

Qu'en effet, le dommage moral résultant, dans les circonstances décrites ci-dessus, du caractère non souhaité d'une nouvelle grossesse ne peut pas être confondu avec un dommage qui résulterait de la naissance et de la vie et qui pourrait disparaître par la suppression de celles-ci ;

Attendu qu'au vu des considérations qui précèdent, le préjudice moral subi par chacun des appelants sera évalué en équité à la somme de 3.500 euros ;

Attendu que la responsabilité de Luc V. étant de nature contractuelle, les intérêts judiciaires doivent être calculés à partir des dates respectives d'introduction des demandes ;

Attendu que, dans leurs conclusions d'appel, les appelants ne fournissent pas la moindre précision permettant de savoir en quoi pourrait consister le dommage matériel dont ils demandent la réparation ;

Qu'ils doivent dès lors être déboutés de leur demande d'indemnisation d'un préjudice matériel commun ;

Attendu que les appelants ne postulent pas la condamnation solidaire des intimées ;

Qu'il est constant que celles-ci sont à la cause en qualité d'héritières de Luc V. ;

Que c'est vainement qu'elles soutiennent avoir accepté la succession sous bénéfice d'inventaire ;

Que cette circonstance ne fait pas, en soi, obstacle à la prononciation d'une condamnation, à charge des intimées, en leur qualité d'héritières ;

Que la cour n'a, en effet, pas à se prononcer sur la validité et l'efficacité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ;

Qu'il est d'autant plus ainsi qu'aucun document relatif à cette acceptation n'est produit aux débats ;

Qu'au surplus, la cour n'a pas à connaître de l'exécution de ses décisions ;

Attendu que dès lors qu'il n'est fait droit qu'aux seules demandes originaires concernant la réparation des préjudices moraux, il y a lieu de compenser entre les parties les dépens des deux instances.

Dispositif conforme aux motifs.

Siég. : M. P. Delatte. Greffier : Mme N. Magnier.

Plaid. : M^{es} F. Van Trimpont et V. Dessales.

J.L.M.B. 11/695

Observations

Dommage moral en cas de naissance d'un enfant non désiré après l'échec d'une vasectomie

1. Les décisions statuant sur des actions en *wrongful birth* – ici, *wrongful conception and birth*, s'agissant de la naissance d'un enfant consécutive à l'échec d'une stérilisation – retiennent toujours l'attention. Il faut veiller, à l'instar de l'arrêt commenté, à bien distinguer « le dommage moral résultant (...) du caractère non souhaité d'une nouvelle grossesse » et le « dommage qui résulterait de la naissance et de la vie et qui pourrait disparaître par la suppression de celles-ci », autrement dit les actions en *wrongful birth*, qui concernent exclusivement les parents, et les actions en *wrongful life*. Ces dernières, qui visent le préjudice propre de l'enfant né handicapé et reposent

sur un manquement allégué dans le suivi échographique de la grossesse, ayant conduit à ce que la malformation ne soit pas décelée *in utero*, posent des problèmes d'un tout autre ordre ; il n'en sera pas ici question¹.

Bornons-nous à saisir l'occasion de rappeler aux lecteurs de cette revue que la jurisprudence récente offre une illustration marquante d'admission, au fond, d'une action en *wrongful life* : par un arrêt du 21 septembre 2010, la cour d'appel de Bruxelles a considéré, en substance, « que l'enfant né handicapé (...) peut demander la réparation de son propre préjudice résultant de cette situation, en relation causale directe avec l'erreur de diagnostic, qui a empêché sa mère d'interrompre sa grossesse ; que, certes, l'erreur de diagnostic n'a pas causé le handicap de l'enfant, qui préexistait à cette erreur et auquel il ne pouvait être remédié ; que, cependant, le dommage qui doit être indemnisé n'est pas le handicap en tant que tel, mais le fait d'être né avec pareil handicap ; que, sans l'erreur de diagnostic, ce dommage tel qu'il s'est produit *in concreto* ne se serait pas réalisé »². Un montant de l'ordre de 430.000 euros a été alloué aux parents en réparation de leur propre préjudice matériel et moral, mais aussi du préjudice moral et esthétique de l'enfant, décédée durant la procédure. Cette décision, première à être rendue au fond par une cour d'appel, a connu un certain impact médiatique mais, contrairement à ce que l'on pouvait imaginer, n'a pas suscité d'agitation doctrinale³. Elle emprunte le chemin du fameux arrêt *Perruche* rendu par la Cour de cassation française le 17 novembre 2000, dont on sait qu'il fut ensuite brisé par le législateur, avec les nombreuses et complexes conséquences de droit transitoire qui s'ensuivirent⁴. Gageons que les commentateurs devraient se réveiller lorsqu'interviendra l'arrêt de la Cour de cassation relatif à l'existence et à la réparation du préjudice de l'enfant, un pourvoi ayant été, très logiquement, formé par l'hôpital contre l'arrêt du 21 septembre 2010, lequel est actuellement toujours pendant.

Certains parlementaires se sont émus de cette sentence bruxelloise, une proposition de loi ayant récemment été (re)déposée en réaction à celle-ci, visant à insérer un article 1383bis dans le code civil qui disposerait qu'« il n'y a pas de préjudice du seul fait de sa naissance »⁵. A l'instar de son modèle français, qui n'a véritablement convaincu personne – il ne s'agit pas d'un « préjudice du seul fait de (la) naissance » –, cette initiative suscite des objections d'ordre technique et rédactionnel, mais témoigne d'une orientation qui nous paraît devoir être approuvée : elle entend indiquer que le seul droit qui

1. Voy. à cet égard la remarquable étude approfondie de LAURE SAUVEUR, " La prise en charge du besoin d'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital non décelé. Etat actuel du droit français et du droit belge ", *Rev. Fac. dr. Liège*, 2011, p. 485-530; voy. aussi l'étude de R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PUTZ, " La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ? ", note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 117-132 ; " L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé ", in *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, J.-P. BEAUTHIER (dir.), Larcier, 2008, p. 65-114, et spéc. l'étude de J.-L. FAGNART sous le même titre, p. 81-99. On retrouvera notre analyse personnelle dans notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, p. 561-580 (adde les références citées en bibliographie p. 553-555 et 572-573), ainsi que, d'une manière plus systématique, dans notre étude " Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé ", *R.G.D.C.*, 2002, p. 79-98.

2. Bruxelles (4^e ch.), 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.675, obs. N. ESTIENNE, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 183, note M. DILLEN et F. DEWALLENS. Un arrêt antérieur de la même chambre de la cour d'appel de Bruxelles du 25 mai 2010 (*R.G.A.R.*, 2010, n° 14.674), rendu en appel d'un jugement du 7 juin 2002 (*R.G.D.C.*, 2002, p. 483), aborde – plus finement que les premiers juges – la distinction entre la *recevabilité* de l'action formée au nom de l'enfant et le *fondement* de celle-ci, lequel est à éclairer au moyen d'une expertise et n'a dès lors pas encore été débattu dans cette affaire.

3. Voy. sur ce point l'analyse de L. SAUVEUR, *op. cit.*, p. 528-530.

4. Article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, issu de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé; voy. L. SAUVEUR, *op. cit.*, p. 492-523; F. BELLIVIER, " Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne : sous la technique, l'éthique ", *R.T.D.H.*, 2006, p. 667-688. Sur l'arrêt *Perruche* lui-même, dans une perspective anthropologique, l'ouvrage d'OLIVIER CAYLA et YAN THOMAS (*Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard / Le Débat, 2002) est une lecture très recommandée.

5. Proposition déposée par DANIEL BACQUELAINE et CHRISTIAN BROTCORNE le 3 février 2012, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2032/001.

est lésé dans semblables hypothèses, c'est celui *des parents* de recourir à une interruption médicale de grossesse si leur enfant à naître est gravement handicapé, ce handicap étant congénital ou d'origine génétique. Et l'on n'aperçoit pas pourquoi cette lésion – à supposer qu'elle soit fautive, ce qui doit évidemment toujours être soigneusement examiné en premier lieu – ne pourrait pas entraîner, *dans leur chef*, une réparation tout à fait substantielle de l'ensemble des préjudices entraînés pour eux par l'infirmité dont est atteint l'enfant, englobant les sommes destinées à subvenir aux besoins particuliers de ce dernier, sur le modèle adopté par l'arrêt *Quarez* du Conseil d'Etat français⁶. Bien qu'elle reste insatisfaisante, on peut saluer en ce sens l'option retenue par un jugement du tribunal de première instance de Mons du 10 novembre 2010⁷, qui opère correctement une distinction entre la perte, *dans le chef des parents*, d'« une chance de solliciter une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique », évaluée à septante-cinq pour cent du dommage indemnifiable, et le dommage propre de l'enfant, indéniable, mais qui ne se trouve pas dans un « lien de causalité direct et nécessaire » avec la faute du gynécologue qui n'avait pas décelé un *spina bifida* durant la grossesse, dès lors « que le médecin n'est en rien à l'origine de la pathologie elle-même et que l'anomalie est totalement incurable de sorte qu'il n'existe aucun lien de causalité entre le fait fautif du docteur (...) et le " *spina bifida* ", d'une part, et que, d'autre part, aucune intervention, fût-ce *in utero*, n'eût permis d'y porter remède si le diagnostic anténatal avait été posé ».

2. Revenons à l'arrêt commenté. En présence de l'échec d'une stérilisation induisant chez le couple la fausse croyance d'une stérilité totale et définitive, le débat porte parfois sur la nature de l'obligation pesant sur le gynécologue⁸. En l'espèce, après avoir relevé que la réalité de l'échec de l'intervention de vasectomie litigieuse résulte notamment du protocole histologique établissant qu'un seul des deux canaux déférents a été sectionné et ligaturé, l'arrêt retient que « *c'est vainement que les (parents) soutiennent que (le gynécologue) était tenu à une obligation de résultat dès lors qu'ils ne produisent aucun document médical de nature à démontrer l'existence de pareille obligation dans le chef du médecin pratiquant une vasectomie* ». Il est impossible de porter une appréciation sur cette décision – qui ne peut assurément pas être lue comme un rejet *en soi* de l'idée qu'une obligation de résultat pourrait être contractée à l'occasion d'une vasectomie –, dès lors qu'elle est indissociable de la teneur de l'argumentation soumise à la cour d'appel, étant entendu que le créancier d'une prétendue obligation de résultat doit évidemment établir que celle-ci revêt bien ce caractère.

L'intérêt de la décision commentée est ailleurs. On le trouvera tout d'abord dans une approche fine de la façon dont les informations – en l'occurrence capitales, puisque susceptibles d'engager l'avenir du patient, de son couple et de sa famille – doivent être communiquées : d'une part, par le rappel que, postérieurement à l'exécution de l'acte chirurgical qui ne signe pas nécessairement l'échéance de ses obligations, le médecin doit indiquer au patient « *les mesures de prévention ou de contrôle qui*

6. C.E. fr., 14 février 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22828, note J. MOREAU, *J.C.P.*, 1997, I, 4025, n° 19, obs. G. VINEY, 4045, n° 7, obs. P. MURAT et 4072, n° 38, obs. J. PETIT, *D.*, 1997, somm., p. 322, obs. J. PENNEAU, 1998, somm., p. 294, obs. S. HENNERON et 1999, somm., p. 60, obs. P. BON et D. DE BECHILLON, *RD publ.*, 1997, p. 1139, notes J.-M. AUBY et J. WALINE, *RF D adm.*, 1997, p. 374, concl. V. PECRESSE, note B. MATHIEU.

7. Civ. Mons (11^e ch.), 10 novembre 2010, à ce jour inédit (R.G. n° 04/2521/A) à paraître à la *Revue de droit de la santé*.

8. Voy. Liège, 17 avril 2008 (*R.G.A.R.*, 2009, n° 14.460, *R.R.D.*, 2008, p. 34, note Q. VAN ENIS) qui, à propos d'une stérilisation féminine, retient que le gynécologue a contracté une obligation de résultat. Cet arrêt n'a pas été censuré, le pourvoi formé à son encontre ayant été rejeté par un arrêt remarqué de la Cour de cassation du 15 janvier 2010 (cette revue, 2010, p. 728, note G. GENICOT, *R.C.J.B.*, 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.622, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 230, note S. PANIS). On renvoie en particulier à la substantielle note précitée de J. KIRKPATRICK, " Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens ", *R.C.J.B.*, 2010, p. 513-529.

doivent être prises » et, d'autre part, par l'affirmation que ces indispensables renseignements doivent être communiqués « *au patient de manière adéquate, c'est-à-dire de telle façon qu'il puisse valablement (les) percevoir et (les) comprendre* ». Etait dès lors fautive, en l'espèce, l'information portant sur un examen de contrôle ultérieur (spermogramme) qui n'était pas « *accompagnée de la délivrance d'une prescription médicale (...) ou d'un rapport adressé au médecin traitant* » apte à prendre le relais, qui plus est lorsqu'elle fut transmise furtivement, « *le jour même de l'intervention* », alors que le patient demeure affaibli par une anesthésie générale, fût-elle « *non profonde* ». Il est bon, parfois, que les juges prennent soin de le rappeler.

3. Collant de près aux circonstances assez particulières de la cause (naissance d'un enfant gravement handicapé onze mois avant celle du bébé dont la conception eût pu être évitée par l'abstinence ou le recours à une méthode contraceptive), la cour d'appel affirme ensuite que « *la conception, la grossesse et la naissance (de ce bébé) ont causé (aux parents) un préjudice moral* » qualifié de « *grave* », lequel, dans pareil contexte pénible, « *n'est pas compensé par le bonheur d'avoir un enfant en parfaite santé* ». On félicitera l'arrêt commenté d'oser ainsi se démarquer d'une forme d'angélisme déconnecté des réalités concrètes dont témoignent d'autres décisions selon lesquelles la naissance d'un enfant en bonne santé, issu de relations consenties, ne saurait comme telle entraîner un dommage faisant naître un droit de réparation dans le chef de la mère, alors pourtant que celle-ci jouit de la possibilité d'interrompre sa grossesse et que toute naissance non planifiée n'est pas forcément vécue, au moment et dans les circonstances où elle survient, comme un événement heureux⁹.

Enfin, et là n'est pas le moindre des mérites d'une décision qu'il est permis d'applaudir – n'était la relative modicité du *quantum* du préjudice moral alloué aux parents –, la cour d'appel de Mons a à cœur de prendre le contre-pied de son homologue liégeoise qui, dans l'arrêt précité du 22 janvier 2009¹⁰, a cru bon d'estimer que, dans la mesure où il est envisageable soit d'avorter, soit d'abandonner l'enfant à la naissance et de le proposer à l'adoption, le fait pour la maman (ou les parents) « *d'avoir pris en définitive la décision d'élever son (leur) enfant a interrompu la relation causale entre la faute retenue et l'existence d'un éventuel préjudice pour la période postérieure à la naissance* ». Nous avons eu l'occasion d'exposer en quoi pareil raisonnement, non seulement n'est pas correct en droit de la responsabilité civile – seule une décision *fautive* de la victime est susceptible de la rendre coresponsable de son dommage, et un tel choix ne saurait évidemment être qualifié de fautif –, mais apparaît véritablement heurtant¹¹. On se réjouira donc que l'arrêt commenté prenne soin d'affirmer qu'« *il ne peut être fait grief aux (parents) de ne pas avoir songé à l'avortement ou à l'adoption* », parce qu'« *il s'agit là de choix de vie, tributaires d'une éthique personnelle* » et « *qu'en outre, un tel choix (soit l'un, soit l'autre) aurait lui-même généré un nouveau dommage moral* », tout en observant qu'il eût été plus expédient et salutaire de rejeter cette idée saugrenue pour le très simple motif que ce « *choix de vie* », purement discrétionnaire, ne saurait par définition dégénérer en un acte fautif.

GILLES GENICOT
Avocat au barreau de Liège
Maître de conférences à l'ULg

9. En ce sens, à comparer avec l'arrêt rapporté, voy. Liège, 22 janvier 2009, cette revue, 2009, p. 1161, note G. GENICOT, " L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin ", p. 1165-1182, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS.

10. Ainsi que dans un précédent arrêt du 10 mai 2001 (*Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 247, note J. TER HEERDT).

11. G. GENICOT, note précitée, cette revue, 2009, p. 1179-1182; voy. également notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, p. 568-572.