

Doctrines

L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime, par B. Dubuisson 209

Jurisprudence

■ Stipulation pour autrui - Droit d'action du bénéficiaire - Prescription - Point de départ du délai - Différence de traitement entre l'action fondée sur la responsabilité contractuelle et l'action fondée sur la responsabilité extracontractuelle - Question préjudicielle - Discrimination Cour constitutionnelle, 6 novembre 2014 220

■ Responsabilité extracontractuelle - Médecin - Réparation - Enfant né gravement handicapé - Vie préjudiciable (« Wrongful birth ») - Dommage réparable dans le chef de l'enfant (non) Cass., ch. réunies, 14 novembre 2014, note 221

■ Procédure pénale - Instruction - Demande de consultation des pièces - Partie directement intéressée (article 21bis, C. instr. cr.) - Notion Bruxelles, ch. m. acc., 19 novembre 2014, observations de A. Leroy 224

Chronique

Deuils judiciaires - La vie du palais - Bibliographie - Coups de règle.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031



strada lex

Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
28 février 2015 - 134^e année
9 - N° 6595
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable L'être ou le néant : l'alternative illégitime

Par son arrêt du 14 novembre 2014*, la Cour de cassation décide que le préjudice subi par l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic génétique ayant empêché la mère d'exercer son choix de procéder à un avortement thérapeutique n'est pas réparable dans le chef de l'enfant. La Cour rejette donc pour la première fois en droit belge l'action en *wrongful life*. Pour justifier sa décision, elle s'appuie sur l'idée que la réparation du dommage consiste à replacer la victime dans la situation où elle serait demeurée sans la faute. Or, en pareilles circonstances, si la faute n'avait pas été commise, l'enfant ne serait jamais né. Elle conclut qu'il n'y a pas de dommage réparable lorsque la réparation impose de comparer l'existence (la situation réelle) avec la non-existence (la situation fictive). Même si notre Cour suit ainsi un chemin que d'autres juridictions suprêmes avaient emprunté avant elle, il semble qu'une autre voie était possible, plus conforme aux principes fondamentaux sur lesquels repose notre droit de la responsabilité civile. En statuant de cette façon, la Cour introduit en effet un principe limitatif permettant d'exclure certains dommages de la réparation, principe qui paraît peu compatible avec celui de la réparation intégrale de tous les préjudices.

I Introduction

1. C'est peu dire que le premier arrêt de la Cour de cassation belge concernant la vie préjudiciable était très attendu. Treize ans après le célèbre arrêt *Perruche* rendu par la Cour de cassation française¹, notre Cour suprême, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Gand,

(*) Publié ci-après, p. 221.

(1) Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, G., 2000, p. 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose (pour ses concl., *cf.* D., 2001, p. 316), note F. CHABAS : « Attendu ... que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ». On sait que le législateur français est intervenu pour couper les ailes à cette jurisprudence s'agissant d'un handicap non décelé. L'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, devenu l'article L.114-5 du Code de l'action sociale et des familles prévoit : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis d'un parent d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ». Cette loi a cependant connu de nombreux déboires devant la Cour européenne de Strasbourg et devant la Cour constitutionnelle car les mesures transitoires visaient à lui conférer un effet rétroactif en la déclarant applicable aux instances en cours. Voy. à ce sujet notamment G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, n° 249-7, p. 27 ; M. BACACHE-GIBELLI, *Traité de droit civil*, t. 5, *Les obligations - La responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, p. 426, n° 384 ; voy. également, L. SAUVEUR, « La

RÉUSSIR SES MARCHÉS PUBLICS

Didier Batselè, Tony Mortier, Alex Yerna

RÉUSSIR SES MARCHÉS PUBLICS

Didier Batselè, Tony Mortier, Alex Yerna

Cet ouvrage fouillé permettra à l'expert et au débutant d'appréhender dans un langage clair les règles des marchés publics applicables aujourd'hui. Actualisé au 1^{er} janvier 2015, il s'appuie sur de nombreux exemples et évoque les modifications à venir.

650 p. • 115,00 € • Édition 2015

Ouvrage disponible en version électronique sur www.stradalex.com

larcier www.larcier.com

commande@larciergroup.com
c/o Larcier Distribution Services sprl
Fond Jean Pâques, 4 b - 1348 Louvain-la-Neuve - Belgique
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

se prononce à son tour sur cette question sensible. Mais alors que la Cour de cassation française avait admis la réparation du préjudice résultant du handicap dans le chef de l'enfant, notre Cour suprême décide, sur le fondement d'un attendu particulièrement succinct, que ce dommage n'est pas réparable.

Le contraste est d'autant plus saisissant quand on sait que l'arrêt *Perruche* est intervenu dans un contexte jurisprudentiel généralement défavorable à l'indemnisation de l'enfant alors que celui rendu par la Cour de cassation belge s'inscrit au contraire dans un courant jurisprudentiel qui lui était majoritairement favorable².

On se souviendra qu'à la suite de l'arrêt *Perruche*, le législateur belge avait tenté d'intervenir pour empêcher l'indemnisation de l'enfant et restreindre les prétentions des parents. Reprenant les termes de la loi française du 4 mars 2002, dite loi « anti-Perruche », la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé prescrivait en son article 5, § 2, que « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». La même loi réduisait aussi drastiquement le droit à réparation des parents de l'enfant pour le préjudice qu'il subissait à titre personnel. Fort heureusement, cette loi n'est jamais entrée en vigueur³. Elle fut remplacée par la loi du 31 mars 2010 qui ne comporte plus aucune mention à ce sujet⁴. Depuis lors, le terrain est resté vierge et l'on attendait avec impatience le premier arrêt de la Cour de cassation en la matière. La décision était d'autant plus attendue que deux autres pourvois en cassation ont été introduits contre des décisions de juridictions de fond ayant tantôt admis tantôt refusé la réparation du préjudice subi par l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic ou d'une absence d'information fautive imputable à un médecin⁵.

1 Antécédents

2. L'arrêt de la cour d'appel de Gand du 3 novembre 2011. — Dans l'affaire portée devant la Cour de cassation, les parents d'un enfant né avec un grave handicap avaient introduit une action en responsabilité contre un médecin gynécologue en raison d'une erreur de diagnostic prénatal qu'il avait commise et du défaut d'information qui en avait découlé pour la mère ainsi empêchée de décider de procéder à un avortement thérapeutique (I.M.G.). La responsabilité de deux autres médecins consultés après la constatation de la malformation congénitale fut également mise en cause parce qu'ils n'avaient pas cru nécessaire de révéler à la mère cette possibilité de recourir à un avortement. L'action avait été introduite par les parents tant en leur nom personnel qu'au nom de leur enfant né gravement handicapé.

prise en charge du besoin d'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital non décelé - État actuel du droit français et du droit belge », *Rev. dr. ULg.*, 2011, p. 485.

(2) Civ. Mons, 6 octobre 1993, inédit, en cause R.B. ; Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2002, p. 483 ; Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 380, *R.G.D.C.*, 2006, p. 108 et la note R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ ; Bruxelles, 25 mai 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14674 (cet arrêt ne se prononce que sur la recevabilité de l'action) ; Bruxelles, 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675, note N. ESTIENNE ; Gand, 3 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAÏ (arrêt cassé), *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 205, note A. HUYGENS, *R.W.*, 2012-2013, p. 1308 ; *contra* Mons, 12 octobre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14967, note (pourvoi en cassation en cours).

(3) *M.B.*, 6 juillet 2007, p. 37151. Pour une critique de cette disposition, voy. D. DE CALLATAÏ, « Une per-ruche pourrait-elle faire le printemps ? », in J.-P. BEAUTHIER

(coord.), *Justice et dommage corporel - Symbiose ou controverse*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 107.

(4) *M.B.*, 2 avril 2010, p. 19913.

(5) Bruxelles, 21 septembre 2010 et Mons, 12 octobre 2012, tous deux précités note 2.

(6) Gand, 3 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAÏ.

(7) L'interruption de la grossesse pour motif thérapeutique est autorisée en vertu de l'article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal « lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

(8) Les spécialistes de l'hôpital universitaire furent mis à la cause seulement en décembre 2008. En première instance, leur responsabilité ne fut pas retenue au motif discutable qu'il n'y avait pas d'unanimité quant à l'admissibilité d'un avortement thérapeutique sur un fœtus viable. En degré d'appel, l'hôpital fut cité en déclaration d'arrêt commun mais l'action a été considérée comme prescrite vu le délai qui s'était écoulé depuis la naissance.

(9) La réponse de la Cour au premier

Devant la cour d'appel de Gand, la faute du gynécologue n'était pas réellement contestée⁶. On lui reprochait plus particulièrement de n'avoir pas remarqué ou reconnu le résultat d'un test communiqué le 16 août 2001, qui aurait permis de déceler le risque significativement aggravé d'un défaut de fermeture du tube neural, alors que la mère était dans sa seizième semaine de grossesse. Ce handicap n'avait été détecté qu'après la trentième semaine et ce n'est qu'à ce moment que les parents furent renvoyés vers un spécialiste de l'hôpital universitaire de Gand qui confirma un *spina bifida* lombosacré grave. Les parents eurent ensuite une conversation avec un autre spécialiste de ce même hôpital mais ni l'un ni l'autre n'évoqua la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse alors qu'elle pouvait encore être légalement pratiquée compte tenu de la gravité de l'affection⁷. La responsabilité des deux spécialistes qui n'avaient pas révélé cette possibilité aux parents ne fut toutefois pas retenue ni en première instance ni en degré d'appel⁸.

Sous l'angle de la causalité entre la faute du gynécologue et le dommage, la cour d'appel avait fait application de la théorie de la perte d'une chance et avait considéré que s'ils avaient été correctement informés après seize semaines de grossesse, les parents auraient décidé de pratiquer un avortement avec une probabilité de 80 %.

Sous l'angle du dommage, la cour avait accueilli la demande des parents qui demandaient réparation des préjudices subis à titre personnel, sous la forme d'une allocation provisionnelle couvrant l'aide de tiers et le dommage moral. Quant à la demande introduite au nom de l'enfant, elle avait rendu une décision beaucoup plus nuancée. Tout en reconnaissant l'impossibilité théorique de replacer la victime dans son état initial, elle avait admis la réparation du dommage moral causé à l'enfant pendant les périodes d'hospitalisation et de revalidation ainsi que le remboursement des frais supplémentaires résultant du handicap, mais elle avait écarté la réparation du dommage économique et celle du préjudice esthétique.

3. L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014. — Saisie du pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation accueille le second moyen pris de la violation des articles 344, 346, 1382 et 1383 du Code civil et censure la décision en ce qu'elle déclare l'action introduite par les parents au nom de l'enfant partiellement fondée. Par contre, elle rejette le pourvoi en ce qui concerne l'action introduite par les parents en leur nom propre, confirmant par-là même l'admissibilité de l'action en *wrongful birth*⁹. L'arrêt est rendu en audience plénière¹⁰ sur les conclusions conformes de l'avocat général Van Ingelgem¹¹.

Dans son second moyen, le demandeur faisait valoir que l'action en réparation implique, par définition, que la personne lésée soit replacée dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise et, vu l'impossibilité de replacer l'enfant dans cette situation puis-

moyen qui concernait l'action des parents en nom personnel n'est pas éclairante car la Cour l'écarte soit en raison de l'irrecevabilité de certains griefs considérés comme nouveaux, imprécis ou mélangés de fait et de droit soit en ce qu'ils procèdent d'une lecture inexacte de l'arrêt. Le reproche selon lequel la cour d'appel se serait prononcée par voie de considérations générales en rejetant purement et simplement l'argument selon lequel les parents auraient eu la possibilité d'éviter le préjudice en abandonnant l'enfant en vue de son adoption est, lui aussi, écarté. Indépendamment de son caractère choquant, ce dernier argument ne saurait de toute façon être retenu car les parents ont toute liberté pour prendre cette décision difficile et rien ne justifie de transformer cette liberté en une obligation. La décision de garder l'enfant une fois qu'il est né ne saurait, par voie de conséquence, être considérée comme fautive. L'obligation qu'aurait la victime de minimiser son dommage ne va évidemment pas jusqu'à contraindre les parents à abandonner leur enfant. La victime doit seulement se comporter comme toute personne normalement pru-

dente et raisonnable l'aurait fait, rien de plus. En ce sens, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 570 ; M. DILLEN et F. DEWALLENS, « *Wrongfull life made in Belgium* : geboren worden kan uw gezondheid schaden », *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 192 ; D. DE CALLATAÏ, « L'enfant qui aurait pu avorter deux fois », note sous Gand, 3 novembre 2013, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14943/6 ; Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 282, n° 7.

(10) La décision de traiter une affaire en audience plénière tend à assurer l'unité de la jurisprudence ainsi que la sécurité juridique. L'arrêt qui est ainsi rendu n'a pas pour autant une autorité plus forte que celui rendu par une formation ordinaire.

(11) Pour les premiers commentaires de cet arrêt, voy. I. SAMOY, *Juristen-krant*, 3 décembre 2014, n° 299 ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 269-278 ; Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 278-285.

qu'il ne serait pas né, que l'arrêt n'avait pu constater légalement l'existence d'un dommage ni, en conséquence, d'un lien de causalité entre la faute et ce dommage.

Pour justifier sa décision, la Cour rappelle tout d'abord que le juge du fond apprécie certes souverainement en fait l'existence et l'étendue du dommage ainsi que le montant de l'indemnité nécessaire pour le réparer mais qu'elle peut néanmoins vérifier si le juge a pu légalement déduire de ces constatations souveraines l'existence du dommage¹². Exerçant ce contrôle, la Cour suprême estime ensuite que le juge du fond n'a pu légalement décider que les préjudices dont les parents demandaient réparation au nom de l'enfant étaient réparables. Elle considère en effet qu'il n'existe pas de dommage réparable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil lorsque la réparation implique de comparer l'existence d'une personne avec un handicap et la non-existence de cette personne.

La question complexe de l'indemnisation de l'enfant est donc réglée en trois lignes. Le juriste en éprouvera une certaine frustration mais moins sans doute que les parents eux-mêmes auxquels il faudra expliquer qu'au regard du droit belge leur enfant ne subit aucun préjudice. Afin d'essayer de comprendre les motifs de la décision, on se reportera utilement aux conclusions conformes de l'avocat général.

2 Questions suscitées par une action en « wrongful life »

4. Rappelons que, selon la terminologie anglaise, l'action en *wrongful birth* (naissance préjudiciable) vise l'action introduite par les parents en leurs noms personnels en réparation des préjudices subis en raison de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital dont le risque n'a pas été détecté *in utero*, alors que l'action en *wrongful life* (vie préjudiciable) concerne l'action introduite par les parents au nom de l'enfant en réparation du préjudice propre subi par ce dernier dans les mêmes circonstances¹³. Nous ne traiterons ici que de l'action en *wrongful life* puisque le moyen qui a justifié la censure de la Cour se limitait à cette question¹⁴.

L'action visant à réparer le préjudice de l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic pose des questions relativement aux trois éléments clés de la responsabilité civile qu'elle soit fondée sur les articles 1146 à 1153 ou sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. C'est sur le terrain du dommage et non sur celui de la faute ou du lien causal qu'à l'invitation du pourvoi, la Cour se place pour censurer la décision du juge du fond. Nous pensons néanmoins utile de dire quelques mots des deux derniers éléments afin de proposer une vue d'ensemble des questions juridiques suscitées par une telle action.

A. De la faute

5. Nécessité d'une faute prouvée. — Il importe de rappeler, tout d'abord, que la demande en réparation introduite par les parents au

nom de leur enfant résultait en l'espèce d'une faute médicale qui n'était pas contestée, pas plus qu'elle ne l'était dans l'arrêt *Perruche*. La faute commise par le médecin consistait dans le fait de n'avoir pas décelé la malformation du fœtus et dans l'absence d'information des parents qui en a découlé, cette carence ayant empêché la mère d'effectuer le choix de ne pas mettre son enfant au monde. La faute du médecin n'est donc certainement pas d'avoir permis à l'enfant de vivre, comme on l'a souvent affirmé à tort à propos de l'arrêt *Perruche* et comme le laissent aussi entendre certains griefs adressés par le demandeur au pourvoi dans la présente affaire¹⁵.

La démonstration d'une faute est un préalable nécessaire à l'engagement de la responsabilité du médecin sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. Cette exigence forme un rempart à certaines dérives dénoncées par une partie de la doctrine française¹⁶. Il ne s'agit en effet nullement de consacrer une responsabilité automatique qui obligerait le corps médical à rendre compte de toutes les malformations constatées à la naissance après un diagnostic génétique ou prénatal. Une erreur n'est pas nécessairement fautive. Il faut ajouter que tous les examens effectués avant la naissance n'aboutissent pas nécessairement à des certitudes concernant les malformations dont l'enfant pourrait être atteint à la naissance. S'il subsiste des incertitudes quant au diagnostic, il appartient au médecin qui procède à l'analyse de les révéler de manière précise, loyale et complète¹⁷. À partir du moment où il a correctement évalué les risques et en a clairement informé son patient, il ne peut plus être question de responsabilité pour faute dans son chef si finalement le risque qui a ainsi été dévoilé se réalise¹⁸.

On ne peut nier pour autant que le champ de la responsabilité médicale s'accroît au fur et à mesure que se développent les pouvoirs d'intervention de la médecine sur la vie humaine par le biais des examens génétiques, prénataux et préimplantatoires. Ce mouvement va de pair avec toutes les avancées de la médecine et spécialement de la médecine prédictive¹⁹. L'accroissement de la responsabilité qui l'accompagne n'est ni nouveau ni malsain en soi. Il permet au contraire de canaliser et de limiter des pratiques qui comportent des risques pour autrui, conformément aux fonctions traditionnelles de la responsabilité civile²⁰.

6. Faute contractuelle ou extracontractuelle. — Dans le cas d'espèce, la faute médicale était certainement de nature contractuelle à l'égard de la mère puisqu'elle résultait d'un manquement à l'obligation de soins et, par voie de conséquence, à l'obligation d'information dont le médecin était débiteur à son endroit. La question pourrait se poser de savoir si cette faute contractuelle à l'égard de la mère peut être qualifiée d'extracontractuelle à l'égard de l'enfant qui est tiers par rapport au contrat médical. Cette question, qui fut évoquée devant la cour d'appel de Gand, a reçu une réponse positive à juste titre selon nous. La jurisprudence de la Cour de cassation admet en effet qu'une faute contractuelle puisse aussi constituer une faute aquilienne à l'égard d'un tiers dès lors que ce manquement constitue, simultanément et indépendamment du contrat, un manquement à l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous²¹. Ceci ne fait guère de doute en l'espèce dès lors que le défaut d'information donnée à la mère a clairement une incidence sur la situation de l'enfant²². L'arrêt de la cour d'appel n'était d'ailleurs pas critiqué sur ce point.

(12) Voy. Cass., 30 avril 2003, R.G. n° P.03.0168.F, *Pas.*, 2003, n° 271.

(13) On ne saurait nier la possibilité pour les parents de représenter leur enfant dans une telle action sans remettre en cause les règles de protection des incapables. Voy. à cet égard, Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, J.L.M.B., 2015, p. 283, n° 9.

(14) On distingue parfois l'action en *wrongful pregnancy* qui vise à réparer le préjudice subi par les parents en raison de la naissance d'un enfant non désiré à la suite de l'échec d'un avortement ou d'une stérilisation. Nous n'en parlerons pas ici. Sur cette action, voy. M. DILLEN et F. DEWALLENS, *op. cit.*, p. 191 ; E. DE KEZEL, « *Wrongful birth en wrongful life - Een stand van zaken* », *NjW*, 2004, p. 547, n° 7.

(15) Pour une critique du prétendu

droit fondamental de l'enfant à la vie, voy. Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, J.L.M.B., 2015, p. 282, n° 8.

(16) Arrêt précité. Cette jurisprudence a été confirmée par trois arrêts rendus le 13 juillet 2001. Cass. fr., ass. plén., 13 juillet 2001, D., 2001, p. 2325, note P. JOURDAIN, J.C.P., 2001, p. 10601, concl. J. Sainte-Rose, note F. CHABAS. Ces arrêts ont réaffirmé le principe tout en rejetant les pourvois au motif que la responsabilité du médecin ne peut être retenue que si les conditions légales pour procéder à l'avortement thérapeutique étaient bien remplies au moment où le handicap aurait dû être décelé. Voy. aussi pour une confirmation pleine et entière de la jurisprudence *Perruche* : Cass. fr., ass. plén., 28 novembre 2001, J.C.P., 2002, II, 10018, concl. J. Sainte-Rose

et note F. CHABAS.

(17) G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 97, n° 42.

(18) M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.*, 2001, p. 296, n° 11.

(19) B. MARKESINIS, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *RTD civ.*, 2001, p. 82.

(20) M. FABRE-MAGNAN, « Débat autour de l'affaire *Perruche* - L'affaire *Perruche* : pour une troisième voie », *Droits*, 2002, p. 126.

(21) Voy. encore récemment, Cass., 25 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2039 ; R.G.A.R., 2013, n° 14974 ; Cass., 22 juin 2009, R.W., 2011-12, (somm.), p. 1003.

(22) M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *RTD*

civ., 2001, p. 300. Il faut reconnaître cependant que l'on s'éloigne ici des hypothèses classiques où le tiers engage la responsabilité du contractant pour manquement à son obligation d'information parce qu'il pouvait légitimement se fier à l'exactitude de l'information donnée au cocontractant. Il n'en demeure pas moins que l'information en question concerne aussi l'enfant ne fût-ce que parce que c'est lui qui, *de facto*, subira directement les conséquences préjudiciables d'une mauvaise information. Pour une opinion plus réservée, R. MARCHETTI, E. MONTERO, A. PÜTZ, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 122, n° 7.

B. De la causalité

7. Du lien causal au dommage. — Le demandeur en cassation n'adressait aucune critique à l'arrêt de la cour d'appel de Gand sous l'angle du lien de causalité, si ce n'est qu'en l'absence de dommage réparable il y avait lieu de conclure également à l'absence de relation causale. On sait que le lien causal et le dommage sont parfois étroitement imbriqués. De nombreux commentateurs de l'arrêt *Perruche* se sont autorisés à déduire du raisonnement causal que le dommage ne pouvait consister que dans la naissance. Si la faute n'avait pas été commise, l'enfant ne serait jamais né, donc le préjudice est bien la naissance et non le handicap²³. Or, il ne saurait y avoir de préjudice du seul fait d'être né, donc l'enfant ne peut prétendre à obtenir réparation²⁴. Le raisonnement apparemment implacable s'arrête abruptement à ce niveau ce qui revient, par une inversion de la démarche, à déterminer le dommage au départ du raisonnement causal.

Ceci nous paraît critiquable car l'identification du dommage ne dépend nullement de la manière dont on formule le raisonnement logique visant à établir l'existence du lien causal. Le rôle de la causalité est en effet seulement d'établir un trait d'union entre la faute et le préjudice, non de déterminer la consistance du dommage. Avant de poser le raisonnement causal, il faut donc que le préjudice dont la victime demande réparation ait été identifié et dûment démontré²⁵. Les deux opérations doivent être clairement distinguées.

8. Causalité naturelle et causalité juridique. — Beaucoup de commentateurs ont également nié l'existence de la relation causale entre la faute médicale et le préjudice de l'enfant au motif que celui-ci résultait d'une cause naturelle antérieure à la faute du médecin qui n'est nullement responsable de cet état. Il est certes incontestable que la malformation d'origine génétique ou congénitale n'a pas été matériellement causée par la faute du médecin en ce sens que cette malformation était préexistante à la faute d'information commise par celui-ci mais ceci n'est assurément pas un obstacle à l'établissement de la relation causale.

Les théories de la causalité servent, de manière générale, à faire un choix parmi les faits qui s'agglutinent sur la chaîne causale pour ne retenir que ceux qui paraissent significatifs. On a ici affaire à deux causes concurrentes, l'une résultant de l'état naturel antérieur et l'autre de la faute d'information du médecin. Selon la théorie de l'équivalence des conditions, sont considérés comme significatifs tous les faits ou toutes les fautes sans lesquels le dommage ne serait pas survenu tel qu'il est survenu *in concreto*. En vertu de cette théorie, la faute ne doit pas être nécessairement la cause naturelle (ou efficiente) du dommage, il suffit de démontrer que sans la faute le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*. En d'autres termes, la cause ne doit pas avoir directement produit le dommage, il suffit d'établir que, sans la faute, celui-ci aurait pu être évité²⁶. Or, il n'est pas douteux que, sans la faute du médecin, l'enfant n'aurait pas subi le préjudice dont il demande réparation. Seul un raisonnement emprunté à la théorie de la causalité efficiente pourrait aboutir au résultat inverse mais on sait que cette théorie est clairement rejetée par notre Cour de cassation parce que son application conduit précisément à faire un choix parmi les causes qui sont pourtant des conditions *sine qua non* du dommage²⁷.

À bien y réfléchir, l'erreur fautive de diagnostic commise par un médecin n'est pas non plus la cause immédiate de la maladie dont souffre le patient, laquelle a souvent des causes multiples. La faute du médecin consiste, le plus souvent, à ne pas avoir exercé son art pour interrompre ou atténuer l'enchaînement des causes naturelles²⁸. Il en va de même ici. Si la loi sur l'interruption volontaire de grossesse permet à la mère de faire obstacle au déroulement normal de sa grossesse, la faute du médecin qui l'empêche d'effectuer ce choix est bien en relation causale avec le préjudice subi par l'enfant né handicapé. Prétendre le contraire revient à nier la capacité d'intervention du médecin sur le cours naturel des choses, en contradiction avec la théorie de l'équivalence des conditions²⁹.

Si le médecin n'avait pas commis cette faute, la mère aurait pu exercer son droit de recourir à l'I.M.G. et épargner de manière certaine, tant à elle-même qu'à son propre enfant, les coûts et les souffrances liées à une vie handicapée. L'objet de la réparation sera alors précisément de compenser les conséquences négatives d'une situation qui n'aurait pas existé si cette faute n'avait pas été commise.

9. Incertitude causale et perte de chances. — Pour établir la continuité de la chaîne causale depuis la faute médicale jusqu'au préjudice de l'enfant, il faudrait, en principe, démontrer que si la mère avait été correctement informée, elle aurait exercé son droit d'interrompre volontairement sa grossesse.

Or il n'est pas toujours possible de déterminer avec certitude la décision que la mère aurait prise si elle avait été correctement informée. Pour éviter la difficulté, certains auteurs soutiennent que le seul fait pour la mère d'avoir été privée, d'une manière ou d'une autre, de sa liberté de choix suffirait à établir la causalité entre la faute et le dommage en manière telle que le dommage devrait toujours être intégralement réparé³⁰. L'établissement du lien causal n'impliquerait donc pas qu'il soit démontré avec certitude que la mère aurait eu recours à l'avortement thérapeutique si elle avait obtenu l'information attendue³¹.

Cette thèse a été retenue par la Cour de cassation et le Conseil d'État français en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice des parents³². Nous hésitons à nous y rallier car elle conduit à dissoudre la relation causale dans le dommage qui consiste, nous le verrons, dans l'atteinte à la liberté de la mère. La théorie pourrait sans doute être pertinente lorsqu'il s'agit de justifier la réparation du préjudice d'impréparation subi par la mère³³, mais non celle du préjudice subi par l'enfant.

Pour surmonter l'incertitude causale entre la faute d'information et le dommage de l'enfant, certains tribunaux font volontiers appel à la théorie de la perte de chances³⁴. À défaut de démontrer de manière certaine que la mère aurait pris la décision de procéder à un avortement si elle avait été correctement informée, on estime que la faute du médecin lui a, à tout le moins, fait perdre la chance de prendre cette décision. Le dommage devrait alors être indemnisé à concurrence du pourcentage des chances perdues par la mère de prendre une décision éclairée. C'est la voie qu'avait choisie la cour d'appel de Gand dont la décision n'était pas critiquée par le demandeur sur ce point.

(23) Voy. les conclusions de J. SAINTE-ROSE, *J.C.P.*, G., 2000, p. 10438 ; R. KRUIHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind », *R.W.*, 1986-1987, col. 2750 ; J.-L. FAGNART, « To be or not to be », *Journ. proc.*, 15 décembre 2000, p. 22.

(24) C'est le raisonnement suivi par la cour d'appel de Mons pour justifier le rejet de l'action de l'enfant : Mons, 12 octobre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14967, note (pourvoi en cassation en cours).

(25) R. MARCHETTI, E. MONTERO, A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 123, n° 11 ; G. GENICOT, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 85, n° 18 et p. 90, n° 26.

(26) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J.,

2006, n° 249-6, p. 25 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 311, n° 28 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *Droits*, 2002, p. 122 ; Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466, n° 20. *Contra* G. GENICOT, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 89, n° 26, qui se demande comment une faute commise postérieurement à la survenance du dommage peut être considérée comme l'ayant causé. Cet auteur perd de vue que le dommage ne consiste pas dans la lésion dont le fœtus était atteint mais dans le handicap.

(27) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du

J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 335, n° 400 et les réf. citées.

(28) F. RIGAUX, « Du bon et du mauvais usage de l'alternative », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1264.

(29) Preuve en est que pour réfuter la relation causale, l'avocat général Jerry Sainte Rose n'a eu d'autre choix que d'écarter l'application de la théorie de l'équivalence des conditions.

(30) M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.*, 2001, p. 313, n° 30 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *Droits*, 2002, p. 124.

(31) C'est le raisonnement suivi par le tribunal de première instance de Bruxelles : Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 380, *R.G.D.C.*, 2006, p. 108 et la note R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ.

(32) C.E., 14 février 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22828, note J. MOREAU, I, 4025, n° 19, obs. G. VINEY, 4045, n° 7, obs. P. MURAT et 4072, n° 38, obs. J. PETIT ; Cass. fr. civ., 26 mars 1996 (deux arrêts), *D.*, 1997, p. 35, note J. ROCHE-DAHAN.

(33) Sur ce préjudice particulier, voy. récemment G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps - Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation », in I. LUTTE (dir.), *Droit médical et dommage corporel - État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 77-123.

(34) Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14654.

Nous ne sommes cependant pas convaincu que la théorie de la perte de chances puisse être utilisée dans un tel contexte. Pour pouvoir donner lieu à indemnisation, les chances perdues doivent en effet être statistiquement mesurables. Tel n'est pas le cas, lorsqu'il s'agit de mesurer le degré de résolution d'une personne confrontée à la nécessité de faire un choix en toute liberté et en toute conscience. Un acte de volonté ne comporte pas d'élément aléatoire et ne se prête pas à un calcul de probabilités³⁵.

Il faut donc appliquer ici la loi du tout ou rien. Soit il existe des éléments suffisants qui démontrent que la mère aurait pris la décision de procéder à un avortement thérapeutique si elle avait été correctement informée et il faut alors réparer intégralement le dommage soit ces éléments sont insuffisants et il n'y a pas lieu à réparation. Il s'agit toutefois d'aboutir par tous les moyens de droit à une certitude judiciaire et non à une certitude absolue³⁶. Le fait même que les parents aient demandé ou accepté d'effectuer des examens préalables permet sans doute de penser qu'ils auraient vraisemblablement recouru à l'I.V.G. s'ils avaient été correctement et complètement informés³⁷. Il nous semble toutefois difficile d'établir une présomption de comportement en la matière sans méconnaître les règles relatives à la charge de la preuve. Il y a donc lieu d'étayer cette intuition par d'autres circonstances propres au cas d'espèce, comme le jeune âge des parents ou l'existence d'antécédents familiaux avérés.

C. Du dommage

10. L'être ou le néant. — Pour casser la décision rendue par le juge du fond, la Cour de cassation se place exclusivement sur le terrain du dommage. Il est vrai qu'elle y était invitée par le deuxième moyen invoqué à l'appui du pourvoi. La Cour part de la constatation que si la faute n'avait pas été commise l'enfant ne serait jamais né et estime qu'aucun dommage ne saurait résulter d'une comparaison entre la vie et l'absence de vie.

Dans les limites du pourvoi dont elle était saisie, la Cour n'aborde donc pas le débat sous l'angle de la légitimité du dommage mais bien sous l'angle de son existence³⁸. Elle introduit ainsi un principe limitatif qui revient à affirmer qu'à défaut de pouvoir replacer la victime dans l'état où elle serait demeurée sans la faute, il n'y a pas de dommage réparable. Dès lors que le préjudice indemnisable consiste en la différence négative qui existe entre la situation postérieure à l'acte illicite, d'une part, et la situation hypothétique qui se serait produite si l'acte illicite n'avait pas été commis, d'autre part, le préjudice subi par l'enfant atteint du handicap n'est pas susceptible d'être réparé car l'existence avec un handicap ne saurait être comparée au néant.

L'affirmation surprend par son caractère péremptoire. Il est vrai que poser le problème en ces termes conduit tout droit à une impasse parce

qu'avant sa naissance l'enfant ne possédait rien et qu'il ne peut donc être privé de rien³⁹. Aucune valeur ne peut à l'évidence être attribuée à la non-existence. Cette logique économique purement formelle et abstraite conduit donc à nier l'existence de tout préjudice réparable en ce qui concerne l'enfant⁴⁰. Par contre, à en croire les conclusions de l'avocat général, le même raisonnement permettrait plus aisément de justifier la réparation du préjudice des parents⁴¹.

11. Une règle introuvable. — On observera que la condition qui est ainsi définie ne résulte pas clairement des articles 1382 et 1383 du Code civil qui ne définissent ni le dommage ni les intérêts qu'il convient de protéger. Le droit belge, comme le droit français, admet en effet de manière générale la réparation intégrale de tous les dommages dès lors qu'ils sont dûment établis par la victime. Dans son discours lors de la séance du corps législatif du 19 pluviôse de l'an XII, Tarrible indiquait déjà que « L'article 1382 en projet embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert »⁴².

Dans un contexte aussi libéral, l'on a longtemps défini le dommage comme la perte d'un bien, d'un avantage ou d'un intérêt que la victime avait ou sur lequel elle pouvait compter de façon stable et durable. Dans cette vision, le dommage relevait plus d'une question de fait que d'une question de droit et, finalement, l'on ne s'y intéressait guère⁴³.

Toutefois, dans une conception dite « plus moderne », une partie importante de la doctrine, principalement néerlandophone, a proposé de définir le dommage comme la différence négative existant entre deux situations, la première étant celle, concrète, où se trouve la victime après la réalisation du fait dommageable, et la seconde celle, hypothétique ou abstraite, dans laquelle la victime se serait trouvée en l'absence de ce fait⁴⁴. Lorsqu'il définit le dommage comme une différence entre deux situations, l'une réelle, l'autre fictive, le tableau indicatif se rallie clairement à cette nouvelle conception du dommage⁴⁵.

Plusieurs de ces auteurs avaient bien perçu qu'une telle conception conduisait à refuser la réparation du dommage personnel subi par l'enfant dans le cadre d'une action en *wrongful life*. Dès lors qu'il est impossible de comparer une vie avec un handicap avec la non-vie, R. Kruithof concluait, déjà en 1986, au rejet de la réparation de ce dommage⁴⁶. Il a été suivi en cela par beaucoup d'autres auteurs⁴⁷.

12. Existence et contours du dommage. — La lecture des conclusions de l'avocat général Van Ingelgem⁴⁸ révèle que la Cour de cassation s'est clairement ralliée à cette doctrine pour justifier la censure de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Gand. Le changement est significatif car en statuant de cette manière, la Cour de cassation transforme une règle initialement destinée à déterminer les contours du dommage en un principe limitatif permettant d'écarter purement et simplement la réparation de certains dommages⁴⁹.

(35) En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, RTD civ., 2001, p. 313, n° 31 ; par contre, il est faux de prétendre que l'immixtion d'un processus causal aboutirait à dissoudre le lien entre la faute initiale et le préjudice qui en est résulté.

(36) Dans son arrêt du 21 septembre 2010 (précité note 2), la cour avait considéré que la relation causale était établie entre la faute et le dommage car l'examen avait été spécialement requis pour rechercher la maladie, compte tenu des antécédents familiaux spécifiques. Il en irait ainsi également, si cette demande était formulée alors qu'un membre de la famille souffre déjà de la même maladie.

(37) Voy. Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, J.L.M.B., 2015, p. 284, n° 10 qui considère qu'il serait contraire à l'esprit de la loi de supposer que la mère se serait repentie.

(38) Il nous semble en effet que si le dommage n'est pas réparable, c'est qu'il n'a pas d'existence au regard du droit. Cette manière de présenter les choses permet sans doute de ne pas

nier la réalité des souffrances endurées par l'enfant, mais la nuance devient très subtile.

(39) R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, R.G.D.C., 2006, p. 124, n° 14.

(40) A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », R.G.A.R., 2011, n° 14722, n° 24. (41) A. Van Ingelgem, concl. précitées, n° 4, citant R. KRUTHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind », R.W., 1986-1987, col. 2755.

(42) TARRIBLE, in LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*, t. XIII, Paris, Treuttel et Würtz Libraires, 1828, p. 57, n° 19.

(43) R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile, in Les Nouvelles - Droit civil*, t. V, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 283, n° 2904 ; J. RONSE, *Schade en Schadeloosstelling*, coll. A.P.R., Bruxelles, Larcier, 1957, p. 27, n° 22.

(44) En doctrine néerlandophone, voy. J. RONSE, *Schade en Schadeloosstelling*, coll. A.P.R., Gand, Story-Scientia, 1984, p. 75 ;

T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheid*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 633, n° 1011 ; D. SIMOENS, *Begin-selen van Belgisch Privaatrecht*, XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Anvers, Story-Scientia, 1999, pp. 51-55 ; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Le dommage*, in J.-L. FAGNART (éd.), *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2000, n° 3 ; en doctrine francophone, voy. A. GOSSERIES, *op. cit.*, R.G.A.R., 2011, n° 14722, n° 23 et G. GENICOT, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, J.L.M.B., 2015, p. 274, n° 7, qui considèrent qu'on ne peut parler de dommage que si l'état de la victime à la suite de l'acte dommageable est pire (ou moins avantageux) que celui qui aurait été le sien en l'absence de faute.

(45) J.-L. DESMECHT, T. PAPART et W. PEETERS (éd.), *Tableau indicatif de l'Union royale des juges de paix et de police et l'Union nationale des magistrats de première instance - Version 2012*, Bruxelles, la Charte, 2012.

(46) R. KRUTHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind »,

R.W., 1986-1987, col. 2752-2754, qui souligne que l'enfant serait ainsi placé dans la situation absurde de devoir nier son propre droit à l'existence. L'auteur avait toutefois bien aperçu que derrière cette logique formelle se cachait un jugement de valeur selon lequel la vie même handicapée vaut mieux que la non-vie ; E. DE KEZEL, « *Wrongful birth en wrongful life* - Een stand van zaken », NjW, 2004, p. 548, n° 10 et p. 549, n° 19.

(47) Outre les réf. citées ci-dessus note 30, voy. J.-L. FAGNART, « To be or not to be », *Journ. proc.*, 15 décembre 2000, p. 23 ; du même auteur, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (coord.), *Justice et dommage corporel - Symbiose ou controverse*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 95.

(48) Concl. de l'avocat général précitées, n° 4. (49) Pour une distinction claire entre l'existence et les contours (*omvang*) du dommage, voy. H. BOCKEN, I. BOONE et M. KRUTHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Bruges, die Keure, 2014, p. 46, n° 70-71.

Avant son arrêt du 14 novembre 2014, la Cour avait certes affirmé à plusieurs reprises que l'obligation de réparer intégralement le dommage impliquait que, par son exécution, la personne lésée retrouve la même situation que celle dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise⁵⁰. Mais le principe était plutôt formulé comme un objectif à atteindre. On n'en faisait pas pour autant une condition d'existence du dommage⁵¹.

Encore faut-il remarquer que la doctrine néerlandophone souvent citée à l'appui de cette nouvelle définition du dommage concédait elle-même que des nuances devaient y être apportées. J. Ronse, par exemple, distingue clairement le dommage et la manière dont il est évalué⁵². Selon lui, la méthode de la différence négative doit être réservée au dommage patrimonial mais elle est inadéquate s'agissant du dommage extrapatrimonial. On peut difficilement affirmer, par exemple, que la somme allouée en réparation du préjudice subi à la suite de la perte d'un être cher ou des souffrances endurées permet de replacer la victime dans l'état où elle serait restée si l'accident n'avait pas eu lieu⁵³. De manière générale, chacun s'accorde à reconnaître que la réparation des dommages moraux tient plus à une consolation qu'à une restauration. Il n'est donc pas rigoureusement exact de définir le dommage comme une simple différence négative entre deux situations⁵⁴. Une telle définition abstraite du dommage reviendrait à enfermer la responsabilité civile dans une fonction purement commutative, ce qui est assurément réducteur. L'objet de la responsabilité n'est pas toujours de tendre au rétablissement d'un équilibre rompu mais d'en atténuer les conséquences voire de déterminer les conditions d'un nouvel équilibre, en se tournant ainsi résolument vers l'avenir⁵⁵.

Comme l'a indiqué, à juste titre, le tribunal civil de Bruxelles « les dommages et intérêts n'ont pas nécessairement et toujours pour fonction de remettre la victime dans l'état qui aurait été le sien avant l'acte fautif, mais se limitent parfois à atténuer les conséquences de l'état préjudiciable consécutif à la faute »⁵⁶. Lorsqu'il s'agit d'un dommage corporel, la réparation tend généralement à permettre à la victime de poursuivre dans l'avenir une vie aussi normale que possible, même si on sait parfaitement que ce qui a été détruit ne pourra jamais être remplacé.

13. Une règle inspirée du droit allemand. — D'où provient alors cette règle qui paraît étrangère à notre système hérité du Code civil de 1804 ? Elle est issue d'une théorie allemande de la fin du XIX^e siècle qui a essaimé non seulement en droit allemand mais aussi en droit suisse⁵⁷. En droit suisse, par exemple, le dommage se définit traditionnellement comme « la diminution du patrimoine net d'une personne qui se produit sans la volonté de cette dernière. Cette diminution peut consister en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif ou en un gain manqué ; elle correspond à la différence entre la situation actuelle de la fortune et celle qui existerait sans l'événement dommageable »⁵⁸. La règle destinée à déterminer les contours du dommage joue alors comme un filtre destiné à écarter la réparation de certains dommages.

L'approche est tout à fait comparable à celle qui est suivie par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté. Encore faut-il remarquer que la jurisprudence ainsi que la doctrine suisses et allemandes ont été contraintes, elles aussi, de nuancer fortement la théorie de la différence négative. On a fait valoir que le dommage ne saurait dépendre d'une opération purement arithmétique et qu'il serait plutôt le reflet d'un jugement de valeur normatif⁵⁹. En rejetant sur cette même base la réparation du préjudice de l'enfant, il nous paraît que la Cour de cassation belge dissimule derrière la théorie de la différence négative ce qui est en réalité un jugement de valeur normatif⁶⁰. Celui-ci peut se résumer en ces termes : une vie gravement altérée est préférable à l'absence de vie⁶¹. Il est permis de s'interroger sur la pertinence d'un tel jugement de valeur qui fait prévaloir la vie humaine sur la réalité du handicap.

14. Des conséquences imprévues. — L'utilisation de ce principe limitatif est pour l'instant cantonnée par la Cour à l'hypothèse de la vie préjudiciable. Il est trop tôt pour dire si elle en fera un usage plus étendu. S'il s'agit d'une condition d'existence du dommage au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, il faudrait à tout le moins que la définition proposée soit généralisable. Or, une application rigoureuse de la théorie de la différence négative pourrait conduire à rejeter la réparation d'autres préjudices considérés aujourd'hui comme réparables, ce qui nous fait douter de sa pertinence⁶².

Notons tout d'abord que cette solution amènerait à refuser à l'enfant né d'une relation incestueuse ou d'un viol une indemnisation à charge de son auteur puisque cet enfant ne serait pas né si la faute n'avait pas été commise⁶³.

Dans un tout autre registre, il y aurait lieu d'écarter aussi sur la même base la réparation de la perte de chances d'obtenir un avantage espéré ou d'éviter un dommage. Dans ce cas, la comparaison entre les deux situations est en effet vouée à l'échec car la situation qui aurait existé si la faute n'avait pas été commise est par définition indéterminable. On notera qu'en droit suisse, la perte d'une chance n'est pas reconnue comme un élément du patrimoine par la jurisprudence. Faudra-t-il désormais en faire de même en Belgique ?

La même règle pourrait conduire à reconsidérer la jurisprudence controversée de la Cour de cassation concernant le recours direct de l'employeur public⁶⁴. Dès lors que le salaire payé est dû en vertu de la loi et qu'il n'y a pas de différence de valeurs pour cet employeur entre la situation avant et après l'accident, la théorie de la différence négative mène également à l'impasse. Le salaire brut ne pourrait donc plus constituer un préjudice réparable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Cette constatation pourrait étayer l'intuition selon laquelle ce n'est jamais le salaire payé qui constitue le préjudice mais bien le fait que l'employeur a été privé des prestations de travail par son employé, et rien d'autre. Au bénéfice de ce déplacement, la solution redeviendrait alors compatible avec le principe de la différence négative.

On voit donc qu'une application plus large de la théorie de la différence négative pourrait avoir des conséquences assez inattendues, tout au moins si on devait lui conférer une valeur absolue.

(50) Cass., 23 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1406 ; Cass., 13 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 423 ; *J.T.*, 1995, p. 649 ; Cass., 9 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 765 ; Cass., 3 décembre 2003, R.G., n° P.03.0367.F. ; Cass., 13 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1167 ; Cass., 18 novembre 2011, R.G.A.R., 2012, n° 14880. La Cour de cassation française utilise une formule très similaire : « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ». Elle n'a toutefois jamais fait de ce principe une condition d'existence du dommage (Cass. fr., 2^e ch. civ., 9 juillet 1981, *Bull. civ.* II, n° 156).

(51) En ce sens également,

G. GENICOT, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 274, n° 7.

(52) J. RONSE, *op. cit.*, p. 114, n° 130.

(53) On notera au passage que le droit anglais n'admet pas la réparation du dommage moral lié à la perte d'un être cher. Voy. B.S. MARKESINIS et S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 4^e éd., 1999, Oxford, pp. 773-774.

(54) En ce sens, I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), *Les rapports entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 60, n° 5.

(55) I. DURANT, *op. cit.*, p. 55, n° 1, selon cette auteure : « réparer, ce n'est pas nécessairement restaurer ou effacer, c'est aussi et souvent contrebalancer, équilibrer » ; Y.-H. LELEU,

note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 280, n° 4.

(56) Civ. Bruxelles, 72^e ch., 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716 et réf. citées.

(57) Voy. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Munich, Verlag C.H. Beck, 2012, p. 324, § 55, n° 635 ; F. WERRO, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne, Stämpfli, 2011, p. 25, n° 32.

(58) F. WERRO, *ibidem*. Le patrimoine se définit comme l'ensemble des biens d'une personne qui ont ou peuvent avoir une valeur économique.

(59) F. WERRO, *op. cit.*, pp. 26-29 : la réparation du dommage ménager est, par exemple, admise même si celui-ci ne se traduit pas par des dépenses accrues et ne correspond de ce fait à aucune diminution du patrimoine.

(60) Comp. Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*,

J.L.M.B., 2015, p. 279, n° 1.

(61) Voy. clairement en ce sens les conclusions de l'avocat général A. Van Ingelgem, n° 5.

(62) I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », *op. cit.*, p. 60, n° 6.

(63) Voy. Grenoble, 29 juin 2005, R.G.A.R., 2007, n° 14328, qui attribue 200.000 EUR à l'enfant né d'une relation incestueuse particulièrement sordide.

(64) Cass., 3^e ch., 19 février 2001 (quatre arrêts), *Pas.*, 2001, I, pp. 322, 327, 329 et 333 ; R.G.D.C., 2003, p. 182, note S. HEREMANS, *Dr. circ.*, 2001, p. 221, *Bull. ass.*, 2001, pp. 769, 771 et 780, note P. GRAULUS ; Cass, 2^e ch., 20 février 2001 (un arrêt), *Pas.*, 2001, I, p. 335.

3 À la recherche d'une autre voie

A. Le dommage, atteinte à un droit ou à un intérêt

15. L'atteinte à l'intérêt de la mère. — Partant de l'idée que le dommage consiste dans une atteinte à un intérêt légitime, il nous semble qu'une autre voie pouvait être empruntée, plus conforme aux fondements de notre droit civil. Il est vrai que le pourvoi n'invitait pas la Cour de cassation à aborder la question sur ce terrain-là mais il serait sans doute intéressant qu'un autre pourvoi l'y emmène. Une des particularités de notre droit, inspirée sur ce point du Code civil français, est qu'à la différence d'autres systèmes juridiques, il ne définit pas ce qu'est un dommage ni n'établit limitativement une liste des intérêts dignes de protection⁶⁵. Aucune limite, aucun filtre n'est fixé *a priori*. Il suffit, selon la Cour de cassation, que l'acte dommageable ait porté atteinte à un intérêt stable et légitime⁶⁶.

Cette condition est nécessaire et suffisante. Or, en ne diagnostiquant pas la pathologie dont souffrait l'enfant lors des examens prénataux, le médecin a incontestablement porté atteinte au droit ou, plus exactement, à la liberté de la mère de procéder à une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique dans les conditions prévues par la loi (article 350, alinéa 2, 4^o, du Code pénal)⁶⁷.

Seul le droit ou, plus exactement, la liberté accordée par la loi à la mère est ici en cause⁶⁸. En reconnaissant ce droit ou cette liberté à la mère, le législateur a reconnu que dans certaines circonstances, l'absence de vie pouvait être légitimement préférée à une vie handicapée et, implicitement, que le préjudice lié au handicap n'est pas effacé par le seul fait de vivre⁶⁹. La loi qui dépénalise l'euthanasie en Belgique confirme ce point de vue⁷⁰.

16. L'atteinte à l'intérêt de l'enfant. — Il n'est donc pas douteux que la mère dispose d'un intérêt légitime reconnu par la loi au sens où sa liberté est protégée par le droit⁷¹. Qu'en est-il pour l'enfant né

handicapé ? Beaucoup d'auteurs mettent en doute l'existence d'un droit subjectif, voire d'un simple intérêt, dans son chef.

Pour eux, la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse tendrait en effet à protéger la mère mais non l'enfant en sorte que ce dernier ne pourrait pas se prévaloir d'un intérêt à obtenir réparation d'un dommage à titre personnel⁷². Cette approche qui résulte d'une analyse des intérêts protégés par la loi est typique du droit allemand de la responsabilité civile. C'est d'ailleurs sur cette base que le *Bundesgerichtshof* a rejeté l'action en *wrongful life*⁷³. On peut y voir également une application de la théorie de la relativité aquilienne qui invite à s'interroger sur le cercle des personnes protégées par la norme prétendument violée⁷⁴.

Il convient cependant de rappeler que le droit belge ne requiert pas qu'une atteinte soit portée à un droit subjectif ni même à un intérêt juridiquement protégé⁷⁵. Beaucoup de commentateurs s'échinent pourtant à démontrer que l'enfant ne subit pas de dommage parce qu'il n'y a pas dans son chef atteinte à un droit subjectif (droit de naître ou de ne pas naître) ni à un intérêt protégé par la loi⁷⁶. Poser la question du dommage subi par l'enfant en ces termes est inutile et source d'erreur : inutile parce que le dommage ne doit pas nécessairement résulter d'une atteinte à un droit subjectif ou à un intérêt juridiquement protégé pour être réparable et erroné parce qu'il n'y a assurément pas de droit subjectif à naître ou à ne pas naître en ce sens qu'aucun sujet juridique n'est apte à se prévaloir d'un tel droit⁷⁷.

La vie est un don. Elle n'est pas disponible, « ce qui interdit de faire du droit à la naissance, ou du droit à la non-naissance ou à une autre naissance, un droit subjectif de la personne »⁷⁸. La doctrine favorable ou non à l'indemnisation du dommage de l'enfant est unanime sur ce point. Le préjudice ne saurait donc consister dans une atteinte au droit de l'enfant de ne pas naître car la naissance ne constitue pas en soi un préjudice réparable⁷⁹.

L'affirmation selon laquelle il y aurait une insurmontable contradiction dans le fait d'agir en justice, ce qui implique que l'on est sujet de droit, et de demander au juge de constater que l'on ne devrait pas être reposer, elle aussi, sur des bases fausses puisqu'il n'est précisément pas demandé au juge de constater que l'on n'aurait pas dû naître⁸⁰.

(65) Voy. H. BOCKEN, I. BOONE et M. KRUIHOF, *op. cit.*, p. 51, n° 77.

(66) Dans son traité, R.O. DALCQ définit le dommage comme la perte d'un bien, d'un avantage ou d'un intérêt que l'on avait ou sur lequel on pouvait compter de façon stable et durable. Pour lui, le dommage est avant tout une question de fait.

R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 279, n°s 2895 et s. ; P. VAN OMESLAGHE, *De Page, Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2 *Source des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1541, n° 1063 ; D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence* (1996-2007), vol. 2, *Le dommage*, coll. Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 21 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 635, n°s 1015 et s. et les réf. citées.

(67) La loi du 3 avril 1990 a dépénalisé l'avortement d'une femme consentante soit qu'il soit pratiqué durant les douze premières semaines de grossesse soit après ce délai, pour des raisons thérapeutiques. Au-delà du délai de douze semaines, l'interruption volontaire de grossesse ne peut être pratiquée « que lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». Il n'y a pas de délai au-delà duquel l'interruption serait interdite. Sur les conditions légales de l'I.V.G., voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 549 et s.

(68) Pour certains, il s'agit d'un droit subjectif discrétionnaire, pour d'autres d'une liberté.

Comp. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 289, n° 4, qui parle de liberté et G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, p. 562, qui parle d'un droit subjectif discrétionnaire. Également, G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 94, n° 37. Il nous semble qu'il s'agit plutôt d'une liberté car le choix laissé à la mère ne fait naître aucune obligation corrélative dans le chef du médecin.

(69) En ce sens, Bruxelles, 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675. En doctrine, M. FABRE-MAGNAN, « Débat autour de l'affaire *Perruche* - L'affaire *Perruche* : pour une troisième voie », *Droits*, 2002, p. 120 ; Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466, n° 16 ; M. BACACHE-GIBELLI, *Traité de droit civil*, t. 5, *op. cit.*, p. 425, n° 384.

(70) Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 279, n° 3.

(71) M. FABRE-MAGNAN, « Débat autour de l'affaire *Perruche*... », *op. cit.*, *Droits*, 2002, p. 121 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 562 et 567.

(72) Voy. G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *op. cit.*, p. 95 ; du même auteur, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 275, n° 8. M. DILLEN et F. DEWALLENS, *op. cit.*, *Rev. dr. santé*,

2011-2012, p. 193, n° 49 ;

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 ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 125, n° 15 ; J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », *op. cit.*, p. 95. L'avocat général Van Ingelgem se prononce aussi en ce sens dans ses conclusions.

(73) BGH, 18 janvier 1983, BGHZ 86, 240 ; JZ, 1983, p. 447. Pour un commentaire voy. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Munich, Verlag C.H. Beck, 2012, § 58, n° 709, p. 364 ; B. MARKESINIS et H. UNBERATH, *The German Law of Torts - A Comparative Treatise*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, pp. 156 et s. ; R. KRUIHOF, *op. cit.*, *R.W.*, 1986-1987, col. 2751.

(74) Voy. à ce sujet R. KRUIHOF, *op. cit.*, *R.W.*, 1986-1987, col. 2750. Au Royaume-Uni, voy. Court of Appeal, 19 février 1982, *Mc Kay v. Essex Health Authority* [1982] 2 WLR 890, 2 All ER 771. À noter qu'une législation particulière régit la question au Royaume-Uni : voy. le *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*.

(75) Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, I, 25 : « L'article 1382 du Code civil ne subordonne pas à l'existence d'un tel droit l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite » ; voy. également Cass., 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 950 ; Cass., 4 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 1 ; Cass., 17 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 999.

(76) R. MARCHETTI, E. MONTERO, A. PUTZ, *op. cit.*, p. 123, n° 13,

p. 124, n° 15 qui affirment qu'il ne peut y avoir de dommage sans lésion d'un droit subjectif ; également J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », *op. cit.*, p. 91 ; G. GENICOT, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 90, n° 29 et du même auteur, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 272, n° 4 qui ne distingue pas entre l'atteinte à un simple intérêt et l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé par la loi. Les deux notions ne sont pourtant pas identiques, la première étant plus large que la seconde.

(77) M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 291, n° 6 ; C. RADE, « Être ou ne pas naître, telle n'est pas la question ! Premières réflexions après l'arrêt *Perruche* », *Resp. civ. et assur.*, 2001, Chron., 1.

(78) L. AYNES, « Préjudice de l'enfant handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.*, 2001, Chron., p. 492, n° 1.

(79) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 25 juin 1991, *J.C.P.*, 1992, II, p. 21784, obs. J.-F. BARBIERI ; *D.*, 1991, Jur., p. 566, note P. LE TOURNEAU.

(80) Voy. en soutien de cette apparente contradiction largement mise en avant par l'avocat général J. Sainte-Rose, G. GENICOT, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 92, n° 32 et du même auteur, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 272, n° 4 ; J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », *op. cit.*, p. 95 ; R. KRUIHOF, *op. cit.*, *R.W.*, 1986-1987, p. 2754 ; en jurisprudence Mons, 12 octobre 2012, précité note 2.

Même en se prêtant au jeu des intérêts protégés, on observera que la lecture de l'article 350 du Code pénal ne laisse pas clairement apparaître que le législateur belge n'aurait été attentif qu'aux intérêts de la mère⁸¹. Cette interprétation est pour le moins discutable vu l'accent qui est clairement placé par la loi sur le caractère incurable de l'affection⁸².

Il est vrai cependant que le législateur a entendu laisser le choix exclusivement à la mère et que celle-ci n'a pas à le justifier à l'égard de qui que ce soit. Le fait que l'enfant ne puisse en rien intervenir dans ce choix ne signifie toutefois pas que l'enfant n'y trouverait aucun intérêt, bien au contraire. Puisque la loi sur l'interruption volontaire de grossesse confie à la mère et à elle seule le soin de dire où se situe l'intérêt de l'enfant, cela permet aussi de considérer que cet enfant est créancier de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin, ce qui lui confère, par là même, un intérêt à agir s'il est né vivant et viable⁸³. Comme le relève la cour d'appel de Bruxelles, « en adoptant cette disposition, la législation a nécessairement voulu permettre d'éviter de donner la vie à des enfants atteints d'anomalies graves, en ayant égard non seulement à l'intérêt de la mère, mais aussi à l'enfant à naître lui-même »⁸⁴.

Dans le même ordre d'idée, l'on prétend que le médecin qui est sollicité ne devrait se préoccuper que des intérêts de la mère et non de ceux de l'enfant. Nos voisins anglais diraient que ce dernier n'a pas de *duty of care* à l'égard de l'enfant⁸⁵. De tels filtres propres aux systèmes juridiques qui cherchent à endiguer certains débordements de la responsabilité civile sont cependant étrangers à notre droit. À cet égard, admettre que la faute contractuelle commise par le médecin constitue aussi une faute quasi délictuelle à l'égard de l'enfant démontre bien que l'enfant est, lui aussi, créancier de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin⁸⁶. Lorsqu'une personne est tenue en vertu de la loi à une obligation d'information, elle doit veiller non seulement aux intérêts du destinataire immédiat, mais aussi aux intérêts de toute personne qui pourrait être affectée par cette information. L'intérêt de l'enfant à naître est de ceux-là.

B. Du dommage au préjudice subi par l'enfant

17. Du droit subjectif par ricochet au préjudice par ricochet. — Bien sûr, on ne manquera pas d'observer qu'à la différence de sa mère, l'enfant n'est pas atteint dans sa liberté de choix puisqu'il ne dispose pas d'un droit à ne pas naître. Ceci est parfaitement exact.

Apercevant la difficulté, certains auteurs français favorables à l'admission de l'action exercée par les parents au nom de l'enfant, ont avancé que l'intérêt de l'enfant ne serait qu'une prolongation de celui reconnu

à sa mère, laissant entendre par là que l'enfant bénéficierait en quelque sorte d'un droit subjectif par ricochet⁸⁷. C'est aussi le raisonnement suivi par le tribunal civil de Bruxelles dans un jugement abondamment motivé rendu le 21 avril 2004⁸⁸. Il ne nous semble cependant pas nécessaire de recourir à un tel artifice car l'intérêt de l'enfant est d'une tout autre nature que celui de sa mère. Ce dernier ne subit en effet ni plus ni moins qu'un préjudice par répercussion à la suite de l'atteinte directe portée à la liberté qu'avait la mère de procéder à un avortement thérapeutique et donc de choisir de ne pas mettre au monde un enfant gravement handicapé⁸⁹.

À vrai dire, il n'en va pas différemment dans le cas d'un décès imputable à un tiers responsable. En cette circonstance, le dommage résulte d'une atteinte à l'intégrité physique de la victime directe malheureusement décédée, dommage qui se traduit pour les ayants droit en des préjudices patrimoniaux ou extrapatrimoniaux subis par répercussion. Ce n'est pas l'atteinte à l'intégrité physique qui fait l'objet de la réparation mais bien ces préjudices par répercussion résultant du décès de la victime directe. Il en va de même dans l'affaire discutée : l'atteinte est portée non pas directement à l'enfant mais à une liberté reconnue par la loi à sa mère. Cette atteinte se traduit pour celui-ci dans un préjudice propre subi par répercussion.

Sous cet angle, il importe de remarquer que le préjudice subi par l'enfant n'est pas très différent dans sa nature de celui subi par le père dont l'intérêt n'est pas non plus pris en compte par la loi⁹⁰. Il est même curieux que personne ne songe à contester son droit à réparation lorsqu'il demande remboursement des charges supplémentaires liées à l'éducation et l'entretien de son enfant. S'il est vrai que la loi sur l'interruption volontaire de grossesse ne protège que la mère, à quel titre le père pourrait-il quant à lui demander réparation du préjudice qu'il subit ? C'est qu'il est, lui aussi, une victime par ricochet et qu'on ne lui demande pas de formaliser autrement son intérêt. En réalité, l'enfant comme le père se plaignent de préjudices qui sont la conséquence de l'atteinte première portée à l'intérêt légitime que détenait la mère.

L'interprétation proposée ici conduit donc à distinguer le dommage en tant que tel des préjudices qui en sont la conséquence. Le dommage consiste toujours, au premier chef, dans l'atteinte à un droit, à une liberté ou à un simple intérêt (légitime) sur lequel on pouvait compter de manière stable et durable. Ainsi compris ce n'est pas tant le dommage qui fait l'objet de la réparation mais plutôt les préjudices qui en sont la conséquence⁹¹. Le dommage est une notion de droit alors que le préjudice est un élément de fait⁹². C'est précisément pour cette raison que la Cour de cassation peut exercer un contrôle sur l'existence du dommage⁹³.

(81) Bruxelles, 21 septembre 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14675, note N. ESTIENNE.

(82) Voy. à propos de la loi française, B. MARKESINIS, *op. cit.*, RTD civ., 2001, p. 91.

(83) M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, Droits, 2002, p. 123. C'est aussi la solution retenue par le Hoge Raad des Pays-Bas dans l'affaire *Kelly* qui sera commentée plus loin (HR, 18 mars 2005, C 03/206HR).

(84) Bruxelles, 21 septembre 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14675, note N. ESTIENNE. *Contra* A. GOSSERIES, *op. cit.*, R.G.A.R., 2011, n° 14722, n° 31 pour qui l'intérêt à ne pas naître ne peut se déduire de l'article 350 du Code pénal.

(85) Voy. à cet égard, B. MARKESINIS, *op. cit.*, RTD civ., 2001, p. 80. L'auteur observe à juste titre que si une telle obligation peut exister, dans certaines circonstances à l'égard de la mère, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas être due au fœtus.

(86) En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, Droits, 2002, p. 123.

(87) Selon Jean-Luc Aubert, ce droit aurait pour fondement, « le droit exclusif de la mère de recourir à l'avortement thérapeutique, de sorte que le

droit de l'embryon n'est qu'un prolongement ou, plus exactement un élément du droit de la femme ». Voy. J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 17 novembre 2000) », D., 2001, Chron., pp. 489-491. Voy. également dans un sens comparable, M. GOBERT, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? », *Les petites affiches*, 8 décembre 2000, p. 4. Cette hypothèse est formellement contestée par J. Hauser, pour qui il n'existe pas de droit subjectif par ricochet : J. HAUSER, « Jurisprudence française en matière de droit civil », RTD civ., 2001, p. 103.

(88) Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, J.T., 2004, p. 716, Rev. dr. santé, 2004-2005, p. 380, R.G.D.C., 2006, p. 108 et la note R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ. Voy. également A. GOSSERIES, *op. cit.*, R.G.A.R., 2011, n° 14722, n° 29, qui estime que cette analyse rend particulièrement délicate la délimitation des droits respectifs de la mère et de l'enfant.

(89) C'est apparemment ce raisonnement qui a été suivi par le Hoge Raad

des Pays-Bas en 2005 dans l'affaire *Kelly*. Cette thèse est très différente de celle défendue par G. VINEY et P. JOURDAIN qui estiment que ce sont les parents qui subissent un préjudice par ricochet en raison du dommage subi par leur enfant, ce qui devrait en toute logique conduire au rejet des deux prétentions si le dommage de l'enfant ne devait pas être réparable. Voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, n° 249-6 ; G. VINEY, « Chronique de responsabilité civile », J.C.P., G., 1997, I, 4025, p. 242, n° 20 ; *contra* R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, R.G.D.C., 2006, p. 127, n° 16, qui estiment que les parents subiraient, quant à eux, un préjudice direct résultant de l'atteinte portée à la liberté de la mère. Cette affirmation méconnaît la distinction entre dommage et préjudice et n'est certainement pas vraie pour le père.

(90) En ce sens également, Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, J.L.M.B., 2015, p. 280, n° 3.

(91) C'est pourquoi nous pensons, à la différence de notre collègue Jean-

Luc Fagnart, que le décès constitue bien un dommage. Ce dommage consiste dans une atteinte à la vie de la victime ou plus précisément à son droit à la vie. Les préjudices dont les ayants droit demandent réparation sont donc des préjudices par ricochet découlant de l'atteinte à ce droit. Notre collègue a raison d'affirmer que le défunt ne souffre pas de sa propre mort mais c'est bien le décès qui ouvre le droit à la réparation des victimes par ricochet. Cette atteinte ne peut toutefois donner lieu à indemnisation dans le chef de la victime directe parce que, par le fait du décès, celle-ci a perdu définitivement la personnalité juridique. Voy. J.-L. FAGNART, « Quelle égalité pour les victimes », *For. ass.*, 2014, p. 210.

(92) Nous rejoignons ici l'opinion de R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, R.G.D.C., 2006, p. 123, n° 13, mais nous nous en écarterons en ce que ces auteurs subordonnent la réparation du dommage à l'atteinte à un droit subjectif dans le chef de l'enfant.

(93) Cass., 4 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 913 ; Cass., 26 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 211 ; Cass., 26 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2044.

C. Atteinte à un intérêt légitime

18. La légitimité de l'intérêt de l'enfant. — Le fait que l'enfant détiennne un intérêt certain à la réparation de son préjudice personnel ne permet pas d'éluder la question de la légitimité de cet intérêt. Disons d'entrée de jeu que nous ne partageons pas du tout l'opinion teintée de positivisme qui revient à opposer le droit et l'éthique. En affirmant que l'intérêt auquel il est porté atteinte doit être légitime, le droit de la responsabilité, lui-même, s'ouvre à des considérations éthiques.

En lien avec la distinction proposée ci-dessus, la question de la légitimité de l'intérêt peut, de manière générale, se poser tant au niveau de l'intérêt auquel il est porté directement atteinte (le dommage) que des préjudices qui découlent de cette atteinte. Ainsi lorsqu'on s'interroge sur la légitimité de l'intérêt du propriétaire à obtenir réparation des dommages causés à une habitation construite en infraction à la législation sur l'urbanisme, c'est la légitimité de l'intérêt auquel il est porté atteinte qui est en jeu⁹⁴. Par contre, lorsqu'il s'agit d'écarter la prise en compte de revenus non déclarés au fisc pour l'évaluation d'un dommage économique, il y va de la légitimité du préjudice qui découle de cette atteinte⁹⁵.

19. L'intérêt légitime des parents rapporté à celui de l'enfant. — Beaucoup d'auteurs prétendent que reconnaître le préjudice de l'enfant revient à affirmer qu'il aurait été préférable que l'enfant ne vienne pas au monde plutôt que de naître handicapé, ce qui ne serait pas socialement acceptable⁹⁶. Nous ne partageons pas ce point de vue.

En reconnaissant à la mère la liberté de décider de ne pas mettre au monde un enfant handicapé, la loi sur l'avortement admet implicitement, mais certainement, que le néant ou l'absence de vie puisse être préféré à une vie handicapée⁹⁷. En privant la mère d'exercer correctement son choix, le médecin porte atteinte à un intérêt qui ne peut être que légitime ou licite.

À ce stade, on ne voit pas très bien comment cet intérêt considéré comme légitime dans le chef de la mère deviendrait tout à coup illégitime dans le chef de l'enfant alors que celui-ci se plaint d'un préjudice qui dérive précisément de cette atteinte. N'y a-t-il pas une forme d'hypocrisie à reconnaître celui de la première et à nier celui du second ? Comment en effet est-il possible d'attribuer aux parents de l'enfant handicapé les ressources nécessaires pour donner à l'enfant les soins requis par son état sans reconnaître le même droit à l'enfant⁹⁸ ? Admettre que les parents peuvent obtenir des dommages et intérêts pour subvenir aux besoins de l'enfant, n'est-ce pas reconnaître au moins implicitement que cet enfant handicapé peut représenter une charge pour ses parents et qu'il est nécessaire de compenser le dommage que représente pour eux le fait d'avoir un enfant handicapé, plutôt que de n'en avoir pas eu ? L'intérêt de l'enfant est du même ordre⁹⁹.

Une différence de traitement entre les parents et l'enfant ne peut en réalité se comprendre que dans les ordres juridiques qui subordonnent la réparation à l'atteinte à un intérêt légalement protégé, comme en droit allemand. Dans ce contexte, on peut admettre, à la rigueur, que l'intérêt de la mère est protégé par la loi et non celui de l'enfant¹⁰⁰. Le droit belge ne comporte pas de tels outils qui visent à limiter l'accès à la réparation.

20. Conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. — Admettre l'indemnisation de l'enfant conduirait-il, comme on l'a souvent prétendu, à nier la valeur de la vie et à porter ainsi atteinte à la dignité des personnes handicapées ? On notera qu'à la suite de l'arrêt *Perruche*, la dignité humaine a été brandie dans les deux camps avec autant de conviction, ce qui démontre à tout le moins la difficulté d'obtenir un consensus sur la valeur de la vie humaine¹⁰¹. Dans son rapport à la Cour de cassation française, le conseiller Sargos se pose la bonne question : « Où est le véritable respect de la personne humaine : dans le refus abstrait de toute indemnisation ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques ? ». Donner dans ces conditions le primat à la vie humaine, n'est-ce pas passer purement et simplement la réalité de ses souffrances ?

Faudrait-il craindre une multiplication des actions intentées par les enfants nés dans des conditions qu'ils n'auraient pas voulues contre leurs parents ? Dès lors que le choix d'interrompre la grossesse est laissé par la loi exclusivement à la mère, l'enfant ne saurait reprocher à cette dernière de lui avoir donné la vie car il ne saurait y avoir faute à exercer, dans un sens ou dans un autre, une liberté reconnue par la loi¹⁰². Rien ne peut obliger la mère à mettre un terme à sa grossesse.

L'admission de l'action ferait-elle naître un risque d'« eugénisme prénatal »¹⁰³ qui résulterait d'une sélection par précaution effectuée sous la contrainte par le corps médical ? L'eugénisme traduit une politique collective et institutionnalisée¹⁰⁴. Il n'est pas directement mis en cause par une décision individuelle prise en âme et conscience par la mère. Il faut reconnaître cependant que ce risque n'est pas nul car une multiplicité d'actions individuelles exercées dans un but convergent peut traduire une orientation collective¹⁰⁵. Les progrès de la médecine permettent désormais d'intervenir à tous les stades de la « fabrication » d'un enfant. Ce sont ces pratiques qu'il convient de réglementer en vue de les limiter. En tout état de cause, la seule possibilité d'un abus ne saurait suffire à justifier le refus de l'action¹⁰⁶.

21. Justice ou solidarité. — Nous ne pouvons nous rallier à l'idée que le droit de la responsabilité serait inadapté ou inadéquat pour ordonner la réparation du dommage de l'enfant et qu'il serait préférable de faire supporter cette charge par la sécurité sociale, donc par la collectivité¹⁰⁷. Le droit de la responsabilité détermine les conditions auxquelles est subordonné le transfert des coûts liés à la réparation d'un dommage sur un tiers responsable. Si ces conditions sont remplies, il n'est pas justifié de faire reposer cette charge sur la collectivité car celle-ci n'a pas vocation à se substituer à l'auteur de la faute. Laisser la question à la sécurité sociale c'est faire supporter à la collectivité publique un handicap qui, sans la faute du tiers responsable, n'aurait conduit qu'à la prise en charge des frais d'un avortement thérapeutique¹⁰⁸.

L'option est d'autant plus discutable lorsqu'on sait que la solidarité qui résulte de la sécurité sociale ne permettra jamais de subvenir complètement aux besoins de l'enfant¹⁰⁹. Ce danger est largement reconnu par le *Bundesgerichtshof* et par les cours allemandes qui n'admettent pourtant la réparation que dans le chef des parents et non dans celui de l'enfant¹¹⁰.

(94) Cass., 2 avril 1998, R.G. n° C.94.0438.N, concl. avocat général de Swaef; comp. Cass., 19 mai 2005, R.G.A.R., 2006, n° 14124.

(95) Cass., 14 mai 2003, Pas., 2003, 982 et les conclusions de l'avocat général Spreutels, J.T., 2003, p. 841, somm., R.C.J.B., 2004, p. 135, obs. J. KIRKPATRICK.

(96) Concl. avocat général Van Ingelgem précitées, n° 4.

(97) En ce sens, F. LEDUC, « Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile », *Resp. civ. et assur.*, 2001, Chron. 4.

(98) C'est cette contradiction qui a conduit la cour d'appel de Gand à reconnaître le préjudice de l'enfant né handicapé consistant dans un préjudice moral pendant les périodes d'indemnisation et le supplément de frais

résultant du handicap : Gand, 3 novembre 2011, R.G.A.R., 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAÏ.

(99) F. LEDUC, « Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile », *Resp. civ. et assur.*, 2001, Chron. 4 ; D. DE CALLATAÏ, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », *op. cit.*, p. 101.

(100) M. MARTIN-CASALS et J. SOLE FELIU, note sous Cass. fr., 13 juillet 2001, *Eur. Rev. Priv. L.*, 2003, p. 217, n° 4.2.

(101) F. RIGAUX, « Du bon et du mauvais usage de l'alternative », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1260.

(102) M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, RTD civ., 2001, p. 301, n° 15 ; du même auteur, *op. cit.*, *Droits*, 2002, p. 125 ; C. RADE, *op. cit.*, p. 5 et F. LEDUC, *op. cit.* ; M. GOBERT, *op. cit.*, *Les petites affiches*, 8 décembre 2000, pp. 7-8.

cit., *Les petites affiches*, 8 décembre 2000, pp. 7-8.

(103) L'expression est de J. HAUSER, « Chronique », RTD civ., 1996, p. 871, obs. sous Cass. fr. civ., 1^{re} ch., 26 mars 1996. Voy. en ce sens F. CHABAS, *Gaz. Pal.*, 2001, p. 37.

(104) D. MAZEAUD, note sous l'arrêt, D., 2001, p. 332, n° 15.

(105) M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, RTD civ., 2001, p. 317, n° 33.

(106) B. MARKESINIS, *op. cit.*, RTD civ., 2001, p. 86 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.*, R.G.A.R., 2002, n° 13466, n° 22.

(107) Dans le sens d'une intervention au nom de la solidarité nationale sur le fondement de l'égalité et de la non-discrimination, voy. J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », *op. cit.*, p. 99 ; A. GOSSERIES, *op. cit.*, R.G.A.R., 2011, n° 14722, n° 38 ; J.-M. PIRET, « Wrongful life en de zaak Rukiy - Heeft een genetisch zwaar beschadigde foetus een in rechte beschermde belang in zijn eigen abortus ? », *NjW*, 2011, p. 358 ; G. GENICOT, *op. cit.*, R.G.D.C., 2002, p. 97, n° 43, en faveur d'un système de réparation indépendant de l'idée de faute.

(108) D. DE CALLATAÏ, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », *op. cit.*, p. 103 ; Y.-H. LELEU, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, J.L.M.B., 2015, p. 282, n° 6.

(109) B. MARKESINIS, *op. cit.*, RTD civ., 2001, p. 89.

(110) BGH, 18 janvier 1983, BGHZ 86, 240.

D. Les contours du préjudice subi par l'enfant

22. Réparer les conséquences du handicap. — Reconnaître que l'enfant handicapé subit un dommage n'implique pas qu'il faille réparer indistinctement tous les préjudices. Puisque le dommage ne consiste pas dans une atteinte à la vie, il convient de limiter la réparation aux conséquences du handicap¹¹¹. Il faut en effet prendre comme un fait que l'enfant est né handicapé et qu'il le restera durant toute sa vie¹¹². Or, il n'est pas contestable que cette vie handicapée entraîne des préjudices patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, actuels et futurs, qui n'existeraient pas si une faute n'avait pas été commise. Ce sont ces préjudices qu'il convient de réparer¹¹³.

Présenter la question sous la forme d'une alternative comme le fait l'avocat général Sainte-Rose dans ses conclusions précédant l'arrêt *Perruche* — « Un enfant atteint d'un handicap congénital ou d'ordre génétique peut-il se plaindre d'être né infirme au lieu de ne pas être né » — témoigne d'une déformation de la plainte car au fond l'enfant ne se plaint que d'une seule chose : de son handicap et non d'être venu au monde¹¹⁴. En réalité ces termes posés comme antithétiques ne sont pas inconciliables dès lors qu'ils sont posés à un moment où l'on sait que l'enfant est né vivant et viable¹¹⁵. Si l'enfant est né vivant et viable, il est sujet de droit et il n'y a aucune contradiction à lui reconnaître un droit d'action qu'il n'aurait pas pu exercer s'il n'était pas né ni davantage à lui permettre de se prévaloir d'une faute commise avant sa naissance¹¹⁶.

Le préjudice ne résulte pas, comme on l'a souvent prétendu, d'une comparaison entre la vie ou la non-vie ni même entre une vie normale et une vie handicapée¹¹⁷. Ces logiques dans lesquelles on entend enfermer la réparation sont purement formelles et abstraites. Elles contribuent à figer le dommage à la naissance alors que ce n'est pas la naissance qui justifie le droit à réparation mais seulement le fait de vivre avec un handicap¹¹⁸. Les termes de l'arrêt *Perruche* sont particulièrement clairs sur ce point.

Les dommages et intérêts qu'on attribuerait à l'enfant ne traduisent pas, faut-il le dire, la valeur que l'on accorderait à la vie humaine dite « normale ». Ils traduisent seulement la volonté de donner à l'enfant les moyens suffisants pour poursuivre correctement sa vie et prendre un nouveau départ. La vie en tant que telle n'est donc en rien disqualifiée par le fait que la victime réclame les moyens de compenser les frais qu'il a ou aura à consentir pour faire face à son handicap et pas davantage par le fait qu'il reçoit des dommages et intérêts afin d'alléger ses souffrances¹¹⁹.

Notons que la réparation des conséquences du handicap survenu à la suite d'un accident de la route, est monnaie courante. Il est curieux que personne ne s'en indigne. Pourquoi en irait-il autrement s'agissant du handicap résultant d'une erreur de diagnostic ou d'un manquement à une obligation d'information pesant sur un médecin¹²⁰ ? Lorsque le handicap résulte d'une atteinte directe à l'intégrité physique, la réparation allouée à la victime vise à rétablir un équilibre, ce qui est précisément l'objectif de toute réparation. Certes, dans le premier cas, le handicap résulte d'une atteinte directe à l'intégrité physique tandis que dans le second, il est déjà en germe avant que la faute soit commise,

mais il s'agit là d'une question relative à la causalité qui doit rester sans incidence sur le dommage et sa réparation.

Il est vrai aussi que dans le cas de l'accident de la circulation, l'opération est rendue plus aisée parce qu'il est possible de se référer à la situation de la victime avant l'accident. Mais faut-il pourtant faire obstacle à la réparation des préjudices subis par l'enfant né handicapé ?

Notre système juridique empêcherait-il que l'on infléchisse quelque peu les termes de cette comparaison de manière à permettre une évaluation *in concreto* des préjudices résultant du handicap ? Il faudrait certes s'éloigner de la définition du dommage conçu comme une perte par rapport à un état antérieur, mais on a montré que de telles nuances ont été acceptées même dans les pays qui s'appuient sur cette définition du dommage¹²¹.

23. Éléments de préjudice réparable. — À condition de s'écarter quelque peu de la fonction purement commutative de la responsabilité civile, il n'est pas si difficile d'identifier les préjudices particuliers liés au handicap de l'enfant.

C'est cette conception qui a d'ailleurs guidé la Cour suprême des Pays-Bas dans l'affaire *Kelly Molenaar* qui est abondamment citée dans les conclusions de l'avocat général Van Ingelgem¹²². L'impossibilité de comparer l'être et le néant a été surmontée à l'aide d'une approche spécifique tenant compte de la nature particulière du dommage né du handicap. Tous les frais liés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ont ainsi été pris en compte. Certains prétendent alors qu'on en vient à comparer *de facto* une vie handicapée avec une vie sans handicap, ce qui serait selon eux pure abstraction¹²³. Nous pensons que cette approche est au contraire pragmatique et concrète puisqu'elle se focalise sur le handicap lui-même et qu'elle permet de sortir la réparation du carcan dans lequel on prétend l'enfermer.

De manière significative, la cour d'appel de Gand avait à ce titre opéré une véritable sélection parmi les dommages susceptibles d'être réparés dans le chef de l'enfant. Elle avait ainsi écarté la réparation du dommage moral général lié au seul fait de vivre handicapé ainsi que du dommage esthétique. Le dommage causé par la perte de revenus avait lui aussi été rejeté au motif que la victime ne pourrait jamais percevoir de revenus et qu'on ne peut valablement comparer la situation de la victime avec celle d'une personne valide. Elle avait, par contre, admis la réparation du *pretium doloris* durant les périodes d'hospitalisation et de revalidation ainsi que le paiement des frais résultant du handicap lui-même (frais médicaux et paramédicaux, sondes urinaires, aide de tiers supplémentaire...) à partir du moment où ils ne seraient plus pris en charge par les parents¹²⁴.

Si nous pouvons souscrire à la solution proposée en ce qui concerne la réparation dommage moral général en ce qu'elle impliquerait un jugement de valeur sur la vie handicapée¹²⁵ ainsi que du dommage matériel résultant de la perte de revenus puisque l'enfant n'aurait jamais travaillé si la faute n'avait pas été commise, nous ne voyons, par contre, pas pourquoi il y aurait lieu de refuser la réparation du préjudice esthétique qui est une conséquence directe du handicap ni le remboursement de tous les coûts nécessités par l'état de l'enfant tant du point de vue de son entretien que de son éducation¹²⁶.

(111) M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 307, n° 23 ; en ce sens également, D. DE CALLATAÏ, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », *op. cit.*, p. 101.

(112) P.-Y. GAUTHIER, « Les distances du juge, à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *J.C.P.*, 2001, I, p. 287, n° 3.

(113) Sur ce plan, la formulation retenue par la Cour de cassation française dans l'arrêt *Perruche* est sujette à critique. Elle aurait pu souligner plus clairement que l'indemnisation visait uniquement à répondre aux besoins particuliers de l'enfant. Par contre le rapport du conseiller Sargos est particulièrement clair sur ce point : « Ce n'est pas la naissance et la vie même de l'enfant qui constituent le préjudice dont il est demandé réparation. Le préjudice réparable est au contraire exclusivement celui qui résulte du handicap qui va faire

peser sur l'enfant pendant toute son existence des souffrances, charges, contraintes, privations et coûts de toutes natures ».

(114) En ce sens, P. JOURDAIN, note sous Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *D.*, 2001, p. 332 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, n° 249-6, p. 25 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 307, n° 23 ; C. RADE, *op. cit.*, *Resp. civ. et ass.*, janvier 2001, p. 4.

(115) F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 1259.

(116) C'est en effet au jour du dommage que ces conditions doivent être vérifiées. Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Van Ingelgem, n° 1 et les références citées, notamment R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.W.*, 1986-1987, col. 2746. On notera que dans certains États américains, la reconnaissance d'un droit dépend de

la viabilité du sujet de droit au moment de l'atteinte qui est portée au droit et non pas au moment de la naissance : voy. B. MARKESINIS, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *RTD civ.*, 2001, p. 83. Telle n'est pas la solution en droit belge.

(117) A. GOSSERIES, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14722, n° 28.

(118) E. DIRIX, « De schade van het gehandicapt geboren kind (noot onder Cass. fr. 13 juli 2001) », *R.G.D.C.*, 2002, p. 211 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466, n° 16 ; du même auteur, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 278.

(119) F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 1261 ; D. DE CALLATAÏ, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », *op. cit.*, p. 103.

(120) Voy., Y.-H. LELEU, *op. cit.*,

R.G.A.R., 2002, n° 13466, n° 16 ; du même auteur, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2015, p. 279, n° 3. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 307, n° 23.

(121) C. RADE, « Être ou ne pas naître ? - Telle n'est pas la question... », *op. cit.*, 2001, p. 7 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 308, n° 23 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466, n° 18 ; voy. également E. DIRIX, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 211.

(122) Hoge Raad, 18 mars 2005, C 03/206 HR, LjN AR5213.

(123) Voy. concl. avocat général A. Van Ingelgem, précitées n° 4.

(124) Ibid.

(125) Voy. cependant en sens contraire, Bruxelles, 21 septembre 2010, précité note 2.

(126) B. MARKESINIS, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 83. L'auteur rappelle la

24. L'aide de tierce personne. — Un poste très important du dommage économique réparable résulte de la nécessité de recourir à l'assistance d'une tierce personne. La réparation de ce préjudice vise à compenser, par une assistance humaine, la perte d'autonomie de la victime afin de lui permettre de continuer à vivre avec son handicap¹²⁷. Il est bien admis par la Cour de cassation depuis 1977 que la nécessité pour la victime de recourir à l'aide d'une tierce personne constitue en soi un préjudice matériel et que ce préjudice doit être réparé dans le chef de la victime, même si l'aide est apportée bénévolement par des proches¹²⁸. Puisqu'il s'agit d'un préjudice qui est propre à la victime, c'est elle qui devrait normalement en demander la réparation¹²⁹. Pourtant, lorsqu'il s'agit de jeunes enfants, l'aide d'une tierce personne est souvent intégrée dans le dommage des parents en contradiction apparente avec le principe énoncé ci-dessus.

La Cour de cassation admet en effet que la personne qui effectue des prestations à titre bénévole en raison de la faute d'un tiers puisse lui réclamer remboursement des frais ainsi consentis dans la mesure où elle subit un dommage¹³⁰. Il faut pour cela que les prestations aient été effectuées pour des motifs raisonnables et sans intention libérale à l'égard du tiers. Dans leur chronique de jurisprudence consacrée au dommage, Daniel de Callatay et Nicolas Estienne s'interrogent à juste titre sur la compatibilité de cette jurisprudence avec celle relative à l'indemnisation du besoin d'assistance¹³¹.

Lorsque l'enfant est en bas âge, il n'y a toutefois pas d'inconvénient majeur à rembourser les parents pour les frais et débours qu'ils ont consentis en vue de pourvoir aux besoins de leur enfant handicapé, tout au moins aussi longtemps que ceux-ci en ont la charge¹³². Ce faisant, il convient bien entendu d'éviter le cumul des indemnités dans le chef de la victime qui éprouve ce besoin, d'une part, et dans le chef des proches qui le satisfont volontairement, d'autre part. La réparation accordée à l'enfant prendra le relais une fois que les parents ne seront plus en mesure de subvenir à ses besoins.

C'est ici que l'on perçoit que la réparation des besoins d'assistance lorsqu'elle est octroyée au titre du préjudice subi par les parents peut présenter des dangers réels pour l'enfant, si celui-ci vient, pour une raison ou pour une autre, à être privé de leur soutien. Contrairement à ce que l'on soutient parfois, le résultat n'est pas équivalent¹³³. Tout d'abord, il n'est pas exclu que les parents décident d'abandonner leur enfant gravement handicapé à la naissance en vue de le proposer à l'adoption. Dans ce cas, l'enfant serait privé de toute indemnité, ce qui serait profondément injuste¹³⁴. En outre, l'indemnisation accordée pour compenser le préjudice des parents ne profitera à l'enfant que pendant le temps où ceux-ci sont tenus d'une obligation légale d'entretien. Elle prendra irrémédiablement fin lors du décès de ceux-ci à un moment où l'enfant handicapé pourrait encore avoir besoin d'aide¹³⁵. Prolonger l'indemnisation des parents au-delà du décès de ces derniers, pour octroyer une rente à l'enfant pendant toute sa vie, comme l'a fait le Conseil d'État français, est une supercherie qui démontre bien que le préjudice que l'on répare est en réalité celui subi par l'enfant lui-même et non celui des parents¹³⁶.

Conclusion

25. En se fondant sur le principe de la différence négative, notre Cour de cassation décide que le préjudice subi par l'enfant né handicapé n'est pas réparable parce qu'on ne peut comparer l'existence avec un handicap et la non-existence. Il est vrai qu'elle avait été attirée sur ce terrain par la motivation pourtant très nuancée figurant dans l'arrêt soumis à sa censure. Par ce biais, notre Cour suprême se rallie à la solution préconisée en droit allemand et en droit anglais mais s'écarte de celle retenue en droit français. On sait que ces deux premiers systèmes sont inspirés d'une volonté nette de limiter les débordements de la responsabilité civile. Il faut cependant rappeler que notre droit de la responsabilité n'est pas fondé sur les mêmes principes puisqu'il ne connaît aucune règle *a priori* visant à délimiter la notion de dommage. Le dommage peut consister dans une atteinte à un simple intérêt pourvu qu'il soit stable et légitime.

En s'appuyant sur ce principe, la Cour de cassation transforme une règle destinée à évaluer le dommage en une condition d'existence de ce dommage et introduit du même coup, pour la première fois à notre connaissance, un filtre qui conduit à restreindre sa définition. Un tel principe se concilie, selon nous, très difficilement avec un système juridique fondé sur la réparation intégrale de tous les préjudices pourvu qu'ils soient dûment établis.

Nous pensons qu'il était possible avec les instruments du droit belge de suivre une autre voie et de reconnaître le caractère réparable du préjudice subi à titre personnel par l'enfant. Partant du principe que le dommage consiste dans l'atteinte à la liberté de la mère d'interrompre sa grossesse conformément aux conditions prévues par la loi, le préjudice subi par l'enfant n'est rien d'autre qu'un préjudice subi par ricochet à la suite de cette atteinte directe. Dans un système juridique qui ne définit pas limitativement les intérêts protégés, il y aurait d'ailleurs une insurmontable contradiction, voire une certaine hypocrisie, à admettre la légitimité de l'intérêt de la mère et du père à obtenir réparation de leurs préjudices et à contester dans le même temps la légitimité de l'intérêt de l'enfant. On comprend donc que le débat n'ait pas été porté sur ce terrain par le demandeur. Il serait néanmoins intéressant que la Cour y soit emmenée par un autre pourvoi.

Le reste est affaire d'évaluation. À condition de s'écarter de la fonction purement commutative de la responsabilité civile, ce qui ne serait pas une première, il n'y a aucune impossibilité à évaluer *in concreto* le préjudice de l'enfant si, du moins, on accepte de centrer la réparation sur les conséquences du handicap. C'est d'ailleurs la seule manière de garantir à l'enfant lui-même la réparation intégrale des dommages actuels et futurs qu'il subit en raison d'une faute médicale. En limitant la réparation au préjudice subi par les parents, cet objectif n'est pas atteint car la réparation effective des préjudices subis par l'enfant est alors rendue dépendante d'une série d'avatars qui peuvent affecter le soutien des parents, et qui peuvent aller jusqu'à priver l'enfant de la réparation à laquelle il a droit.

Bernard DUBUISSON

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain

distinction faite en *common law* entre les *general damages* et les *special damages*. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, R.G.A.R., 2002, n° 13466, n° 18 ; D. DE CALLATAY, « L'enfant qui aurait pu avorter deux fois », note sous Gand, 3 novembre 2013, R.G.A.R., 2013, n° 14943/7. (127) Sur l'assistance de tierce personne, voy. récemment, N. ESTIENNE, « L'évaluation et l'indemnisation du besoin d'aide de tierce personne en droit commun, spécialement après un traumatisme crânien », in *Mélanges Simar*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 129-149 ; J.-L. FAGNART, « Le besoin d'aide personnelle : faut-il favoriser le travail au noir », in I. LUTTE (dir.), *Droit médical et dommage cor-*

porel - État des lieux et perspectives, Limal, Anthemis, 2014, pp. 265-296. (128) Cass., 30 novembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 351. (129) N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 145, n° 30. (130) Cass., 6 novembre 2001, R.W., 2001-2002, p. 1466, R.G.A.R., 2003, n° 13703 ; Cass., 4 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 632 ; R.G.A.R., 2004, n° 13869. (131) D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, coll. Les dossiers du J.T., vol. 75, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 287. (132) L'obligation légale d'entretien et d'éducation de l'enfant qui pèse

sur les parents ne suffit pas à rompre le lien causal entre la faute commise et le dommage. Il est désormais bien admis que la circonstance que les dépenses ont été faites en exécution d'une obligation légale ou réglementaire n'empêche pas que ces dépenses puissent constituer un dommage. (133) G. GENICOT, note sous Cass., 14 novembre 2014, *op. cit.*, J.L.M.B., 2015, p. 277, n° 10. (134) G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 2006, n° 249-6, p. 26. Il est vrai que la personne qui recueille l'enfant pourrait, elle aussi, réclamer le remboursement des frais au titre d'un préjudice

propre, mais est-ce une bonne entrée en matière pour l'adoptant que de devoir intenter une nouvelle action en justice pour obtenir le remboursement des frais qu'il aura à consentir ? (135) B. MARKESINIS, *op. cit.*, *RTD civ.*, 2001, p. 87. L'auteur montre que les solutions sont variables en droit comparé ; P. JESTAZ, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.*, 2001, p. 550. (136) C.E., 14 février 1997, *Quarez*, J.C.P., 1997, II, 22828, note J. MOREAU. Pour une critique de cette solution, voy. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *Droits*, 2002, p. 127 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, 2006, n° 249-6, p. 26.