par sa nature, et l'utilisation d'une chose défectueuse... »* (cf. Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile, 3<sup>e</sup> éd., n° 1408).

Ainsi, lorsque le dommage est, comme en l'espèce, lié à l'utilisation d'une chose ou d'un instrument, la responsabilité du fait des choses est inapplicable compte tenu de la règle du non-cumul des responsabilités, mais la jurisprudence fait peser sur le chirurgien une obligation de sécurité si le préjudice est lié aux instruments utilisés. Il s'agit d'une présomption de responsabilité dont le praticien ne peut se libérer qu'en prouvant l'existence d'une cause étrangère, comme le défaut de la chose, à l'exclusion de l'aléa thérapeutique (Cass. civ. 1<sup>er</sup> 9 novembre 1999, Bull. civ. I, no 300 ; Jurisclasseur civil, verbo santé, fasc. 441, no 11).

En l'espèce, il est établi que, lors du traitement par IDET pratiqué par le docteur **DR1.**) sur **A.**), le cathéter devant être introduit dans le disque per cutané s'est cassé, de sorte qu'un fragment de cet objet est resté dans l'espace discal de la patiente.

Selon la jurisprudence précitée, il existe à charge du médecin « *une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne le matériel qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation et de soins* ».

En effet, si l'intervention du médecin ne cause scientifiquement dans le domaine de la pure technique médicale aucun problème, ses actes perdent leur caractère aléatoire et il peut dès lors être soumis à une obligation de sécurité tendant vers une obligation de résultat (CA Liège, 29 septembre 1998, RGAR, n°14) Le médecin assume pareillement une obligation de résultat vis à vis de son patient « *de ne pas lui occasionner un dommage s'ajoutant au mal à traiter et sans rapport avec ce dernier. Cette obligation est à considérer comme une obligation de résultat alors qu'elle peut s'exécuter normalement sans aléa* » (Lux 30 octobre 1985, P. 27, pages jaunes 44).

Ainsi, l'usage de matériel médical ne présente-t-il normalement pas d'aléa et l'obligation de sécurité impose au médecin de manipuler, de régler et d'utiliser l'appareil, de façon telle que la patiente ne subisse pas de dommage.

Il appartient toutefois, à la patiente de démontrer que son dommage est en relation causale avec le corps étranger resté dans sa colonne vertébrale.

En l'espèce, l'expert Joseph DIB retient à la page 5 de son rapport que « (...) *la présence du corps étranger dans sa colonne vertébrale pourrait être à l'origine de douleurs mécaniques en rapport avec le mouvement du patient (...)* ». Puis, à la page 6, sous le point 3°, il conclut que « (...) *les douleurs alléguées par Mme A.) suite à l'opération du 06/12/2007 sont bien en relation causale avec ladite opération (...)* ».

Le tribunal constate néanmoins que les conclusions de l'expert se contredisent d'une page à l'autre ; à la page 5, l'expert évoque une simple possibilité (« *pourrait être à l'origine* »), tandis qu'à la page 6, il procède par affirmation non autrement motivé (« *sont bien en relation* »).

En présence de ce manque de précision et face aux contestations du docteur **DR1.)**, au demeurant non dénuées de fondement, il y a lieu de retenir que les faits éventuellement constitutifs de responsabilité du médecin ne ressortent pas à suffisance du dossier.

En effet, pour pouvoir prospérer dans sa demande, **A.)** doit encore établir que c'est le corps étranger laissé en place par le docteur **DR1.)** qui d'une part, est à l'origine des douleurs persistantes ressenties depuis l'intervention du 6 décembre 2007 et d'autre part, a nécessité l'opération réalisée le 5 janvier 2011.

Le docteur **DR1.)** verse à cet égard un avis du docteur **DR2.)**.

**A.)** conteste tant l'opposabilité de cet avis à son égard que la pertinence de ce document.

Le terme « *opposabilité* » doit rester réservé aux expertises judiciaires. L'expert judiciaire doit respecter le principe du contradictoire 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. Cette opposabilité de l'expertise judiciaire ne peut toutefois être étendue à des parties qui sont restées étrangères aux opérations d'expertise.

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 d'appel 3 mai 2007, 9<sup>e</sup> chambre, n° 31.186 du rôle; Cass. 7.11.2002, P.32, 363 ; T. Moussa, Expertise en matière civile et commerciale, 2<sup>e</sup> éd. p. 166).

Il n'y a dès lors pas lieu d'écarter l'avis **DR2.)** au seul motif qu'il est unilatéral.

Néanmoins, l'avis donné par ce médecin, qui n'a pas de valeur probante sauf à titre de simple information, n'est pas de nature à asseoir la conviction du tribunal pour juger de l'existence de faits éventuellement constitutifs de responsabilité.

Au vu de la technicité des problèmes qui se posent, et en l'absence de tout élément d'appréciation nécessaire, il convient, avant tout autre progrès en cause, de nommer un expert avec la mission reprise au dispositif du présent jugement.

Comme les conclusions de l'expert DIB ont fait l'objet de critiques de part et d'autre, et au vu des conclusions pour le moins laconiques de cet expert quant aux conséquences liées à la présence du corps étranger dans le dos de la patiente, il convient de charger un autre expert de cette question.

**A.)** estime encore que le Docteur **DR1.)** a omis de l'informer sur les risques potentiels que faisait courir à la patiente cette technique non invasive par IDET pour le traitement de lombalgie chronique, et sur l'opération chirurgicale classique comme option possible.

Le Docteur **DR1.)** conteste les affirmations de la demanderesse en soutenant que celle-ci aurait reçu les informations adéquates, de sorte qu'il lui appartiendrait de rapporter la preuve qu'elle n'a pas bénéficié d'une information complète et que partant son consentement quant au traitement administré n'a pas pu être un consentement éclairé.

Le médecin ne peut sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour l'intéressé.

Hormis les cas d'urgence ou de danger immédiat, le praticien est tenu de signaler à son patient les risques d'un traitement ou d'une intervention. Cette information est destinée à permettre au patient de comparer les avantages et les risques encourus du traitement ou de l'intervention et d'y donner ainsi un consentement ou un refus éclairé.



Lorsque le risque inhérent à l'acte s'est réalisé et que le praticien n'a pas donné cette information, il engage sa responsabilité, même en l'absence de toute autre faute dans la conduite du traitement ou la réalisation de l'intervention chirurgicale.

Contrairement aux affirmations du docteur **DR1.**), il appartient au médecin de prouver qu'il a informé son patient.

Le médecin a, en effet, la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il propose, de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous moyens (cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 octobre 1997, JCP 1998, no 22942).

Il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement (cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 octobre 1998, D.1999, som., p.145 ss.) ou par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire (cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 juillet 2000, D.2000, I.R., p.217).

Il appartient évidemment surtout au médecin-spécialiste d'informer son patient des risques éventuels d'une intervention alors que celui-ci est plus à même de les connaître que le médecin traitant non spécialisé dans ce domaine (cf. Trib. Arr. Luxembourg, 24 novembre 1999, no 1066/99).

La sanction de la violation d'une obligation d'information consiste dans l'allocation de dommages et intérêts afin de réparer le préjudice subi de la perte d'une chance qu'avait le patient d'éviter le dommage.

**A.)** prétend que si le docteur **DR1.)** l'avait dûment informée sur les éventuels risques encourus, elle aurait pu décider en pleine connaissance de cause soit de poursuivre le traitement prescrit par le médecin, soit de se soumettre le cas échéant à une intervention chirurgicale plus invasive, soit même de ne rien faire.

Le tribunal estime que, dans la mesure où il existait des alternatives au traitement proposé, même si ces dernières étaient plus invasives, le docteur **DR1.)** était tenu d'une obligation d'information à l'égard de **A.)**, même s'il n'est pas établi que la requérante, bien qu'informée sur les dangers liés au traitement proposé, aurait refusé ce traitement et se serait soumise à une intervention chirurgicale classique, alors que décider le contraire reviendrait à dispenser le médecin de tout devoir de conseil au motif qu'il n'est jamais probable dans quel sens le patient aurait tranché.

En effet, le patient a droit à une information loyale, claire et appropriée, notamment, quant aux conséquences de l'intervention ou de l'acte projetés ou, comme en l'espèce, réalisés (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, nos 585, 594 et 599, 2<sup>e</sup> éd., Pas. Lux. 2006).

Le patient ne peut cependant demander réparation du fait qu'il n'a pas été informé dès lors que, quand bien même il aurait été averti des risques de l'opération, il est improbable qu'il eût refusé le traitement, eu égard à l'évolution prévisible de son état en cas d'inaction.

La violation de l'obligation d'information ne saurait donc être indemnisable dans le chef de la requérante que si l'intervention telle que pratiquée par le docteur **DR1.**) n'était pas indispensable, eu égard à l'état de santé de la patiente.

Il y a dès lors lieu de rechercher les effets qu'aurait pu avoir une information sur le consentement ou le refus de la patiente, en prenant en considération l'état de santé de la patiente, ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles l'intervention lui est proposée, les caractéristiques de ladite intervention, ainsi que les risques inhérents à l'acte pratiqué, les aléas thérapeutiques et les chances de guérison ou d'amélioration de l'état de la patiente.

Le tribunal constate que si l'expert DIB ne critique pas le geste médical posé, il ne motive pas plus avant cette conclusion. Il ne précise également pas si l'intervention proposée par le chirurgien était indispensable pour la patiente.

Ce point sera donc également soumis à l'expert à nommer par le tribunal.

**A.)** reproche, en outre, au docteur **DR1.)** d'avoir commis une erreur dans le choix de la méthode curative : en effet, celui-ci avait le choix entre deux méthodes, la technique classique (chirurgie invasive) et la technique novatrice (méthode encore mal maîtrisée et aux résultats aléatoires selon elle). Elle estime que même si le médecin est libre dans le choix de la thérapie, il lui faut établir son choix dans l'intérêt de son patient en optant pour la solution la moins risquée et serait sujet à critique si ce choix « *devait révéler une méconnaissance des données acquises* » de la science.

L'article 30 du code de déontologie médicale prévoit que dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement à son patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science en faisant appel, s'il y a lieu, à l'assistance de tiers compétents.

Ce sont notamment les exigences ainsi définies à l'adresse du médecin qui sont employées par la jurisprudence pour cerner le domaine de la responsabilité médicale.

Il est admis que dans l'exercice de son art, le médecin doit veiller à ne prescrire ou n'exécuter que des actes qui sont indispensables à l'optimum thérapeutique ou diagnostique.

Le praticien doit prendre en considération les risques de son intervention en comparant les bienfaits et les inconvénients qui peuvent résulter, d'une part, de la réalisation de cette dernière, d'autre part, de son absence de réalisation selon la règle de la raison proportionnée.

Il faut qu'avant tout traitement se situe l'établissement d'un diagnostic, démarche qui selon les cas peut s'avérer aléatoire.

L'erreur de diagnostic n'est susceptible d'être sanctionnée que si elle est le résultat d'une faute du médecin, compte tenu des données acquises de la science au moment où il procède. Elle ne devient fautive que lorsqu'elle résulte d'une méconnaissance par le médecin de son obligation de donner des soins consciencieux et attentifs. Il est possible, en premier lieu, que le médecin n'ait pas réalisé les investigations et explorations nécessaires pour asseoir son diagnostic ou face à des pathologies qui dépassent ses compétences ou suscitent un doute dans son esprit, qu'il n'ait pas sollicité l'avis d'un confrère particulièrement averti (cf. A. Dorsner-Dolivet, La responsabilité du médecin, *Economica/Pratique du Droit*, no 59 et 91).

Le chirurgien doit toujours, comme tout autre praticien, s'abstenir de faire courir à son malade un risque injustifié.

Le corollaire de cette affirmation est certainement que le médecin ou le chirurgien peut et doit faire courir un risque à son malade, à condition qu'il soit justifié (sous-entendu par l'état initial du malade, c'est-à-dire par le risque couru avant toute intervention).

Lorsque le risque de l'intervention semble trop grand, c'est-à-dire lorsque le chirurgien considère que le bénéfice escompté est trop faible par rapport aux inconvénients de l'intervention ou à ses risques potentiels, il doit choisir l'abstention thérapeutique (cf. Ch. Grapin, *La responsabilité chirurgicale*, éd. Sauramps médical, p.430).

La liberté thérapeutique reconnue au médecin, prolongement du principe d'indépendance, est un principe fondamental dans l'exercice de la médecine qui ne trouve ses limites que dans l'obligation d'agir conformément aux données acquises de la science.

L'obligation d'agir selon les données acquises de la science signifie que son choix ne doit pas porter sur un traitement dépassé ou trop nouveau. Parmi les actes qui s'offrent à son choix, il ne doit pratiquer que ceux qui sont en adéquation avec l'état de santé du patient et s'abstenir de techniques qui, tout en étant conformes aux règles de l'art, ne sont pas appropriées à l'état du patient au regard du bilan entre les risques prévisibles et les bénéfices escomptés (cf. G. Ravarani, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> édition, no 589).

Une faute de technique médicale est commise lorsque le médecin propose un traitement, certes conforme aux règles de l'art, mais qui n'est pas le plus approprié à l'état du patient (cf. *Jurisclasseur civil, Responsabilité médicale*, fasc. 440-40, no 44).

Aussi a-t-il été jugé que le chirurgien peut commettre des erreurs d'appréciation, généralement fautives, si elles sont dues à une insuffisante étude du dossier : erreur quant à l'opportunité de l'intervention elle-même (ibid. fasc. 440-5, *Responsabilité du médecin, fautes de technique médicale*, citant Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9.10.1958, JCP 1958, éd. G, IV, 158; Bull. civ. I, no 240).

Pour l'appréciation d'une éventuelle faute médicale, le comportement du médecin est apprécié in abstracto par rapport à l'attitude qu'aurait adopté dans une situation donnée et dans des circonstances analogues un confrère médecin, et plus précisément un médecin de même formation et d'expérience professionnelle semblable, étant entendu que l'importance du vécu médical ou encore le degré de spécialisation acquise par le praticien ne font qu'accroître le seuil de prudence et d'attention exigible dans le chef de ce dernier (Cour d'appel, 19 décembre 2000, no 382/00 V).

Sur ce point, l'expert DIB est également resté évasif, se contentant de conclure que le geste médical choisi par le chirurgien était adapté.

Dans l'état actuel du dossier, cet élément reste donc aussi à établir.

L'expert à nommer pourra dès lors prendre position sur la question de savoir si le traitement pratiqué sur la patiente était indiqué dans le présent cas.

En attendant le résultat de cette mesure, il y a lieu de réserver le surplus et les frais.

En l'état actuel du dossier, il n'y a pas lieu de mettre le **CLIN1.)** hors cause.

### **PAR CES MOTIFS**

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

déboutant de toutes autres conclusions comme mal fondées ;

reçoit la demande en la forme ;

déclare la demande recevable sur base de la responsabilité contractuelle à l'égard du docteur **DR1.)** ;

dit que le docteur **DR1.)** avait vis-à-vis de sa patiente une obligation de résultat en ce qui concerne l'acte médical et le matériel utilisé ;

dit que le docteur **DR1.)** a violé son obligation d'information vis-à-vis de sa patiente ;

dit que le docteur **DR1.)** avait vis-à-vis de sa patiente une obligation de moyens en ce qui concerne le choix du traitement proposé ;

avant tout autre progrès en cause, ordonne une expertise et nomme expert :

**le docteur Jean NONNENMACHER, chirurgien, c/o Centre de Traumatologie et d'Orthopédie U.G.E.C.A.M. ALSACE, 10, Avenue Baumann, BP 80096, F-67403 ILLKIRCH CEDEX**

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

- 1) *de prendre connaissance du dossier médical de A.) ;*
- 2) *de se prononcer sur la question de savoir si l'intervention pratiquée par le docteur **DRI.)** le 6 décembre 2007 était indiquée au vu du passé médical de la patiente ;*
- 3) *de préciser si la technique par IDET a été appliquée conformément aux règles de l'art médical, tout en considérant le résultat de cette technique sur la patiente;*
- 4) *de préciser, le cas échéant, dans quelle mesure le geste médical du docteur **DRI.)** a entraîné un préjudice dans le chef de A.) et notamment, de préciser si une rupture du cathéter aurait pu être évitée et dans l'affirmative, d'indiquer de quelle façon cela aurait pu être possible ;*
- 5) *de se prononcer sur l'origine des douleurs et lésions de A.) suite à l'intervention et sur la relation causale éventuelle entre les douleurs et lésions et le traitement du 6 décembre 2007 ;*
- 6) *détailler les remèdes nécessaires à la réparation des lésions et suites dommageables causées ;*
- 7) *chiffrer le cas échéant le préjudice subi par A.)*.

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.) de consigner au plus tard le 15 février 2011 la somme de 750.- EUR à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert ;

charge Madame le juge de la mise en état 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 ce siège ;

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 que si ses 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 15 mai 2012 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 ;

pour le surplus, sursoit à statuer quant aux demandes formulées ;

réserve les frais et les droits des parties ;

tient l'affaire en suspens en attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée.