

Doctrines

Les actions en grossesse et vie préjudiciables - État des lieux critique au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, par Elise De Saint Moulin 81

Jurisprudence

■ Renvoi préjudiciel - Citoyenneté de l'Union européenne - Directive 2004/38/CE - Article 10, § 1 - Demande de carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union - Délivrance - Délai - Adoption et notification de la décision - Conséquences du non-respect du délai de six mois - Autonomie procédurale des États membres - Principe d'effectivité
C.J.U.E., 27 juin 2018 93

■ I. Procédure - Droit à un procès équitable et à l'égalité des armes (article 6, § 1^{er}, Convention EDH) - Remboursement des frais de conseil technique (non) - II. Assurance - Assureur-loi - Paiement des indemnités et des dépens - Frais et honoraires de conseil technique (non)
Cass., 3^e ch., 17 septembre 2018 97

Chronique

Le gorille et le petit singe - La vie du palais - Parallèlement - Bibliographie - Coups de règle.

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



Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
2 février 2019 - 138^e année
5 - N^o 6759
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Les actions en grossesse et vie préjudiciables

État des lieux critique au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation

L'issue judiciaire des actions en grossesse et vie préjudiciables paraît désormais définitivement scellée. Depuis son arrêt de principe du 14 novembre 2014¹, la Cour de cassation belge a, le 17 octobre 2016, rendu deux autres arrêts importants sur la responsabilité entourant la naissance d'un enfant. Outre la confirmation de l'enseignement tiré de l'arrêt du 14 novembre 2014 relatif à l'action en vie préjudiciable (C.11.0062.F)², la Cour de cassation belge s'est également penchée, pour la première fois, sur les actions en grossesse préjudiciable (C.09.0414.F)³. Enfin, plus récemment, le dernier pourvoi encore pendant a donné lieu à un ultime arrêt du 13 avril 2018⁴. Il nous a dès lors paru opportun de dresser un état des lieux actualisé de la question, tout en donnant les raisons pour lesquelles la solution réservée par la Cour de cassation ne nous paraît pas entièrement convaincante.

Introduction

1. Bref rappel des notions d'actions en grossesse et vie préjudiciables. — Pour rappel, si les deux problématiques susmentionnées sont proches en apparence, il convient toutefois de ne pas les confondre⁵. L'action en grossesse préjudiciable⁶, également appelée « wrongful pregnancy claim » désigne « l'action intentée par les parents qui ont engendré un enfant non désiré mais non handicapé, pour le préjudice subi par cette naissance inattendue »⁷. Dans cette action, la faute reprochée au médecin consiste généralement en l'échec d'une stérilisation⁸ ou d'un avortement⁹. Il ne s'agit là aucunement de reconnaître un dommage personnel à l'enfant qui est né en bonne santé et n'a donc aucun intérêt à agir en justice¹⁰.

L'action en vie préjudiciable, également appelée « wrongful life claim » désigne, quant à elle, l'action qui est introduite par l'enfant lui-même¹¹ pour l'indemnisation du préjudice que lui cause

(1) Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 221, note B. DUBUISSON.

(2) Cass., 17 octobre 2016, R.G., n^o C.11.0062.F, *R.G.A.R.*, 2017, n^o 15388, note G. HAARSCHER ; *Rev. dr. Santé*, 2016-2017, p. 311, note G. GENICOT.

(3) Cass., 17 octobre 2016, R.G., n^o C.09.0414.F, *R.G.A.R.*, 2017, n^o 15389 ; *R.W.*, 2017-2018, p. 859 (somm.) ; *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 299, note G. GENICOT.

(4) Cass., 1^{re} ch., 13 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1074, note G. GENICOT.

(5) Sur la typologie des différentes actions, voy. S. DE MEUTER, « *Wrongful life, wrongful birth, wrongful conception or pregnancy claim* : inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing », in *Liber amicorum P. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 61-74 et E. DE KEZEL, « *Wrongful birth en wrongful life* - Een stand van zaken », *NjW*, 2004, p. 547.

(6) À ce propos, voy. J. TER HEERDT, « Een heropflakking van de "Wrongful Pregnancy Claim" : enkele bedenkingen », note sous Anvers, 15 juin 1994, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, pp. 359-365 ; S. PANIS, « L'action en grossesse préjudiciable (*wrongful pregnancy*) », *Rev. dr. santé*, 2009-2010, pp. 217-226.

(7) P. COPPENS, « Du préjudice d'être né », in N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 85.

(8) Voy. par exemple Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091 et la note G. GENICOT, « Dommage moral en cas de naissance d'un enfant non désiré après l'échec d'une vasectomie », *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1097-1100.

(9) Voy. par exemple Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT.

(10) E. DE KEZEL, *op. cit.*, p. 548.

(11) L'enfant sera en principe représenté en justice par ses parents qui agiront en son nom en leur qualité de représentants légaux.

CODES ESSENTIELS 2019
Droit administratif
David Renders
NOUVELLE ÉDITION
Larcier

CODE ADMINISTRATIF 2019
À jour au 15 décembre 2018
David Renders
> Les Codes essentiels Larcier
1012 p. • 80,00 € • 10^e édition 2019

ESSENTIAL 2019
CODES
International and EU Data Protection Law
Gert Vermeulen, Willem Debeuckelaere
Larcier

INTERNATIONAL AND EU DATA PROTECTION LAW
Updated until 13 December 2018
Sous la direction de : Gert Vermeulen, Willem Debeuckelaere
> Les Codes essentiels Larcier
130,00 € • Édition 2019

larcier group www.larciergroup.com
commande@larciergroup.com
ELS Belgium s.a.
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

son état de personne handicapée. Dans cette action, la faute du médecin de n'avoir pas décelé le handicap *in utero* ou de n'avoir pas prévenu la mère de celui-ci a empêché cette dernière d'exercer son droit à une interruption de grossesse de manière éclairée, avec pour conséquence la venue au monde de cet enfant atteint d'un handicap préexistant¹².

1 L'action en grossesse préjudiciable (*Wrongful pregnancy claim*)

A. La jurisprudence antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2016 : une recevabilité de principe mais une réparation limitée

2. Des considérations morales venant limiter le droit à réparation. — Dans les actions en grossesse préjudiciable, les parents soutiennent qu'ils ne souhaitent pas cet enfant, normalement constitué, qui compromet leur épanouissement personnel, professionnel et/ou leur équilibre financier. Avant l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2016, les juges admettaient sans réserve la recevabilité de l'action introduite par les parents dès lors que la naissance résultait de la faute d'un tiers. Leur appréciation était, en revanche, très variable quant à la nature et à l'étendue¹³ du préjudice que ceux-ci pouvaient faire valoir¹⁴. En effet, la plupart considérait que la naissance d'un enfant normal et en bonne santé ne peut, en soi, être constitutif d'un dommage réparable, et cela même si cette naissance est la conséquence d'une faute sur le plan médical, car la naissance est par définition un « heureux événement ». Des considérations morales sont ainsi venues limiter le droit à réparation des parents.

3. L'étendue de la réparation. — Sauf circonstances exceptionnelles telles que le viol¹⁵, l'indemnisation du dommage moral des parents pour la naissance de leur enfant en bonne santé était déjà exclue¹⁶. Le juge partait généralement du principe que les inconvénients moraux liés à la naissance non désirée étaient compensés par les joies inf-

tables de la paternité et de la maternité (application de la théorie de la « voordeelstoerekening »¹⁷¹⁸). Un dommage moral limité était néanmoins parfois alloué pour la souffrance psychologique entraînée par l'obligation de subir une nouvelle intervention (stérilisation ou IVG) ou pour les désagréments liés au « fait de devoir subir »¹⁹ la grossesse.

La réparation du préjudice matériel, quant à lui, faisait l'objet des appréciations jurisprudentielles les plus diverses. De manière générale, les juges, bien qu'ils admettaient la légitimité de l'action, faisaient souvent preuve d'une grande sévérité et n'acceptaient de l'indemniser que de manière limitée, recourant le plus souvent à des évaluations *ex æquo et bono*. Seuls les frais médicaux exposés pour l'avortement ou la stérilisation qui a échoué ainsi qu'éventuellement ceux liés au suivi de la grossesse et à la naissance étaient remboursés sans trop de discussions²⁰. En revanche, la prise en compte du préjudice matériel postérieur à la naissance (frais de garde, d'éducation et d'entretien de l'enfant, préjudice immobilier, perte de revenus, remplacement du véhicule...) variait très fortement d'une décision à l'autre²¹. Les cours et tribunaux²² se livraient régulièrement à un examen minutieux de toutes les possibilités qu'ont les parents de réduire leur préjudice et ils s'autorisaient, en outre, une série de compensations déduites des avantages matériels de la parentalité (allocations familiales, réductions d'impôts, primes à la construction...)²³.

4. L'absence de rupture du lien causal par l'article 203 du Code civil.

— Il fut un temps où les plaideurs soutenaient que le lien causal entre la faute et le dommage était interrompu par une cause juridique propre, à savoir l'obligation légale des parents de veiller à l'entretien et à l'éducation de leur enfant, telle qu'imposée par l'article 203 du Code civil, avec la conséquence que les parents ne seraient plus en droit de réclamer une quelconque indemnisation²⁴. Un tel raisonnement n'est plus permis au vu de la jurisprudence désormais bien établie de la Cour de cassation belge sur la rupture du lien causal par interposition d'une cause juridique propre²⁵. L'article 203 du Code civil n'implique pas que les dépenses faites par les parents pour leurs enfants doivent demeurer définitivement à leur charge lorsqu'elles ont été provoquées par la faute d'un tiers. En effet, comme l'écrit la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 3 novembre 2011, « l'article 203 instaure un droit à l'entretien pour l'enfant dans l'intérêt de ce dernier, et il serait contraire à l'intérêt de l'enfant que ses parents ne puissent

(12) Nous n'aborderons pas dans le cadre de cette étude l'action en naissance préjudiciable, également appelée *wrongful birth claim*. Il s'agit de l'action qui est intentée par les parents d'un enfant né handicapé, en leur nom propre, pour obtenir la réparation du préjudice résultant de la naissance de ce dernier. Pour une étude approfondie de l'action des parents, voy. notamment A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », note sous Gand, 3 novembre 2011, *Rev. dr. Santé*, 2011-2012, pp. 217-223 ; B. VAN ROERMUND, « De rekening van het kind : aansprakelijk voor *wrongful birth* », *R.W.*, 1996-1997, pp. 1313-1318.

(13) Pour une énumération des différents postes de dommages réparables, voy. E. DE KEZEL, *op. cit.*, p. 550.

(14) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical - Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck, 2001, pp. 173-174, n° 212 et p. 179, n° 220 ; G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », *Rev. dr. Santé*, 2016-2017, p. 308.

(15) Bruxelles, 8^e ch., 8 mai 1985, *J.T.*, 1986, p. 250 et note A. VAN GYSEL, « La responsabilité du violeur pour les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant né de son crime », *J.T.*, 1986, pp. 254-256.

(16) Voy. notamment en jurisprudence : Anvers, 8 septembre 2003, *Rev. dr. Santé*, 2004-2005,

p. 389 ; Civ. Anvers, 23 avril 2009, *Rev. dr. Santé*, 2009-2010, p. 227 ; Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-1989, p. 1171 ; en doctrine : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 1^{re} éd., Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, p. 564 ; T. VANSWEEVELT, « Het belang van adequate informatie over nazorg en de beperking tot morele schade wegens de geboorte van een ongewenst, gezond kind (de zaak Chloé) », *Rev. dr. Santé*, 2012-2013, pp. 238-240.

(17) T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht : Zorgverleners : statuut en aansprakelijkheid*, t. I, Anvers, Intersentia, 2014, p. 1396 ; E. DE KEZEL, *op. cit.*, p. 550. Faisant expressément référence à la théorie de la *voordeelstoerekening*, voy. Civ. Anvers, 26 février 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 402.

(18) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage réparable*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 27.

(19) Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1164. Voy. Également Mons, 6^e ch., 28 octobre 2011, *Rev. dr. Santé*, 2012-2013, p. 234, note T. Vansweevelt : la cour d'appel de Mons alloue un dommage moral de 3.500 EUR à chacun des parents pour avoir dû supporter les affres d'une nouvelle grossesse très peu de temps après avoir accouché d'un enfant gravement handicapé, pour la crainte que l'enfant à naître soit lui

aussi handicapé, pour le doute suscité quant à la fidélité du partenaire ainsi que pour les soucis et inconvénients liés à la grossesse.

(20) Liège, 11 février 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13691 ; Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1164 ; Civ. Courtrai, 1^{er} février 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 57.

(21) A titre d'illustrations, voy. notamment Anvers, 8 septembre 2003, *NjW*, 2004, pp. 558-560 : indemnisation du dommage matériel dans tous ses aspects (coûts liés à la nouvelle stérilisation et à la grossesse, frais d'éducation, frais relatifs à une nouvelle habitation) déduction faite des avantages (réduction d'impôts, allocation familiale, prime à la construction...) ; Civ. Malines, 9 juin 1992, *Rev. dr. Santé*, 1996-1997, p. 374 : allocation en équité d'une « prime de désarroi » pour la grossesse inattendue mais écartement des dépenses matérielles faites pour l'éducation et l'habillement de l'enfant ainsi que pour la perte de revenus ; Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-1989, p. 1171 : indemnisation du dommage matériel qui est la conséquence de la grossesse, de la naissance et de l'éducation, ainsi que des coûts médicaux et des inconvénients liés à la stérilisation manquée.

(22) Civ. Anvers, 23 avril 2009, *Rev. dr. Santé*, 2009-2010, pp. 227-229 ; Civ. Courtrai, 1^{er} février 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 57 ; Civ. Anvers, 26 février 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 402.

(23) Pour une analyse détaillée des

postes de dommages alloués dans quelques décisions, voy.

B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage réparable*, *op. cit.*, pp. 27-32 ; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *op. cit.*, pp. 1394-1399.

(24) J. TER HEERDT, « "Wrongful life" en "Wrongful birth", een "never ending story" : twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerper plaatsen », note sous Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. Santé*, 2001-2002, p. 253.

(25) Cass., cinq arrêts des 19 et 20 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 97 à 101 ; *Bull. ass.*, 2001, p. 769, note P. GRAULUS ; *R.G.D.C.*, 2003, p. 182, note S. HEREMANS ; Cass., 10 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2046 ; Cass., 4 mars 2002, *Pas.*, 2002, n° 154 ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 239, note J. WILDEMEERSCH : « la circonstance que les dépenses soient faites en exécution d'une obligation légale réglementaire ou contractuelle n'empêche pas que ces dépenses puissent constituer un dommage réparable, hors le cas où il résulte de la loi, du règlement ou du contrat en exécution duquel la dépense est faite que celle-ci doit demeurer définitivement à charge de celui qui l'expose ».



recupérer auprès d'un tiers responsable les dépenses exposées en couverture de ses besoins »²⁶. Cette disposition légale ne peut dès lors être invoquée comme élément venant rompre le lien de causalité entre la faute de tiers et les dépenses faites par les parents pour la naissance de leur enfant, lesquelles constituent bien un préjudice indemnisable²⁷.

5. L'absence d'obligation de limiter le dommage à tout prix. — Par ailleurs, c'est à tort²⁸ et de manière assez heurtante que certains juges²⁹ ont pu considérer qu'en prenant la décision d'élever leur enfant et en ne l'abandonnant pas à la naissance en vue de son adoption par un tiers, le lien de causalité entre la faute retenue et l'existence d'un éventuel préjudice pour la période postérieure à la naissance de l'enfant serait interrompu (rupture du lien causal par une décision prise par la victime). Il ne faut pas oublier qu'il n'y a aucune obligation générale pour la victime de restreindre son dommage à tout prix³⁰. Elle ne doit prendre que les mesures raisonnables qui auraient également été adoptées par toute victime normalement prudente et diligente afin de limiter l'étendue de son préjudice³¹. Dans le cadre des actions en grossesse préjudiciable, il ne fait aucun doute qu'il ne peut pas être raisonnablement attendu des parents qu'ils recourent à un avortement ou qu'ils abandonnent leur propre enfant en vue de son adoption par un tiers^{32 33}.

B. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2016) : une exclusion de principe

6. Rappel des faits. — L'affaire portée devant la Cour de cassation concernait une dame ayant subi une interruption volontaire de grossesse en date du 26 août 2004. Le 30 août 2004, le laboratoire d'analyses informe le service de gynécologie de l'échec de l'intervention mais les médecins négligent d'en informer la patiente et son médecin traitant. Ce n'est que le 6 octobre 2004, soit après l'expiration du délai légal permettant de recourir à une interruption volontaire de grossesse, que la patiente apprend, à l'occasion d'une échographie, qu'elle est toujours enceinte. Le 3 mars 2005, elle accouche donc d'une petite fille non désirée mais en parfaite santé.

7. L'arrêt de la cour d'appel de Liège du 22 janvier 2009. — Devant la cour d'appel de Liège, la mère réclamait, à charge de l'hôpital, l'indemnisation des charges financières, des difficultés relationnelles prévisibles et des efforts accrus entraînés par la naissance non désirée de sa fille. En l'espèce, la faute imputée au corps médical dans le suivi post-opératoire et le lien de causalité avec la naissance furent établis sans trop de difficultés. Restait toutefois la question de savoir dans quelle mesure accorder une réparation à la patiente pour la naissance

non souhaitée d'un enfant bien portant. Selon la cour d'appel, la maman « est fondée à demander une indemnisation des dommages moral et matériel liés au fait de devoir subir cette grossesse ». En revanche, elle considère que « même après une tentative d'interruption volontaire de grossesse, la naissance d'un enfant normal et en bonne santé dont il n'est en outre pas contesté qu'il est issu de relations consenties n'entraîne pas comme tel un dommage faisant naître un droit à réparation pour la mère ». Par conséquent, il a été jugé que la mère « n'est pas fondée à réclamer une indemnisation pour les frais d'entretien, de garde, et d'équipement pas plus qu'une indemnisation à titre de dommage moral consécutivement à la naissance de son enfant »³⁴.

8. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2016 (C.09.0414.F.).

— Saisie du pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation, dans son arrêt du 17 octobre 2016³⁵, tient un raisonnement en deux phases. Tout d'abord, la Cour de cassation considère qu'« eu égard à la différence de nature de ces préjudices, il n'est pas contradictoire de tenir, d'une part, pour réparable le fait pour une femme en situation de détresse de devoir mener sa grossesse à terme, d'autre part, pour non réparables les postes de dommages consécutifs à la naissance de l'enfant qu'elle a porté ». Elle identifie ainsi deux préjudices distincts pouvant donc chacun donner lieu à un traitement différent : le fait de devoir « subir » une grossesse d'une part, et les conséquences morales et matérielles de la naissance d'un enfant en bonne santé, d'autre part³⁶. L'enseignement de la Cour de cassation se poursuit ensuite en ces termes : « dès lors que la naissance d'un enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice, même si la naissance est survenue après l'échec d'une intervention pratiquée en vue de l'interruption de la grossesse, la cour d'appel a pu, sans violer la notion légale de dommage ni dénier la légitimité de l'intérêt qu'invoquait la demanderesse, déduire de cette constatation que les charges financières, les difficultés relationnelles prévisibles et les efforts accrus entraînés par cette naissance ne la plaçaient pas dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la commission du fait illicite »³⁷. Autrement dit, si les frais médicaux, hospitaliers et pharmaceutiques entourant la naissance, ainsi que les inconvénients moraux liés au fait de devoir mener une grossesse jusqu'à son terme, peuvent donner lieu à réparation, toute indemnisation d'un quelconque préjudice moral ou matériel postérieur à la naissance est exclue³⁸.

9. La naissance, un événement heureux en toutes circonstances ? —

Dans un monde idéal, une naissance devrait bien entendu toujours être considérée comme un événement heureux ; les bienfaits de la maternité et de la paternité devraient compenser les difficultés, quelles qu'elles soient, occasionnées par la venue au monde d'un en-

(26) Gand, 3 novembre 2011, R.G.A.R., 2013, n° 14943 (traduction libre).

(27) E. DE KEZEL, *op. cit.*, p. 549 ; S. PANIS, *op. cit.*, p. 225. En jurisprudence, voy. Gand, 3 novembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 205-211, note A. HUYGENS ; R.G.A.R., 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAÏ ; Anvers, 8 septembre 2003, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 389 ; Civ. Hasselt, 16 octobre 2006, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 49 ; Civ. Courtrai, 2^e ch., 1^{er} février 1994, R.W., 1995-1996, p. 57 ; Civ. Anvers, 26 février 1992, R.G.D.C., 1993, p. 401 ; Civ. Louvain, 17 décembre 1987, R.G.D.C., 1989, p. 85. *Contra* et à tort, voy. Liège, 11 février 2002, R.G.A.R., 2003, n° 13691 et Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 247, note J. TER HEERDT.

(28) Selon F. KÉFER, « l'argument (...) selon lequel la mère ne subit aucun préjudice puisqu'elle aurait pu abandonner son enfant dès la naissance, (...) paraît humainement inacceptable et juridiquement faux (...). Il aurait sans doute été plus élégant et plus exact de constater que de son acceptation de l'enfant, après la naissance, on pouvait déduire que le préjudice — moral, en tout cas — était nettement

atténué » (F. KÉFER, « La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice ? », note sous Riom, 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, p. 645). Y.-H. LELEU, quant à lui, souligne que « l'inanité de ce propos (...) en atténue la violence » (Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 282).

(29) En ce sens et à tort, voy. Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT et Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 247, note J. TER HEERDT.

(30) Cass., 14 mai 1992, *Bull.*, n° 478 ; *J.L.M.B.*, 1994, p. 48, note D. PHILIPPE ; R.G.A.R., 1994, n° 13312 ; R.W., 1993-1994, p. 1395, note A. VAN OEVELEN.

(31) A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *op. cit.*, p. 222.

(32) En ce sens en jurisprudence, voy. Gand, 1^{er} ch., 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 112 ; Gand, 3 novembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 209, note A. HUYGENS ; R.G.A.R., 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAÏ ; Mons, 6^e ch., 28 octobre 2011, *Rev.*

dr. santé, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT ; Civ. Anvers, 23 avril 2009, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 227 ; Civ. Courtrai, 1^{er} février 1994, R.W., 1995-1996, p. 57 ; Civ. Anvers, 26 février 1992, R.G.D.C., 1993, p. 401 ; Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, R.W., 1988-1989, p. 1171. Dans le même sens en doctrine, voy. DE KEZEL, *op. cit.*, p. 550 ; R. KRUIJTHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind », R.W., 1986-1987, col. 2755-2756 ; S. PANIS, *op. cit.*, pp. 222-225 ; J. TER HEERDT, « "Wrongful life" en "Wrongful Birth", een "never ending story" ... », *op. cit.*, p. 255.

(33) Le moyen relatif à l'obligation pour les parents de limiter leur dommage en donnant leur enfant en adoption a été rejeté par la Cour de cassation dans son arrêt du 14 novembre 2014 pour réponse suffisante et concrète de la cour d'appel (Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 264-269, concl. av. gén. A. Van Ingelgem).

(34) Liège, 20^e ch., 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT ; *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS.

(35) Cass., 3^e ch., 17 octobre 2016, R.G., n° C.09.0414.F, R.G.A.R.,

2017, n° 15389 ; R.W., 2017-2018 (somm.), p. 859 ; *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 299, note G. GENICOT.

(36) G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », *op. cit.*, p. 306.

(37) La Cour de cassation française avait déjà statué dans un sens similaire dans un arrêt du 25 juin 1991 : « L'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption d'une grossesse... qu'en l'absence d'un dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (Cass. fr., 1^{re} civ., 25 juin 1991, *D.*, 1991, p. 566, note P. LE TOURNEAU).

(38) Pour une approche féministe du droit en lien avec cet arrêt, voy. D. BERNARD et O. SIMONE, « La pertinence des approches féministes du droit : une démonstration par l'exemple », *J.T.*, 2018, pp. 646-648.



fant. Si les considérations morales qui sous-tendent la décision de la Cour de cassation sont donc parfaitement compréhensibles, nous ne pouvons que constater, à l'instar de G. Genicot, qu'elles aboutissent, en réalité, à « une forme d'angélisme déconnecté de certaines réalités »³⁹. Comme le soulignait déjà F. Kefer en 1990, « une société admettant l'avortement ne reconnaît-elle pas qu'une naissance puisse ne pas être envisagée comme un événement heureux ? »⁴⁰. En statuant de la sorte, la Cour de cassation malmène, selon nous, le principe fondamental en droit de la réparation du dommage selon lequel le juge doit toujours veiller, lorsque c'est possible, à apprécier le dommage *in concreto*.

10. La nécessité d'apprécier le dommage *in concreto*⁴¹. — Pour apprécier l'étendue du dommage réparable, les magistrats devraient continuer à pouvoir examiner concrètement, au moment et dans les circonstances où elle survient, si les conséquences résultant de la naissance d'un enfant engendrent, dans le chef des parents, un quelconque préjudice, et ce, indépendamment de toute position de principe dogmatique⁴². En effet, une naissance non désirée peut contrairement « la mère ou les parents à des dépenses imprévues et/ou à une réorganisation précipitée de sa (leur) vie »⁴³. Ainsi, comme énoncé à juste titre par G. Genicot, « il se conçoit aisément, par exemple, que ceux-ci aient eu, au cours des premières années de vie de l'enfant, des difficultés à "joindre les deux bouts", la naissance intervenant trop précocement pour eux ou dans une situation sociale ou matérielle précaire ; de même, il se peut que la mère (ou le père) subisse, en raison de la naissance, un revers professionnel (opportunité manquée, nécessité de réorienter une carrière dont les perspectives étaient dessinées en tenant compte de l'absence d'enfant, etc.) »⁴⁴. Très prosaïquement, les dépenses auxquelles les parents devront faire face ne seront pas non plus les mêmes selon qu'il s'agit de leur premier enfant ou du dernier d'une fratrie nombreuse, selon qu'ils possèdent déjà une spacieuse maison avec quatre chambres ou un petit appartement avec une chambre, etc.

La décision de la Cour de cassation nous paraît surtout regrettable en ce qu'elle réserve finalement la même solution à l'ensemble des postes de dommages, sans faire de distinction entre le dommage moral et matériel⁴⁵. Assez paradoxalement, la Cour de cassation rappelle pourtant expressément dans sa décision que si les préjudices sont distincts, un traitement différent peut leur être réservé⁴⁶. Nous déplorons dès lors qu'elle se soit contentée de faire la différence entre le préjudice subi *en cours de grossesse* et celui subi *après* la naissance sans détailler davantage la description du second...

En effet, il ne nous paraît pas choquant de refuser aux parents toute indemnisation pour un quelconque préjudice moral résultant de la « naissance » en tant que telle de leur enfant. À notre estime, il est raisonnable de considérer que les différentes facettes de celui-ci (angoisse de l'accouchement et souffrances y afférentes, fatigue consécutive, contraintes inhérentes à la venue d'un enfant...) seront inévitablement compensées par les joies et avantages de la parentalité⁴⁷. D'ailleurs, jamais une juridiction de fond belge n'a alloué le moindre dommage moral pour la naissance *en soi* d'un enfant, par opposition à l'allocation d'indemnités destinées à réparer les souffrances psycho-

logiques endurées par le fait de devoir subir une grossesse ou une nouvelle intervention (stérilisation ou IVG)⁴⁸.

En ce qui concerne le dommage matériel, en revanche, la position de la Cour de cassation est beaucoup plus critiquable. Selon la Cour, l'existence d'un dommage « suppose que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant », ce qui ne serait soi-disant pas le cas en l'espèce. Or, en termes strictement financiers, il nous paraît inconcevable de soutenir que la situation des parents est plus favorable après la naissance de leur enfant qu'avant la commission de l'acte illicite. S'il est parfaitement admissible de tenir compte des avantages matériels procurés par la venue au monde d'un enfant (réduction d'impôts, majoration de l'allocation familiale, primes à la construction...), il est utopique de croire que ceux-ci compenseront purement et simplement toutes les dépenses qui devront être exposées par les parents pour subvenir aux besoins de leur nouveau-né. L'enseignement de notre Cour suprême se heurte donc, à notre estime, à une réalité factuelle selon laquelle élever un enfant représente un coût certain.

11. En résumé. — En définitive, l'« attendu » de la Cour nous paraît manquer de nuances et être formulé de manière trop catégorique. Si la preuve de l'étendue précise du dommage n'est pas aisée à rapporter pour la victime, cette dernière devrait néanmoins encore avoir la chance de se prêter à l'exercice, sans se heurter d'emblée à ce qui peut être qualifié de pétition de principe. L'arrêt du 17 octobre 2016 de notre Cour suprême met certes un terme aux disparités existantes entre les différentes juridictions et permet ainsi une appréhension plus stable de la question. Mais il a pour conséquence la disparition quasi totale d'une indemnisation dans les actions en responsabilité puisant leur source dans la vie donnée à un enfant bien portant.

2 L'action en vie préjudiciable (*wrongful life claim*)

A. La recevabilité de l'action

12. Une action recevable au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire. — À titre préliminaire, il convient de souligner qu'indépendamment de son fondement, la recevabilité d'une action en naissance préjudiciable n'est *a priori* plus contestée⁴⁹. Conformément aux articles 17 et 18 du Code judiciaire, une action ne peut être introduite que si le demandeur a un intérêt né et actuel à la former. L'intérêt à agir peut être défini comme « tout avantage matériel ou moral, effectif, mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme »⁵⁰. Au terme d'une étude approfondie, R. Jafferali a défendu l'idée que le constat d'irrecevabilité pour intérêt illégitime devrait se limiter à l'hypothèse où l'objet de la demande tendrait au maintien d'une situation illicite. Dans la matière de la responsabilité civile où le demandeur se limite à réclamer des dommages et intérêts, cette situation ne serait en principe jamais rencontrée⁵¹.

(39) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, p. 668. Selon G. GENICOT, l'« idée qu'une naissance est forcément et dans tous les cas un événement heureux (...) procède d'un postulat dogmatique et passablement idéaliste » (G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », *op. cit.*, p. 310).

(40) F. KEFER, « La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice ? », *op. cit.*, p. 645.

(41) Voy. notamment Cass., 1^{re} ch., 17 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 374 ; Cass., 1^{re} ch., 16 avril 2015, *Pas.*, 2015, p. 961 ; Cass., 1^{re} ch., 27 mai 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15363.

(42) G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », *op. cit.*, p. 309.

(43) G. GENICOT, « L'indemnisation

de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *J.L.M.B.*, 2009, p. 1182.

(44) G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », *op. cit.*, p. 309.

(45) Pour une décision qui distingue, à bon droit selon nous, le dommage moral du dommage matériel, voy. Anvers, 8 septembre 2003, *N/W*, 2004, pp. 558-560.

(46) L'article 5.186 de l'avant-projet du nouveau Code civil consacre désormais expressément le principe de l'évaluation distincte des préjudices. Il dispose en son alinéa 1^{er} que « le juge évalue distinctement chacun des dommages dont il accorde réparation ». L'exposé des motifs y afférent, quant à lui, précise que cet article « oblige le juge à identifier chacun des postes de dommages dont il accorde réparation » (voy. avant-pro-

jet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (consulté le 23 mai 2018) ainsi que son exposé des motifs).

(47) En ce sens, voy. notamment Civ. Anvers, 8B ch. 23 avril 2009, *Rev. dr. Santé*, 2009-2010, p. 227, note S. PANIS.

(48) G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *op. cit.*, p. 1179.

(49) Et ce, bien que la Cour de cassation apporte une réponse fluctuante à la question de savoir si l'exigence d'un intérêt légitime constitue une condition de recevabilité de l'action

ou une condition de fond touchant à la notion même de dommage réparable (Voy. P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité », in J.-F. ROMAIN (coord.), *Droit des obligations - Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 32 et s.).

(50) G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 80.

(51) R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation. Une exigence... illégitime », *J.T.*, 2012, pp. 263-265. Dans le même sens, les auteurs de l'avant-projet de nouveau Code civil exposent que « la question de la recevabilité de l'action devrait, en effet, se limiter à un examen de l'objet même de la demande. Savoir si l'action a pour objet de maintenir ou de consolider une situation illicite relève de la recevabilité de l'action. L'examen de l'existence et de l'étendue du



Se prononçant plus spécifiquement sur la recevabilité d'une action en vie préjudiciable, la cour d'appel de Bruxelles a ainsi eu l'occasion de rappeler que l'intérêt à agir « ne se confond, ni avec le droit lui-même — d'ailleurs seulement prétendu — ni avec le préjudice — étant notamment observé que peut être perdu un procès que l'on avait intérêt à intenter » et que ce type d'actions ne sont pas de celles que « la loi interdirait de soumettre au juge »⁵². Elle ajoute que la recevabilité se distingue du fondement de l'action et qu'il ne peut être érigé en règle l'irrecevabilité de toute demande formée au nom de l'enfant mineur et décrite comme liée au fait d'un handicap à la naissance⁵³. Cet enseignement a d'ailleurs été réitéré dans une décision plus récente du tribunal de première instance francophone de Bruxelles selon laquelle « la recevabilité de l'action laisse entière la question de savoir si l'enfant établit l'existence d'un dommage en lien causal avec une faute du médecin », ce qui relève de l'examen du fond du litige, et non de la légitimité de l'intérêt à agir de l'enfant⁵⁴.

B. Le fondement de l'action

13. L'exigence de la réunion des trois conditions de la responsabilité civile. — Cette mise au point préalable étant faite, nous pouvons désormais passer à l'analyse du fondement des actions en vie préjudiciable. Conformément aux exigences de l'article 1382 du Code civil, le médecin ou l'établissement hospitalier ne seront bien entendu tenus pour responsables que si une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage sont démontrés⁵⁵. Il convient dès lors inévitablement de rapporter en premier lieu la preuve d'un manquement aux règles de l'art⁵⁶. L'analyse de cette condition ne présente toutefois aucune particularité propre aux actions en vie préjudiciable, raison pour laquelle nous ne nous y attarderons pas⁵⁷. Les réelles pierres d'achoppement de l'action sont en effet de deux autres ordres : d'une part, il convient de s'interroger sur la présence d'un lien de causalité face à un handicap congénital qui n'a matériellement pas été causé par la faute de dépistage⁵⁸ et, d'autre part, il faut se demander si le préjudice dont l'enfant se plaint constitue véritablement un préjudice réparable.

1. Le lien de causalité

a) L'exigence d'un lien causal certain

14. Un handicap résultant d'une cause naturelle antérieure. — Certains commentateurs⁵⁹ et juges⁶⁰ ont parfois refusé de faire droit à une action en vie préjudiciable au motif que le lien de causalité ferait dé-

faut. Nul ne conteste que le handicap n'a pas été matériellement causé par la faute du médecin, celui-ci résultant au premier chef d'un fait de la nature ; « la malformation, d'origine génétique ou congénitale, n'a pas été matériellement causée par la faute de dépistage et il n'aurait pas possible d'y remédier *in utero* ; (...) en aucun cas [l'enfant] n'aurait pu naître parfaitement valide »⁶¹. Mais cela n'implique pas que le lien causal ferait nécessairement défaut en l'espèce. Il importe de distinguer la causalité naturelle/scientifique de la causalité juridique⁶².

15. Le traitement de causes concurrentes par la théorie de l'équivalence des conditions. — En l'espèce, nous nous trouvons face à deux causes concurrentes : la première découlant de l'état naturel antérieur de la victime et la seconde résultant du manquement fautif du médecin à l'obligation d'information⁶³. Pour entraîner la responsabilité, la faute ne doit pas nécessairement être la cause efficiente du dommage et il n'est pas exigé que le dommage soit la conséquence directe de la faute⁶⁴. En application de la théorie de l'équivalence des conditions, toutes les fautes analysées comme des conditions *sine qua non* du dommage sont considérées comme étant en lien causal. Dès lors, il suffit que la faute ait contribué à le causer en manière telle qu'il n'ait pu survenir en son absence ; il suffit que le médecin ait omis d'exercer sur la chaîne causale l'influence qui aurait suffi à prévenir le dommage⁶⁵. Or, il n'est pas douteux que, sans la faute médicale, la mère de l'enfant, correctement informée, aurait certainement (ou probablement en cas de perte de chance) recouru à un avortement de sorte que l'enfant ne serait jamais venu au monde et, partant, aurait pu se voir épargner les coûts et les souffrances liées à une vie handicapée⁶⁶. La faute du médecin a donc rendu possible le dommage et en est bien une condition nécessaire⁶⁷ ; son absence aurait permis d'éviter le handicap, même si c'est au prix de l'absence d'existence de l'enfant⁶⁸. Autrement dit, « que l'une des causes du handicap soit génétique (ou "naturelle") n'est pas incompatible avec la faculté offerte à la liberté humaine de bousculer l'ordre de la nature »⁶⁹. Nier cette capacité d'intervention du médecin sur le cours naturel des choses et invoquer le défaut de lien causal ne nous semble tout simplement pas conforme à la théorie de l'équivalence des conditions, telle qu'en vigueur à l'heure actuelle en droit belge⁷⁰. Selon nous, ceux qui invoquent une absence de lien de causalité recourent en réalité à une conception trop étroite de la causalité, comprise en termes de causalité efficiente⁷¹.

16. L'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 2018⁷². — Récemment, la Cour de cassation a toutefois prononcé un arrêt pour le moins

dommage, relève, quant à lui, du fondement de la demande » (exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 140, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> [consulté le 23 mai 2018]).

(52) Bruxelles, 4^e ch., 25 mai 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14674/5.

(53) Ibidem.

(54) Civ. Bruxelles fr., 17^e ch., 24 novembre 2016, R.G.A.R., 2017, n° 15390.

(55) P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *La responsabilité médicale*, Bruxelles, Juridoc, 2003, p. 26.

(56) La caractérisation précise de la faute retenue dans le chef des praticiens est fonction des circonstances particulières de l'espèce (exemples : non-exécution d'un test de dépistage requis, interprétation erronée du test effectué, utilisation d'un produit de diagnostic défectueux, manque d'informations sur la fiabilité du résultat ou communication tardive de celui-ci...). La faute « technique » se double en outre d'un manquement au devoir d'information puisque le médecin assure aux parents que l'enfant à naître viendra au monde en parfaite santé et, de ce fait, empêche

la mère de prendre une décision éclairée quant à la nécessité de pratiquer une IVG.

(57) Pour davantage d'informations sur la concrétisation de la norme de diligence en matière médicale et sur une typologie des fautes retenues, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical* (2^e éd.), op. cit., pp. 385-470.

(58) Les actions en *wrongful life* ne doivent pas être confondues avec les *prenatal injury cases* où la faute du médecin cause la malformation du fœtus et donc le handicap de l'enfant né (G. HAARSCHER, « Le casse-tête de la *wrongful life* », R.G.A.R., 2017, n° 15384/1).

(59) J. SAINTE-ROSE, concl. précéd. Cass. fr. (ass. plén.), 28 novembre 2001, J.T., p. 897 ; J.-L. FAGNART, « To be or not to be ? », *Journ. Proc.*, 2000, n° 404, p. 22.

(60) Civ. Mons, 6 octobre 1993, inédit, R.G., n° 91637 cité dans R.O. DALCQ, « Problèmes actuels en matière de causalité », in *L'indemnisation du préjudice corporel*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1996, p. 205 ; Civ. Mons, 10 novembre 2010, inédit, R.G., n° 04/2521/A, cité par G. GENICOT, « Dommage moral en cas de naissance d'un enfant non désiré après l'échec d'une vasectomie », op. cit., p. 1099 – décision en appel : Mons, 12 octobre 2012, R.G.A.R., 2013, n° 14967/3,

note G. GENICOT.

(61) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., op. cit., p. 687.

(62) F. RIGAUX, « Du bon et du mauvais usage de l'alternative », note sous Cass. fr., 17 novembre 2000, *Rev. trim. D.H.*, 2001, p. 1262.

(63) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, p. 212.

(64) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., p. 498.

(65) Ibidem, p. 501.

(66) En doctrine, voy. R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, « 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. 123 ; A. HUYGENS, « *Wrongful-life-vordering overleef cassatietoets niet* », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 198. En jurisprudence, voy. Gand, 3 novembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 208 ; Liège, 24 juin 2002, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 242.

(67) C. H. SIEBURGH, « Schadevergoeding en leven : who is afraid of red, yellow and blue ? », *T.P.R.*, 2004, pp. 1578-1580.

(68) A. GOSSERIES, *Penser la justice entre les générations - De l'affaire Perruche à la réforme des retraites*, Paris, Aubier, 2004, p. 58.

(69) F. RIGAUX, op. cit., p. 1263.

(70) Cass., 15 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1054 ; Cass., 15 décembre 1992, *Bull.*, 1992, n° 795 ; Cass., 29 novembre 1995, *Bull.*, 1995, n° 516 ; Cass., 20 novembre 1996, *Arr. Cass.*, 1996, p. 552 ; Cass., 23 septembre 1997, *Bull.*, 1997, n° 364 ; Cass., 23 novembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 623 ; Cass., 23 février 2000, *Bull.*, 2000, n° 140 ; Cass., 21 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 107.

(71) Théorie qui invite à ne retenir comme seule cause du dommage que « celle qui a le plus puissamment contribué à sa réalisation » et « à écarter les simples conditions ou occasions du dommage ». Suivant cette théorie, c'est évidemment l'anomalie chromosomique qui est la cause prépondérante du dommage, la faute médicale constituant tout au plus une circonstance ayant favorisé la réalisation de ce dernier (E. MONTERO, « La naissance handicapée : un préjudice indemnisable ? », *Dossiers de l'Institut européen de bioéthique*, <http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/20051220-prejudice-etre-ne.pdf>, consulté le 15 janvier 2015, p. 5).

(72) Étonnamment, ni l'arrêt, ni les conclusions de l'avocat général ne sont publiés sur le site de la Cour (symptôme manifeste de son embarras ?).



interpellant sur la question du lien de causalité dans les actions en vie préjudiciable⁷³. Dans l'affaire soumise à la censure de la Cour, les parents avaient donné naissance à un enfant atteint de « spina bifida » (malformation grave du système neuro-central). Ils reprochent au médecin gynécologue de ne pas avoir diagnostiqué la pathologie lors des examens prénataux et forment une demande en réparation du dommage subi par eux-mêmes et par leur fils. La Cour est saisie du pourvoi interjeté à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Mons du 12 octobre 2012⁷⁴. Il s'agit de la seule décision belge rendue en degré d'appel qui ait conclu à l'absence de lien de causalité entre la faute du gynécologue et le dommage subi par l'enfant. En effet, retenant le « handicap » et non la « naissance handicapée » comme préjudice⁷⁵, la cour d'appel de Mons considère que « la faute médicale n'est pas la cause efficiente du dommage dans la mesure où la pathologie dont souffrait le fœtus est antérieure aux examens litigieux ». Elle ajoute encore que « la seule alternative pour [l'enfant] était de ne pas naître ou de naître handicapé » et que « le handicap de l'enfant est indissociable de sa survie et donc de sa naissance »⁷⁶. Dans son arrêt du 13 avril 2018, la Cour de cassation belge ne censure pas le raisonnement de la juridiction montoise. Reprenant *in extenso* les extraits de l'arrêt litigieux reproduits ci-avant (dont la référence explicite à la notion de causalité efficiente...), notre Cour suprême se contente d'affirmer péremptoirement que « l'arrêt, qui exclut que le handicap de l'enfant ait pour cause la faute du défendeur et que le fait pour cet enfant de vivre avec ce handicap constitue un dommage réparable, justifie légalement sa décision de débouter les demandeurs de la demande qu'ils ont formée pour leur fils ».

En statuant de la sorte, la Cour de cassation nous paraît ainsi recourir indirectement à la théorie de la causalité efficiente qui invite à faire un choix parmi des causes qui sont pourtant chacune des conditions nécessaires du dommage. Si on généralise son enseignement, cela reviendrait à exclure l'existence de tout lien causal dès lors qu'une cause naturelle est concomitante à une faute. Selon nous, un tel raisonnement va à rebours de sa jurisprudence constante en matière d'état antérieur selon laquelle l'auteur de l'acte fautif doit réparer toutes les conséquences dommageables de sa faute⁷⁷. La circonstance que l'état antérieur de la victime a contribué à causer le dommage n'exclut pas, pour l'auteur de l'acte illicite, l'obligation d'en réparer l'intégralité, sauf s'il s'agit de circonstances qui seraient de toutes manières survenues en l'absence de faute⁷⁸. Par ailleurs, comme le soulignait B. Dubuisson, « 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 »⁷⁹. Nous ne refusons pas pour autant de faire droit à de pareilles actions. Pourquoi devrait-il en être autrement pour les actions en vie préjudiciable ?

Dans ses conclusions précédant l'arrêt⁸⁰, l'avocat général P. De Koster élude purement et simplement la question du lien de causalité, se contentant de rappeler l'enseignement qu'il convient de tirer des précédents arrêts de la Cour de cassation sur la notion de dommage réparable et sur l'impossible comparaison à effectuer en l'espèce (*cf. infra* n°s 31 et s.). Il en profite néanmoins pour rappeler incidemment à la Cour que la doctrine avait salué qu'elle ait, dans ses arrêts antérieurs, centré l'analyse sur la notion-même de dommage et non sur l'absence de lien causal entre la faute de dépistage et le handicap, « sous peine d'esquiver l'enjeu véritable de ce douloureux contentieux »⁸¹.

En définitive, la Cour de cassation aurait pu, à notre sens, rester dans la continuité de sa jurisprudence antérieure (*cf. infra* n°s 31 et s.) en re-

jetant le moyen relatif à la notion de dommage réparable. Elle aurait en revanche dû casser l'arrêt montois quant à son application des règles causales au cas d'espèce. Ne pouvant toutefois se substituer au juge du fond dans l'appréciation souveraine que celui-ci a pu porter sur les faits de la cause, sa marge de manœuvre était plus limitée dès le moment où ce dernier se réfère au « handicap » en tant que tel et non au « préjudice résultant de la naissance avec un handicap » (*cf. infra* n°s 23-25) au niveau de la détermination du dommage.

b) L'absence de lien causal certain et la théorie de la perte de chance

17. La théorie de la perte de chance dans les actions en *wrongful life*.

— Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, pour pouvoir être admis par le juge, le lien de causalité doit présenter un caractère certain⁸². Il s'agit toutefois d'une certitude judiciaire et non absolue⁸³. Ainsi, sur le plan de la preuve, l'enfant doit établir « avec des chances raisonnables que, si [sa mère] avait été informée du handicap grave dont [il] serait atteint, elle aurait demandé l'interruption de grossesse »⁸⁴. Il n'est pas évident pour le juge d'affirmer cela avec certitude étant donné que cela revient à déterminer ce qu'une personne aurait décidé si elle s'était trouvée dans une autre situation⁸⁵. Face à cette incertitude causale, il convient de vérifier si la théorie de la perte d'une chance ne pourrait pas trouver à s'appliquer. Traditionnellement, la théorie de la perte d'une chance est largement reçue en droit de la responsabilité médicale où elle connaît justement son domaine d'élection dans l'hypothèse où la faute consiste en un manquement au devoir d'information pesant sur le médecin⁸⁶.

18. Les décisions ayant refusé d'appliquer la théorie de la perte d'une chance.

— Si le demandeur en justice parvient à établir que, si sa mère avait été correctement informée, elle aurait nécessairement recouru à une interruption volontaire de grossesse, il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de la perte d'une chance. En pareil cas, l'enfant devrait obtenir l'indemnisation pure et simple de toutes les conséquences dommageables⁸⁷. Pareille preuve peut être rapportée par le demandeur au moyen de présomptions, d'informations tirées du dossier médical, d'expertises, de témoignages... Ainsi, dans un arrêt du 21 septembre 2010⁸⁸, la cour d'appel de Bruxelles a estimé que, puisque l'examen avait été spécialement requis pour rechercher la maladie compte tenu d'antécédents familiaux spécifiques, puisque la mère était dans les conditions légales pour recourir à un avortement thérapeutique, et puisque cette maladie était d'une particulière gravité, il est certain que les époux auraient interrompu la grossesse s'ils avaient été correctement informés de la maladie dont leur enfant était porteur. Dans un arrêt du 6 octobre 1993⁸⁹, la juridiction montoise avait conclu à la même certitude en considérant, d'une part, la profession d'assistante sociale de la mère (qui la sensibilisait particulièrement aux difficultés rencontrées par les enfants handicapés et leur famille) et, d'autre part, le recours ultérieur à deux interruptions de grossesse. Enfin, dans un arrêt du 12 octobre 2012, la cour d'appel de Mons souligne que la détermination de la mère à subir une IVG si elle avait été informée de la pathologie dont souffrait le fœtus doit s'apprécier « par rapport à sa propre situation et à ses convictions et opinions personnelles ». La gravité du handicap ne constitue pas, à elle-seule, une présomption suffisante mais peut être conjuguée avec d'autres présomptions. D'après les circonstances de la cause, la cour a conclu à un lien causal certain, compte tenu, non seulement de la particulière gravité de l'affection, mais aussi du contenu de neuf attestations éma-

(73) Cass., 1^{re} ch., 13 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1074, note G. GENICOT.

(74) Mons, 6^e ch., 12 octobre 2012, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 172-176.

(75) G. GENICOT, « Handicap grave non décelé *in utero* : panorama des réponses jurisprudentielles », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 179 et 182.

(76) Mons, 6^e ch., 12 octobre 2012, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 175-176.

(77) Cass., 2 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 394 ; Cass., 14 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 630 ; Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 11.

(78) À ce propos en doctrine, voy.

notamment J.-L. Fagnart, « L'état antérieur revisité par la Cour de cassation », in *L'évaluation et la réparation du dommage - Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 69-86 ; I. LUTTE, « L'état antérieur de la victime : vraie question ou faux débat ? », in *Droit médical et dommage corporel - État des lieux et perspective*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 191-210 ; N. SIMAR et B. DEVOS, « Prédispositions pathologiques et état antérieur : une tempête dans un verre d'eau ? », *R.G.A.R.*, 2015, n° 15150.

(79) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être

ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 212.

(80) P. DE KOSTER (av. gén.), concl. précéd. Cass., 13 avril 2018 (C.13.0302.F.).

(81) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 694.

(82) R.O. DALCQ, *op. cit.*, p. 194.

(83) R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 123.

(84) R.O. DALCQ, *op. cit.*, p. 204.

(85) R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 128.

(86) La chance en question est « celle de prendre une décision en parfaite connaissance de cause, de se soustraire à une intervention risquée, ou comme en l'espèce de se sou-

mettre à une intervention qui n'est légalement possible que durant un certain délai » (G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *op. cit.*, pp. 1171).

(87) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 687.

(88) Bruxelles, 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n°s 14675/3 et 14675/4, note N. ESTIENNE.

(89) Civ. Mons, 6 octobre 1993, inédit, *R.G.*, n° 91637 (reproduit partiellement dans A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14722/4).



nant de parents et de proches qui confirmaient la volonté de la mère en ce sens⁹⁰.

19. Les décisions ayant accepté d'appliquer la théorie de la perte d'une chance. — En revanche, lorsqu'un doute considérable subsiste sur la question de savoir si, en l'absence du manquement à l'obligation d'information, la mère aurait recouru ou non à une interruption volontaire de grossesse, « le dommage qui se trouvera en lien causal avec la faute consistant en une information lacunaire sera, très précisément, la perte d'une chance d'avoir pu prendre une décision en toute connaissance de cause »⁹¹. Il convient alors d'évaluer l'importance de la chance perdue et, par conséquent, de faire des pronostics sur l'orientation probable du choix des parents s'ils avaient été correctement informés. À cet égard, leurs déclarations lors de l'examen médical et les circonstances propres à chaque cas d'espèce présenteront toute leur importance⁹². Le jugement du 21 avril 2004 du tribunal de première instance de Bruxelles est l'un des premiers jugements qui a explicitement mentionné la possibilité d'appliquer la théorie de la perte d'une chance aux actions en vie préjudiciable. Le juge a décidé que si la mère de l'enfant a été privée, par la faute des médecins, de la possibilité de recourir à un avortement, l'enfant a perdu par voie de conséquence, à tout le moins, « une chance de ne pas vivre gravement et incurablement handicapé »⁹³. Dans ses arrêts du 3 novembre 2011⁹⁴ et du 13 novembre 2014⁹⁵, la cour d'appel de Gand fait application de cette théorie tant en ce qui concerne le préjudice des parents que celui de l'enfant. Dans la première décision, la cour d'appel de Gand n'a pas pu conclure à une certitude judiciaire, bien que les parents faisaient grand cas de ce qu'il s'agissait de leur premier enfant, qu'ils étaient tous deux fort jeunes et qu'il s'agissait d'une grossesse spontanée de sorte que la mère n'aurait eu aucun problème à être à nouveau enceinte. Elle estime que ce sont plutôt des éléments qui interviennent dans l'évaluation de la perte de chance qu'elle évalue à 80 %. Dans la seconde décision, la chance perdue a, quant à elle, été évaluée à 50 %.

20. Une question qui reste fort controversée en doctrine... — L'application de la théorie de la perte de chance aux actions en vie préjudiciable ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. En France, M. Fabre-Magnan estime qu'il y a lieu d'« écarter l'utilisation de la notion de perte d'une chance en matière de responsabilité médicale » car « la chance est en effet un événement aléatoire, qui dépend du hasard et sur lequel il est possible de forger des statistiques, ce qui n'est pas le cas du point de savoir ce qu'aurait fait le patient s'il avait reçu l'information »⁹⁶. L'auteur s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation française du 2 octobre 1984 selon lequel « la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un événement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime »⁹⁷. En Belgique, il n'y a pas d'arrêt comparable émanant de notre Cour suprême mais cela n'empêche pas plusieurs auteurs doctrinaux belges d'aller dans le même sens qu'en France⁹⁸. Dans son arrêt du 12 octobre 2012, la cour d'appel de Mons, citant B. Dubuisson⁹⁹, a ainsi jugé que « la théorie de la perte d'une chance doit être écartée lorsqu'elle implique de me-

surer le degré de détermination d'une personne ou sa résolution à poser un acte déterminé », ce qui est bien le cas en l'espèce, et que, dans ce cas, « il s'agit d'appliquer la règle du tout ou rien »¹⁰⁰. En effet, la chance se définit comme un « événement aléatoire qui dépend du hasard »¹⁰¹. Or, la chance ici perdue n'est pas « statistiquement mesurable » et « ne se prête pas à un calcul de probabilités »¹⁰². Dès lors, selon que le lien causal entre la faute et le dommage est démontré de manière certaine ou non, le demandeur devrait pouvoir prétendre à une réparation intégrale ou, au contraire, devrait voir sa demande purement et simplement rejetée. De l'avis de G. Genicot, un tel raisonnement revient à oublier que « la réalisation d'une chance dépend toujours aussi de l'attitude de la victime ; elle n'est jamais purement aléatoire »¹⁰³. A. Gosseries, quant à lui, estime que, puisque l'enfant n'a pas son mot à dire dans la décision de la mère de recourir ou non à un avortement, il s'agit bien d'un élément aléatoire à son égard¹⁰⁴. Enfin, Y.-H. Leleu estime que la théorie de la perte d'une chance ne devrait pas trouver à s'appliquer compte tenu de la *ratio legis* de la loi dépenalisant l'avortement qui préfère une éthique « pro choice » à une éthique « pro life ». Il conviendrait dès lors de présupposer que la mère n'aurait pas exercé de droit de repentir et aurait effectivement fait procéder à une interruption de grossesse.¹⁰⁵

21. ...Mais qui paraît désormais tranchée par la Cour de cassation. — Si cette question reste donc fort controversée au sein de la doctrine, l'application de la théorie de la perte de chance aux actions en naissance et vie préjudiciables est cependant à ce jour expressément avalisée par notre Cour suprême. En effet, se penchant sur le premier moyen du pourvoi interjeté à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 13 novembre 2014¹⁰⁶, qui avait évalué la perte de chance d'éviter la naissance d'un enfant handicapé à 50 %, la Cour de cassation en profite pour rappeler expressément que « le juge peut accorder une indemnisation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage si cette perte de chance peut être imputée à une faute »¹⁰⁷. Déjà dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014, l'avocat général A. Van Ingelgem n'émettait aucune objection à l'utilisation de la théorie de la perte d'une chance dans le contexte des actions en vie préjudiciable, indiquant au contraire l'intérêt de son utilisation en cas d'incertitude quant à la décision de la mère¹⁰⁸.

22. La théorie de la perte d'une chance selon l'avant-projet de nouveau Code civil. — Le projet de nouveau Code civil, quant à lui, prévoit désormais une disposition spécifiquement consacrée à la perte d'une chance¹⁰⁹. Insérée dans la section relative au lien de causalité, la perte de chance ne serait désormais plus appréhendée comme un préjudice distinct. Pour les auteurs de l'avant-projet, « il a paru en effet à la fois plus clair et plus réaliste de consacrer par voie directe la possibilité pour la victime d'obtenir réparation du dommage en proportion de la probabilité que la faute ou le fait générateur de responsabilité ait été la cause du dommage sans passer par la création d'un préjudice spécifique et imaginaire »¹¹⁰. Dès lors, il s'agirait désormais plutôt d'une responsabilité proportionnelle correspondant à la proba-

(90) Mons, 6^e ch., 12 octobre 2012, R.G.A.R., 2013, n^o 14967/2 et n^o 14967/3, note G. GENICOT.

(91) G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *op. cit.*, p. 1172.

(92) G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », R.G.D.C., 2002, p. 84.

(93) Civ. Bruxelles, 72^e ch., 21 avril 2004, J.T., 2004, p. 720.

(94) Gand, 1^{er} ch., 3 novembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 208, note A. HUYGENS ; R.G.A.R., 2013, n^o 14943, note D. DE CALLATAÏ.

(95) Gand, 1^{er} ch., 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, pp. 109-113.

(96) M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 314. Dans le même sens, voy. F. CHABAS, « Responsabilité des mé-

decins en cas de naissance d'enfants handicapés : la Cour de cassation confirme sa jurisprudence », note sous Cass., 28 novembre 2001, J.C.P., 2002, p. 254.

(97) Cass. fr., 2 octobre 1984, *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 117, obs. J. HUET.

(98) Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, pp. 372-373 ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 147.

(99) B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », J.T., 2010, p. 750, n^o 13.

(100) Mons, 12 octobre 2012, R.G.A.R., 2013, n^o 14967/1 et n^o 14967/2, note G. GENICOT.

(101) J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, p. 147.

(102) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la

Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 213.

(103) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, p. 491.

(104) A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *op. cit.*, n^o 14722/4.

(105) Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », *op. cit.*, p. 284.

(106) Gand, 1^{er} ch., 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, pp. 109-113.

(107) Cass., 21 avril 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107.

(108) A. VAN INGELGEM (av. gén.), concl. précéd. Cass., 14 novembre 2014, R.W., 2014-2015, p. 1614.

(109) Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 5.168, intitulé « perte d'une chance », « si un fait générateur de responsabilité est une cause probable du dommage, alors que sans ce fait il y aurait eu une chance réelle que le

dommage ne se produise pas, elle a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait ». (avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> [consulté le 23 mai 2018]).

(110) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 8, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (consulté le 23 mai 2018).



bilité que le fait générateur de responsabilité ait causé le préjudice¹¹¹. L'exposé des motifs précise que ce nouvel article n'écarte toutefois pas « tous les problèmes pratiques pouvant se poser lors de l'application du test de la condition *sine qua non*, en particulier lorsque des facteurs psychologiques ont contribué à la survenance du dommage »¹¹².

2. Le dommage

a) L'identification du dommage dont la réparation est réclamée

23. Un préjudice constitué par la naissance, le handicap ou le fait d'être né handicapé. — D'emblée, il convient de préciser que le dommage dont il est demandé réparation n'est pas la *naissance* en tant que telle, même au motif que seule celle-ci serait en lien de causalité avec la faute, car la venue au monde ne peut bien évidemment pas être constitutive d'un préjudice¹¹³. Contrairement à ce qui fût clamé à de multiples reprises dans la doctrine¹¹⁴, personne ne se prévaut d'un « droit de ne pas vivre »¹¹⁵ ni ne se plaint d'un « préjudice de naissance »¹¹⁶. Pour la Cour de cassation française¹¹⁷, pour certains juges belges¹¹⁸ ainsi que pour certains commentateurs¹¹⁹, c'est le *handicap* comme tel qui est considéré comme la source du préjudice. La majorité des auteurs¹²⁰ et des juges¹²¹, quant à eux, estiment plutôt que le dommage dont il est demandé réparation est constitué par le fait d'être *né handicapé* et non par le handicap en tant que tel, auquel cas le lien de causalité ferait nécessairement défaut¹²².

24. Du lien causal au dommage. — Afin de contourner la difficulté liée à l'établissement du lien de causalité, les auteurs et les juges ont ainsi parfois procédé à une requalification de la nature du dommage (en « naissance » ou « fait d'être né handicapé ») pour faire en sorte que la faute médicale devienne bien une condition nécessaire à un tel dommage¹²³. Or, nous partageons l'avis de B. Dubuisson selon lequel déterminer le dommage au départ du raisonnement causal est très critiquable. En effet, le rôle de la causalité se restreint à « établir un trait d'union entre la faute et le préjudice » et ne vise pas à « déterminer la consistance du dommage ». Par conséquent, « avant de poser le raisonnement causal, il faut donc que le préjudice dont la victime demande réparation ait été identifié et dûment démontré »¹²⁴.

25. L'indemnisation des conséquences du handicap. — Appliquant cet enseignement et adhérant à la position d'une série d'auteurs favorables à une indemnisation de l'enfant dans le cadre d'une action en

vie préjudiciable¹²⁵, nous estimons dès lors que le dommage dont il est demandé réparation se limite aux conséquences, tant morales que matérielles, du handicap qui pèsera sur l'enfant pendant toute son existence¹²⁶. L'enfant est né handicapé et le restera durant toute sa vie¹²⁷. On ne peut nier que cela engendre une série de souffrances morales et de dépenses supplémentaires. Dans ses arrêts¹²⁸, notre Cour de cassation a d'ailleurs bien soupesé le choix des termes utilisés, en prenant soin de n'assimiler le dommage ni à la naissance en tant que telle, ni au handicap qui préexistait¹²⁹. Elle a préféré évoquer en 2014, « l'état d'existence handicapée d'une personne »¹³⁰ et en 2016, « l'existence d'une personne née avec un handicap »¹³¹.

b) Le dommage : une atteinte à un droit ou à un intérêt (stable et légitime)

26. L'absence de droit subjectif à naître ou à ne pas naître. — Certains commentateurs estiment qu'une réparation du préjudice subi par l'enfant né handicapé à titre personnel doit être exclue au motif qu'aucun droit subjectif n'est lésé¹³² (absence de droit de naître ou de ne pas naître)¹³³. Il est vrai qu'en l'espèce, l'embryon n'a certainement pas un droit subjectif à naître, auquel cas le droit à l'avortement deviendrait pour le moins difficile à justifier. De même, l'être humain n'a pas non plus un droit subjectif à ne pas naître¹³⁴ puisque l'existence d'un sujet juridique apte à invoquer un tel droit fait défaut¹³⁵. De la même manière, il n'existe pas non plus de « droit » de naître sans handicap¹³⁶. Le recours à l'IVG est, et doit rester, une « prérogative purement discrétionnaire de la femme de sorte qu'elle ne saurait être contrainte dans un sens ou dans un autre »¹³⁷. Par conséquent, nous ne partageons pas l'opinion des auteurs qui clament que la Cour de cassation française, dans son arrêt du 17 novembre 2000, avait consacré le droit de ne pas naître¹³⁸. « Être ou ne pas naître », telle n'est justement pas la question¹³⁹ ! La vie 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 »¹⁴⁰. Dans l'hypothèse qui nous concerne, le seul droit subjectif lésé par la faute médicale est le droit (ou la liberté) de la mère de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans les conditions prévues par la loi¹⁴¹.

27. La conception classique¹⁴² du dommage : la lésion d'un intérêt. — Cette absence de droit subjectif dans le chef de l'enfant ne fait toutefois nullement obstacle à l'action en réparation introduite en son nom. En ef-

(111) *Ibidem*, p. 114 : l'exposé des motifs précise que cette causalité proportionnelle « vise à atteindre le même résultat que la jurisprudence qui accepte de réparer la perte d'une chance, mais au moyen d'une autre technique juridique ».

(112) *Ibidem*, p. 115.

(113) G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 272.

(114) En ce sens, voy. J. SAINTE-ROSE, concl. précéd. Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1252 ; R. MACHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 124 ; F. TERRE, « Le prix de la vie », *J.C.P.*, 2000, pp. 2267-2268.

(115) D. MAZEAUD, « Réflexions sur un malentendu », note sous Cass. 17 novembre 2000, *D.*, 2001, p. 334.

(116) En ce sens, voy. notamment Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », *op. cit.*, p. 284 : « Ces concepts ne sont pas juridiques, mais des artefacts rhétoriques issus des débats autour de l'arrêt "Perruche" où ils furent utilisés pour mettre en doute la fiabilité juridique de l'argumentaire des victimes ».

(117) Cass. fr., ass. plén., 28 novembre 2001, *J.T.*, 2001, p. 897.

(118) Mons, 12 octobre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14967, note G. GENICOT.

(119) J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, se-

lon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *D.*, 2001, pp. 489-490 ; Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466/3 ; P. SARGOS, rapport avant Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 1229-1241.

(120) G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *op. cit.*, p. 91 ; R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 123 ; A. HUYGENS, « Late zwangerschap-safbeking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *op. cit.*, p. 228.

(121) Bruxelles, 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675/3, note N. ESTIENNE ; Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 717.

(122) N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal, Anthemis, 2013, p. 39.

(123) A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *op. cit.*, n° 14722/5.

(124) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 212.

(125) P. COPPENS, *op. cit.*, p. 90 ; D. DE CALLATAÏ, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », *op. cit.*, p. 101 ; B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du

14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternati-

ve illégitime », *op. cit.*, p. 218 ; M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *op. cit.*, p. 308 ; H.C.F. SCHOORDIJK, « *Wrongful life* mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief », *NT-BR*, 2001, p. 215.

(126) En ce sens en jurisprudence, voy. notamment Gand, 1^{re} ch., 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, pp. 112-113.

(127) P.-Y. GAUTIER, « Les distances du juge à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *J.C.P.*, 2001, p. 67.

(128) À l'exception de celui du 13 avril 2018 (*J.L.M.B.*, 2018, p. 1074) (*cf. supra* n° 16).

(129) G. GENICOT, « Handicap grave non décelé *in utero* : panorama des décisions jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 183.

(130) Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 193 (« de toestand van een gehandicapt bestaan van een persoon »).

(131) Cass., 17 octobre 2016, *R.G.* n° C.11.0062.F1, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 314.

(132) J. SAINTE-ROSE, « À propos de l'affaire *Perruche* », *Droits*, 2002, p. 144.

(133) En ce sens, voy. B. DELACROIX, « L'arrêt *Perruche* : le législateur français contre-attaque », *Journ. jur.*, 2002, p. 5 ; Orléans, 5 février 1999, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 80.

(134) C. H. SIEBURGH, *op. cit.*, p. 1577.

(135) M. FABRE-MAGNAN, « L'affaire

Perruche : pour une troisième voie », *Droits*, 2002, p. 121.

(136) K. SWERTS, « Franse wetgever mengt zich in debat rond *arrest-Perruche* », *Juristenkrant*, 10 avril 2002, p. 13 ; J. TER HEERDT, « "Wrongful life" en "Wrongful Birth", een "never ending story"... », *op. cit.*, p. 255.

(137) R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 125.

(138) O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Le Débat, Gallimard, 2002, 175 p.

(139) C. RADE, « Être ou ne pas naître, telle n'est pas la question ! Premières réflexions après l'arrêt *Perruche* », *Resp. civ. et ass.*, 2001, chr. n° 1.

(140) L. AYNES, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.*, 2001, p. 495.

(141) G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *op. cit.*, p. 91.

(142) La distinction entre la conception classique et moderne du dommage est reprise d'une étude sur la notion de dommage réparable de N. ESTIENNE (« Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in A. CATALDO et A. PÜTZ (coord.), *Trois conditions pour une responsabilité civile - Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 51 et s.).



fet, dans son acception traditionnelle¹⁴³, le dommage se définit simplement comme la perte d'un avantage quelconque ou l'atteinte à un intérêt pourvu que celui-ci soit stable et légitime¹⁴⁴. Dans des arrêts relativement récents rendus en matière de responsabilité extracontractuelle¹⁴⁵, il semble même que la Cour de cassation ait renoncé au critère de stabilité, auparavant repris dans la définition du dommage¹⁴⁶. En droit belge, l'existence d'un préjudice ne suppose donc pas nécessairement la lésion d'un droit subjectif ; la seule atteinte à un intérêt suffit¹⁴⁷.

28. L'absence d'intérêt juridiquement protégé par l'article 350 du Code pénal. — Dans les actions en vie préjudiciable, il est de l'avis de plusieurs auteurs¹⁴⁸ que l'enfant serait dépourvu d'intérêt à obtenir réparation du dommage qu'il subit à titre personnel au motif que la loi sur l'interruption volontaire de grossesse ne vise à protéger que l'intérêt de la femme mais non celui de l'enfant. Se prêtant à une analyse des intérêts protégés par la loi, le tribunal de première instance de Bruxelles, dans un jugement du 21 avril 2004, avait pourtant considéré que l'article 350 du Code pénal « confère à l'enfant à naître un intérêt à ne pas être placé dans la situation d'avoir à vivre avec un handicap très grave et incurable, intérêt dont, une fois né, il peut se prévaloir en vue de la réparation d'un dommage »¹⁴⁹. Suivant le même ordre d'idée, la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 21 septembre 2010, avait également considéré qu'en adoptant l'article 350 du Code pénal, le législateur « 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 celui de l'enfant à naître lui-même »¹⁵⁰.

À notre estime, l'intérêt de l'enfant ne peut être déduit des dispositions légales autorisant et encadrant l'avortement¹⁵¹. En effet, dans les travaux préparatoires¹⁵², il n'apparaît nulle part que le législateur visait l'intérêt de l'enfant à ne pas naître avec un handicap¹⁵³. Au contraire, il en ressort qu'il tenait surtout absolument à protéger l'autonomie de la femme¹⁵⁴. Or, si l'enfant à un intérêt propre à faire l'objet d'un avortement, cela risque d'entrer en conflit avec la liberté de la femme de recourir ou non à une interruption de grossesse¹⁵⁵. Bien que l'avocat général A. Van Ingelgem s'était déjà attardé sur cette question dans ses conclusions précédentes l'arrêt de principe du 14 novembre 2014¹⁵⁶, la Cour de cassation n'avait, à l'époque, pas saisi l'occasion pour trancher ce point du débat. C'est désormais chose faite depuis ses arrêts du 17 octobre 2016 et 13 avril 2018. S'attardant expressément sur la notion d'intérêt découlant de l'article 350 du Code pénal, elle énonce clairement que cette disposition « a pour seul objet de fixer les conditions auxquelles un avortement pratiqué sur une femme qui y a

consenti ne constitue pas une infraction mais n'implique pas l'existence pour l'enfant d'un intérêt à ne pas vivre avec un handicap grave »¹⁵⁷. Autrement dit, il ne peut plus être déduit de la disposition légale dépénalisant l'avortement que l'enfant à naître a un intérêt certain et légitime à faire l'objet d'un avortement thérapeutique¹⁵⁸.

29. Un intérêt certain et légitime à obtenir réparation des conséquences résultant de son handicap. — Faut-il nécessairement en déduire que l'enfant est dépourvu de tout intérêt à obtenir la réparation de son dommage¹⁵⁹ ? À la différence d'autres systèmes juridiques, notre droit de la responsabilité civile est particulièrement souple en ce qu'il n'énumère pas, de manière limitative, les intérêts dignes de protection¹⁶⁰. La théorie de la relativité aquilienne n'étant pas d'application en Belgique¹⁶¹, il n'est donc pas exigé qu'il soit question d'un intérêt protégé par la loi pour être habilité à obtenir réparation¹⁶². Or, au final, nul ne contestera que vivre avec un handicap coûte plus cher que vivre sans handicap¹⁶³. Sans que cet intérêt ne découle de la moindre disposition légale, nous pensons donc qu'il est juste de considérer que l'enfant a un intérêt certain à obtenir réparation de son préjudice personnel résultant du fait de devoir mener une existence affectée d'un handicap¹⁶⁴.

Quant à la légitimité de cet intérêt, celle-ci ne pose plus vraiment de difficultés dès le moment où le dommage renvoie uniquement aux conséquences résultant du handicap et non pas au fait même d'être né handicapé. Dans cette conception, ni le caractère sacré de la vie, ni la dignité humaine ou encore la dignité des autres personnes handicapées ne sont remis en doute... Le droit de la responsabilité indemnise depuis toujours le handicap lorsque celui-ci résulte directement de la faute d'un tiers sans que cela ne suscite la moindre indignation en ce sens¹⁶⁵.

c. Vers une redéfinition de la notion de dommage réparable : le principe de la différence négative

30. Le glas des actions en vie préjudiciable en droit belge. — Au vu des développements qui précèdent, nous sommes donc, à l'instar d'autres auteurs¹⁶⁶, fermes partisans d'une reconnaissance des actions en vie préjudiciable. Malheureusement, la Cour de cassation belge, quant à elle, a préféré prendre le contrepied. Par son arrêt de principe du 14 novembre 2014, dont l'enseignement fut réitéré à l'occasion de plusieurs arrêts successifs, notre Cour suprême rejette purement et simplement l'action en *wrongful life* en droit belge. Ses arrêts sont d'autant plus surprenants qu'ils sont intervenus dans un contexte jurisprudentiel très majoritairement¹⁶⁷ favorable à l'indemnisation de l'enfant¹⁶⁸.

(143) R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, Les Nouvelles - Droit civil*, t. V, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 283 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Anvers-Bruxelles, Kluwer-CED, Samsom, 1984, p. 25, n° 17 ; R. PIRSON et A. DE VILLE, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1935, n° 184 ; J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS et Y. MALLENS, *Schade en schadeloostelling*, Partie 1, 2^e éd., 1984, Gand, Story-Scientia, 1984, p. 18, n° 13 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1500.

(144) Cass., 28 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 261 ; Cass., 26 septembre 1949, *Pas.*, 1950, I, p. 19 ; Cass., 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 950 ; Cass., 17 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 999 (références reprises dans Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 717).

(145) Cass., 6 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1430 ; Cass., 27 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1502 ; R.G.A.R., 2014, n° 15075.

(146) N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », *op. cit.*, p. 53.

(147) Insistant sur ce point, voy. B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 215.

(148) G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *op. cit.*, p. 95 ; R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 125 ; J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel : symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 95.

(149) Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716. Dans le même sens, voy. Civ. Hasselt, 16 octobre 2006, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 51.

(150) Bruxelles, 21 septembre 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 183 ; R.G.A.R., 2010, n° 14675/4.

(151) Dans le même sens, voy. G. GENICOT, « Handicap grave non décelé *in utero* : panorama des réponses jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 183 ; A. HUYGENS, « *Wrongful-life*-vordering overleef cassatiotoets niet », *op. cit.*, pp. 200-201.

(152) Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même Code, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. du 19 avril 1988, n° 247/1.

(153) A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *op. cit.*, p. 228.

(154) T. VANSWEEVELT et

F. DEWALLENS, *op. cit.*, p. 1402.

(155) M. DILLEN et F. DEWALLENS, *op. cit.*, p. 194.

(156) Av. gén. A. VAN INGELGEM, concl. préc. Cass., 14 novembre 2014, *R.W.*, 2014-2015, pp. 1613-1614 selon lesquelles l'enfant ne peut tirer aucun intérêt légitime des dispositions légales relatives à l'interruption de grossesse.

(157) Cass., 3^e ch., 17 octobre 2016, R.G., n° C.11.0062.F, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1074, note G. GENICOT ; R.G.A.R., 2017, n° 15388, note G. HAARSCHER ; Cass., 1^{re} ch., 13 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1076.

(158) M. REGOUT, M. TIMPERMAN, A. MEULDER et F. PARREIN, *Cour de cassation de Belgique - Rapport annuel 2016*, p. 38 (<https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/rapportannuel2016.pdf>).

(159) En ce sens, voy. G. GENICOT, « Nouvelle confirmation du rejet de l'action en *wrongful life* », *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 317.

(160) H. BOCKEN, I. BOONE et M. KRUIITHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Bruges, die Keure, 2014, p. 51.

(161) Voy. notamment Cass., 28 avril 1972, *Pas.*, I, p. 797. Selon cette théorie, « l'action en réparation n'appartient qu'à la personne que la règle [de droit] protège et ne s'étend qu'aux dommages contre lesquels la règle offre sa protection »

(J. LIMPENS, « La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé », in *Mélanges René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 560).

(162) M. DILLEN et F. DEWALLENS, « *Wrongful life made in Belgium* : geboren worden kan uw gezondheid schaden », note sous Bruxelles, 21 septembre 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 194.

(163) C. H. SIEBURGH, *op. cit.*, p. 1580.

(164) J.-M. PIRET, « *Wrongful life* en de zaak *Rukiyé* - Heeft een genetisch zwaar beschadigde foetus een in rechte beschermd belang bij zijn eigen abortus ? », *Nj/W*, 2011, p. 360.

(165) Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », *op. cit.*, n° 13466/3.

(166) Parmi les auteurs qui encouragent l'indemnisation de l'enfant dans le cadre de l'action en vie préjudiciable, nous pouvons identifier P. Coppens, R.O. Dalcq, B. Dubuisson, E. De Kezel, E. Dirix, Y.-H. Leleu et J.-M. Piret. Parmi les auteurs qui refusent de faire droit à l'action en vie préjudiciable, nous pouvons identifier J. Dalcq, V. Dessales, F. Dewallens, J.-L. Fagnart, G. Genicot, A. Gosseries, A. Huygens, R. Kruiithof, E. Montero, K. Swerts, J. Ter Heerdt et T. Vanswevelt.

(167) Seule une cour d'appel a rejeté l'action de l'enfant : voy. Mons,



i) *Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de cassation*
— *L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014*¹⁶⁹

31. L'attendu de principe : l'impossible comparaison. — Dans son arrêt du 14 novembre 2014, rendu en audience plénière plus de quatre ans après l'introduction du premier pourvoi en la matière, la Cour de cassation belge, contrairement à son homologue française¹⁷⁰, a décidé que le dommage subi par l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic anténatal ayant empêché la mère d'exercer son choix de recourir à un avortement thérapeutique ne constitue pas un dommage réparable. En effet, selon son attendu de principe, « il n'existe pas de dommage réparable, au sens des [articles 1382 et 1383 du Code civil], lorsque la comparaison doit être faite entre l'état d'existence handicapée d'une personne et sa non-existence »¹⁷¹. Une des conditions requises pour mener avec succès une action en responsabilité faisant défaut, toute indemnisation de l'enfant doit dès lors être écartée.

32. La conception dite « moderne » du dommage. — Notre Cour suprême semble ainsi s'être appuyée sur la conception dite « moderne »¹⁷² du dommage pour rendre sa décision. Selon cette conception, le dommage se définit comme « l'ensemble de différences négatives existant entre la situation de la victime après l'accident et celle dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de cet accident »¹⁷³; il y a dommage si l'état de la victime après l'acte litigieux est moins avantageux que l'état hypothétique dans lequel elle aurait dû se trouver si cet acte ne s'était pas produit¹⁷⁴. Alors que ce principe dit de « différence négative » ne suscite pas de difficulté particulière dans le cadre d'une action en naissance préjudiciable, elle est beaucoup plus problématique dans le cadre d'une action en vie préjudiciable. En effet, l'erreur médicale est une condition nécessaire à l'existence même de l'enfant et le handicap est indissociable de la naissance¹⁷⁵; « si la faute du médecin n'avait pas été commise et si la mère avait pris la décision d'avorter, l'enfant ne serait tout simplement pas né »¹⁷⁶. La conception moderne du dommage implique donc, dans le cadre de l'action en vie préjudiciable, de comparer l'état actuel de personne handicapée avec la non-existence. Recourant également à la définition du dommage sous la forme d'une comparaison, de nombreux auteurs¹⁷⁷ avaient déjà soulevé de longue date cet obstacle majeur à une reconnaissance de l'action de l'enfant.

— *L'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 2016*

33. Un arrêt passé inaperçu. — Cette solution fut répétée par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 avril 2016¹⁷⁸, qui passa relativement

inaperçu au sein de la doctrine¹⁷⁹, à la suite d'un pourvoi interjeté contre un arrêt de la cour d'appel de Gand du 13 novembre 2014¹⁸⁰. Dans cette affaire, un gynécologue procède à la stérilisation d'une femme handicapée mentale au moyen d'une technique présentant des risques d'échec plus importants que la moyenne, et ce, sans attirer l'attention de la patiente sur ce point. Celle-ci échoue et la mère donne alors naissance à un enfant handicapé mental et moteur¹⁸¹. Si le bien-fondé de l'action intentée au nom des parents ne fut pas remis en cause devant la Cour de cassation, il a en revanche à nouveau été décidé que le dommage de l'enfant lui-même (dommage moral et dépenses supplémentaires qui sont la conséquence de son handicap) ne pouvait être indemnisé en raison de l'impossibilité de comparer l'existence d'une personne née avec un handicap et sa non-existence¹⁸².

— *L'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2016*¹⁸³ (C.11.0062.F)

34. Antécédents et faits de la cause. — L'enseignement des deux arrêts précédents fut encore réitéré à l'occasion du pourvoi introduit contre l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 21 septembre 2010 et ayant donné lieu à un arrêt du 17 octobre 2016¹⁸⁴. En l'espèce, l'enfant était porteur de la maladie de Sanfilippo. En raison d'un vice du produit ayant faussé le diagnostic anténatal, les parents n'ont pas été informés de la maladie dont était porteur leur enfant et la grossesse a donc été menée jusqu'à son terme. La maman soutient que, si elle avait eu connaissance du diagnostic correct en temps voulu, elle aurait recouru à une interruption volontaire de grossesse et l'enfant ne serait jamais né avec le handicap qui est le sien. Statuant sur la réclamation introduite par les parents en leur qualité d'ayants droit de leur fille handicapée, la cour d'appel de Bruxelles avait jugé « qu'un dommage peut être indemnisé même s'il ne consiste pas en la perte d'un acquis ou en la dégradation d'un état antérieur; qu'il peut aussi consister, comme en l'espèce, en la lésion d'un intérêt légitime »¹⁸⁵. Dans son pourvoi, la partie demanderesse en cassation reproche au juge d'appel d'avoir retenu l'existence d'un dommage en relation causale avec la faute sans avoir constaté, au préalable, une réelle perte pour l'enfant par rapport à sa situation antérieure. Or, selon le grief formulé par cette dernière, il ne peut exister de dommage que lorsque le fait générateur de la responsabilité place la victime dans une situation moins favorable que celle dans laquelle elle se trouvait avant la commission de la faute.

35. Raisonnement de la Cour. — Dans son dispositif, la Cour de cassation commence par confirmer que le dommage consiste bien en « l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime ». Elle poursuit toutefois en considérant que cela suppose nécessairement

12 octobre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14967.

(168) Gand, 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, pp. 109-113; Gand, 3 novembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 205-211; Bruxelles, 21 septembre 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 183; Bruxelles, 25 mai 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14674; Liège, 24 juin 2002, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 242; Civ. Courtrai, 18 février 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 198; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14654; Civ. Hasselt, 16 octobre 2006, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 49; Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716; Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 483-484.

(169) Pour les commentaires doctrinaux consécutifs à cet arrêt, voy. B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, pp. 209-219; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », *op. cit.*, pp. 269-278; G. GENICOT, « Handicap grave non décelé *in utero* : panorama des réponses jurisprudentielles », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 177-185; A. HUYGENS, « *Wrongful-life*-vordering overleef cassatietoets niet », *op. cit.*, pp. 195-201; Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour

exonérer ? », *op. cit.*, pp. 278-285; I. SAMOY, « Cassatie verwerpt vraag om schadevergoeding voor geboorte », *Juristenkrant*, 3 décembre 2014, n° 299; N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor *wrongful life* », *R.W.*, 2014-2015, pp. 1617-1622.

(170) Cass. fr., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, 2000, II, n° 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapport P. Sargos, note F. CHABAS; *D.*, 2001, p. 332, notes D. MAZEAUD et P. JOURDAIN; *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 103, note J. HAUSER; *Journ. proc.*, 2000, n° 404, p. 8, notes R.O. DALCQ et J.-L. FAGNART; *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1221, note F. RIGAUX (arrêt *Per-ruche*).

(171) Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 268.

(172) N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », *op. cit.*, p. 53.

(173) L. CORNELIS et Y. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traitée théorique et pratique*, titre I, dossier 10, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 5.

(174) D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, partie II, *Schade en schadeloosstelling*, Anvers, Story-Scientia, 1999, pp. 14-15; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, I, Gand, Story-Scientia, 1984, p. 59, n° 5.

(175) Voy. av. gén. A. VAN INGELGEM,

concl. précéd. Cass., 14 novembre 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1615.

(176) G. HAARSCHER, « Le casse-tête de la *wrongful life* », *op. cit.*, n° 15384/1.

(177) Voy. entre autres : E. DE KEZEL, *op. cit.*, pp. 549-550; S. DE MEUTER, *op. cit.*, p. 65; M. DILLEN et F. DEWALLENS, *op. cit.*, p. 194; A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *op. cit.*, n° 14722/6; A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *op. cit.*, p. 226; R. KRUIHOF, *op. cit.*, col. 2754; J. PIRET, *op. cit.*, p. 357; J. TER HEERDT, « *Wrongful life* en *Wrongful birth* », een *never ending story*... », *op. cit.*, p. 255; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *op. cit.*, p. 1401.

(178) Cass., 1^{re} ch., 21 avril 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107.

(179) Le seul auteur à en faire état est G. GENICOT (« Nouvelle confirmation du rejet de l'action en *wrongful life* », *op. cit.*, p. 316). Voy. également X, « Les conséquences d'une stérilisation ratée chez une handicapée mentale », note sous Gand, 1^{re} ch., 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, pp. 113-114.

(180) Gand, 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, pp. 109-113. La cour d'appel de Gand n'a pas pu tenir compte de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014

puisque le prononcé de la décision date d'un jour avant...

(181) À l'analyse des faits de la cause, nous pouvons remarquer que cette affaire se situe vraiment aux confins des actions en grossesse et vie préjudiciables puisque, d'un côté, il s'agit d'une grossesse non voulue à la suite d'un échec de stérilisation (faute typique des actions en grossesse préjudiciable) et, de l'autre côté, ce manquement a donné naissance à un enfant handicapé qui se prévaut de son propre préjudice (dommage typique des actions en vie préjudiciable).

(182) Cass., 1^{re} ch., 21 avril 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 108. (183) Pour les commentaires doctrinaux consécutifs à cet arrêt, voy. G. GENICOT, « Nouvelle confirmation du rejet de l'action en *wrongful life* », *op. cit.*, pp. 316-317 et G. HAARSCHER, « Le casse-tête de la *wrongful life* », *op. cit.*, n° 15384.

(184) Cass., 3^e ch., 17 octobre 2016, *R.G.*, n° C.11.0062.F, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15388, note G. HAARSCHER; *R.W.*, 2017-2018 (somm.), p. 1217; *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 311, note G. GENICOT; *J.L.M.B.*, 2018, p. 1074.

(185) Bruxelles, 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675/4.



« que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant » et qu'« il ne peut [donc] exister de dommage lorsque les termes de la comparaison entre ces deux situations consistent, d'une part, en l'existence d'une personne née avec un handicap, d'autre part, en sa non-existence ». En statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel de Bruxelles aurait, par conséquent, méconnu la notion légale de dommage.

— L'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 2018

36. Le dernier arrêt en date. — Dans la lignée des arrêts précédents, la Cour de cassation a, en date du 13 avril 2018¹⁸⁶, encore fermement confirmé sa jurisprudence désormais bien établie. Cet arrêt a été rendu à la suite du pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 12 octobre 2012¹⁸⁷. Pour rappel, il s'agit, à notre connaissance, de la seule décision jurisprudentielle belge, rendue en degré d'appel, qui ne fit pas droit à une action en *wrongful life*. Dans cette affaire, la juridiction montoise avait débouté l'enfant (agissant par l'intermédiaire de ses représentants légaux) de sa demande en réparation en se limitant à l'examen du lien de causalité (cf *supra* n° 16). Dans des considérations surabondantes sur le dommage, elle ajoutait cependant, citant J.-L. Fagnart¹⁸⁸, que « la réparation du dommage (même par équivalent) est destinée à permettre à la victime de se retrouver dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise, situation caractérisée, en l'espèce, par l'absence de vie »¹⁸⁹. Les demandeurs en cassation invoquent dès lors comme grief parmi d'autres qu'« il n'est pas requis que le dommage consiste en la perte d'un acquis ou en la dégradation d'un état antérieur », celui-ci consistant simplement en la « lésion d'un intérêt légitime, né et actuel ». Ils ajoutent, sur le plan de la réparation du préjudice, que « l'allocation de dommages et intérêts, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, n'a en l'espèce pas pour fonction de remettre l'enfant né handicapé dans l'état qui était le sien avant l'acte fautif mais vise à atténuer les conséquences de cet état préjudiciable, consécutif à la faute et en lien causal avec celle-ci ». La Cour de cassation rejette néanmoins le pourvoi. En réponse, elle répète que le dommage suppose nécessairement que « la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant » pour terminer avec le même attendu laconique que précédemment selon lequel « il ne peut exister de dommage lorsque les termes de la comparaison entre ces deux situations consistent, d'une part, en l'existence d'une personne née avec un handicap, d'autre part, en sa non-existence ».

ii) Une restriction de la notion de dommage réparable

— L'introduction d'un nouveau principe limitatif

37. La « différence négative » : condition de réparabilité du dommage. — Depuis longtemps, la Cour de cassation affirme que la réparation intégrale du dommage vise en principe à remettre la personne lésée, autant que possible — mais le plus souvent par équivalent — dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise¹⁹⁰. Si ce principe était confirmé à intervalles réguliers, la Cour de cassation ne semblait toutefois pas en faire une « condition de réparabilité » du dommage, mais tout au plus un « balisage de la mesure de réparation »¹⁹¹. Désormais, elle semble au

contraire introduire un principe limitatif selon lequel il n'y a pas de dommage réparable s'il n'est pas possible de replacer la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée en l'absence de fait dommageable¹⁹². Or, comme dans les actions en vie préjudiciable cela revient à comparer l'existence avec un handicap au néant, le préjudice subi par l'enfant ne peut être réparé. Comme le souligne G. Genicot, elle semble ainsi élever « la possibilité d'une comparaison entre l'état de la victime après l'acte litigieux et l'état hypothétique dans lequel elle aurait dû se trouver si cet acte ne s'était pas produit au rang de principe général du droit de la réparation du préjudice, à mobiliser non seulement pour fixer le *quantum* de celui-ci mais aussi pour distinguer les dommages réparables et ceux qui ne le sont pas »¹⁹³.

— Une confusion entre l'existence et les contours du dommage

38. Un raisonnement qui prête le flanc à la critique. — L'article 1382 du Code civil ne définit pas ce qu'est le dommage mais, dans sa conception classique, ce dernier consiste normalement tout simplement en une atteinte à un intérêt, de caractère patrimonial ou moral¹⁹⁴. En principe, en droit belge, sont donc indemnisés tous les dommages dus à un fait générateur de responsabilité, pourvu qu'ils soient dûment démontrés par la personne lésée¹⁹⁵. Ainsi, dans un jugement du 21 avril 2004, le tribunal civil de Bruxelles avait jugé que « la circonstance que des dommages et intérêts ne permettraient pas de remettre l'enfant dans l'état de non-existence qui eût été ainsi le sien, n'est pas (...) relevante »¹⁹⁶. De même, dans son arrêt du 21 septembre 2010, la cour d'appel de Bruxelles avait considéré qu'un dommage peut être indemnisé « même s'il ne consiste pas en la perte d'un acquis ou en la dégradation d'un état antérieur », la simple lésion d'un intérêt légitime étant suffisante pour donner lieu à réparation¹⁹⁷. C'était aussi la direction prise au nord du pays puisque la cour d'appel de Gand, dans son arrêt du 3 novembre 2011 avait également estimé que « le fait qu'une comparaison doit être réalisée avec une situation de non-existence n'empêche pas que le dommage moral dans le chef de l'enfant ainsi que les dépenses engendrées par son handicap forment un dommage réparable »¹⁹⁸.

Puisqu'une atteinte à un intérêt est donc normalement suffisante à elle-seule¹⁹⁹, nous pouvons nous demander si le raisonnement de notre Cour suprême ne procède pas en réalité d'une confusion entre l'existence-même du dommage et la méthode classique d'établissement des contours de ce dernier²⁰⁰. En effet, il convient de noter que les auteurs à l'appui de cette conception moderne du dommage adoptent généralement une approche plus nuancée. Ainsi J. Ronse distingue ce qu'est le dommage de la manière dont il est établi et précise que cette approche comparative ne devrait être réservée qu'à l'évaluation des dommages patrimoniaux, à l'exclusion des dommages extrapatrimoniaux²⁰¹. C. Sieburgh, quant à lui, souligne bien que cette méthode de comparaison, utilisée pour la détermination du dommage, constitue seulement un moyen mais non une fin en soi²⁰². Enfin, Y.-H. Leleu rappelle que les dommages et intérêts n'ont pas toujours pour fonction de replacer exactement la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise mais parfois seulement de diminuer ou d'atténuer les conséquences de son état²⁰³. Il suffit par exemple de se référer à la réparation des dommages moraux qui fait souvent davantage office de consolation que de véri-

(186) Cass., 1^{re} ch., 13 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1076, note G. GENICOT.

(187) Mons, 6^e ch., 12 octobre 2012, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 172-176.

(188) J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », *op. cit.*, p. 95.

(189) Mons, 6^e ch., 12 octobre 2012, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 176.

(190) Cass., 18 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14880 ; Cass., 13 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1167 ; Cass., 9 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 765 ; Cass., 13 avril 1995, *J.T.*, 1995, p. 649 ; Cass., 23 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1406 ; Cass., 15 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 878.

(191) G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », *op. cit.*, p. 274.

(192) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la

Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 213.

(193) G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », *op. cit.*, p. 274.

(194) En ce sens, voy. Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 ; I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extra-contractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 56-57. *Contra* L. CORNELIS et I. VUILLARD, *op. cit.*, p. 4, n° 3 pour qui une telle définition est dépourvue de signification réelle et donc d'utilité.

(195) Le dommage dont la réparation est sollicitée doit bien entendu au préalable rencontrer les caractéristiques suivantes : il doit être person-

nel, consister en la lésion d'un droit ou d'un intérêt légitime et être certain.

(196) Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716 et p. 718.

(197) Bruxelles, 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675, note N. ESTIENNE (cassé par Cass., 3^e ch., 17 octobre 2016, *R.G.*, n° C.11.0062.F, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 311).

(198) Gand, 3 novembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 205-211, note A. HUYGENS ; *R.G.A.R.*, 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAÏ (casé par Cass., 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 221) (traduction libre).

(199) Dans sa thèse de doctorat, C. CALFAYAN, auteur français, soutient que le dommage ou préjudice ne se définit pas seulement comme une « perte à indemniser » mais aussi comme une « atteinte à sanctionner » (C. CALFAYAN, *Essai sur*

la notion de préjudice, Thèse Paris I, 2007).

(200) I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », *op. cit.*, p. 58. En ce sens, voy. également N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », *op. cit.*, p. 54.

(201) J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Bruxelles, Larcier, 1954, p. 114, n° 130 et p. 372, n° 564.

(202) C. H. SIEBURGH, *op. cit.*, p. 1581.

(203) Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », *op. cit.*, n° 13466/3. Dans le même sens, voy. A. HUYGENS, « Late zwangerschap-safbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *op. cit.*, p. 226.



table restauration²⁰⁴. Selon B. Dubuisson, ce nouveau « filtre » qui restreint les dommages réparables se concilie « très difficilement avec un système juridique fondé sur la réparation intégrale de tous les préjudices pourvu qu'ils soient établis »²⁰⁵.

— Des conséquences inattendues

39. L'écartement de dommages indemnisés à l'heure actuelle. — À l'heure actuelle, le principe limitatif consacré par la Cour de cassation voit son application limitée à la problématique de la vie préjudiciable. Mais s'il renvoie bien à une condition d'existence du dommage, il devrait en principe pouvoir faire l'objet d'un usage généralisé. Or, une large mise en œuvre de la théorie de la différence négative pourrait avoir comme conséquence que certains types de dommages, qui étaient jusqu'ici indemnisés, ne pourraient désormais plus être considérés comme des dommages réparables²⁰⁶. Dans une étude antérieure, I. Durant avait déjà profité de l'occasion pour identifier quelques conséquences potentielles inattendues d'une telle définition. Cette conception restrictive de la notion de dommage obligerait notamment à écarter toute réparation basée sur la théorie de la perte d'une chance puisque, par définition, la situation qui aurait été celle de la victime en l'absence du fait dommageable est incertaine²⁰⁷. Cela conduirait aussi à refuser d'indemniser l'enfant né d'une relation incestueuse ou d'un viol puisque, à l'instar de l'action en vie préjudiciable, l'enfant ne serait tout simplement pas né en l'absence de faute²⁰⁸... Comme l'écrit P.A. Foriers, « Dégager (...) des règles qui ont vocation à être générales n'est pas sans risque. Il se peut, en effet, qu'à l'expérience, ce qui paraissait heureux dans le contexte des cas litigieux à l'occasion duquel le principe a été dégagé s'avère moins heureux dans d'autres circonstances »²⁰⁹.

iii) La définition du dommage dans l'avant-projet de nouveau Code civil

40. Le dommage dans la réforme actuelle du droit de la responsabilité civile. — Cette acception restrictive de la notion de dommage, qui paraît peu compatible avec la philosophie à l'origine de l'article 1382 du Code civil²¹⁰, n'est pas reprise dans le cadre de la réforme actuelle du droit des obligations. La dernière version de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil consacre désormais une section entière à la notion de dommage. Au sein de celle-ci, l'article 5.171, premier alinéa, dispose qu'un dommage est réparable dès lors qu'il « résulte d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé »²¹¹. La lecture de l'exposé des motifs y afférent²¹² permet de mieux cerner la portée de cette nouvelle disposition légale. D'emblée, les auteurs précisent que « contrairement à ce qui pourrait paraître à première lecture, il ne faut pas voir dans cette expression un bouleversement de l'état actuel du droit (...) »²¹³. Ainsi, l'enseignement de la Cour de cassation, selon lequel « l'article 1382 du Code civil ne subordonne pas à l'existence d'un fait muni d'une action en justice l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite »²¹⁴, vaut toujours. Cet alinéa « ne signifie nullement que l'on reviendrait à l'idée autrefois défendue selon la-

quelle le dommage suppose la violation d'un droit (à moins bien entendu d'appeler "droit", l'intérêt protégé) voire d'un droit subjectif »²¹⁵. L'intérêt juridiquement protégé doit être compris « comme un intérêt reconnu et protégé par le droit ». Les intérêts qui méritent protection ne seront pas pour autant énumérés limitativement dans le futur Code civil ; « il appartient en définitive au juge de déterminer si l'atteinte en question est protégée par le droit ». Il ressort de l'exposé des motifs qu'« il en va ainsi certainement des atteintes aux droits subjectifs, aux droits fondamentaux et libertés mais aussi, selon les circonstances des atteintes à de simples intérêts »²¹⁶. L'exposé des motifs de l'avant-projet va même plus loin en ajoutant que « l'article 5.171, alinéa 1^{er}, n'affirme pas que le dommage consiste dans une atteinte à un intérêt juridiquement protégé mais qu'il résulte de l'atteinte à un intérêt protégé »²¹⁷. Le dommage se comprend donc comme « les répercussions patrimoniales ou extrapatrimoniales de l'atteinte »²¹⁸.

Concernant précisément l'action en vie préjudiciable, les auteurs de l'avant-projet de nouveau Code civil se sont contentés de rappeler la jurisprudence de la Cour de cassation sur le sujet, tout en précisant bien qu'il ne s'agissait pas du lieu pour entrer dans le débat à proprement parler²¹⁹. De manière plus générale, ils précisent néanmoins explicitement que l'article 5.180 relatif à la réparation des dommages patrimoniaux²²⁰ « situe clairement la règle de la différence négative dans le domaine de la réparation du dommage », permettant seulement « d'en déterminer les contours ». Autrement dit, celle-ci est « présentée comme un objectif à atteindre autant que possible » mais elle ne devrait donc pas permettre « de refuser l'indemnisation d'un dommage par le seul fait qu'il serait difficile, voire impossible, de replacer la victime dans la situation hypothétique qui aurait été la sienne si le fait générateur n'était pas survenu »²²¹.

Au vu de ce qui précède, le dommage dont se prévaut l'enfant né handicapé dans le cadre d'une action en vie préjudiciable nous paraît entrer dans la définition retenue par l'avant-projet de nouveau Code civil. S'il n'est certes pas requis que l'intérêt lésé soit expressément consacré par une disposition légale, nous trouvons néanmoins trace de la préoccupation de la société de protéger cet intérêt via la ratification par la Belgique²²² de la Convention relative aux droits des personnes handicapées²²³, laquelle promeut le respect de la dignité intrinsèque de ces personnes. À l'instar du modèle préconisé par B. Dubuisson, il nous paraît pertinent de nous éloigner de la définition du dommage conçu comme une perte par rapport à un état antérieur²²⁴. En effet, nous partageons l'idée qu'« un enfant qui naît lourdement handicapé subit indubitablement un préjudice mais un préjudice qui se traduit par des besoins futurs plutôt que par une différence négative par rapport à un état antérieur »²²⁵. Comme l'écrit N. Estienne, « ce qui est réclamé dans le cadre d'une action en *wrongful life*, ce n'est pas la réparation du fait de vivre, mais bien des indemnités destinées à compenser les souffrances, les incapacités, toutes les dépenses et tous les besoins auxquels une personne en situation de handicap doit faire face (...). Nul n'a jamais contesté qu'une souffrance endurée, qu'une incapacité

(204) I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », *op. cit.*, p. 55 : « Réparer, ce n'est pas nécessairement restaurer ou effacer, c'est aussi et souvent contrebalancer, équilibrer ».

(205) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 219.

(206) *Ibidem*, p. 218.

(207) I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », *op. cit.*, pp. 60-61. En ce sens, voy. également N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », *op. cit.*, p. 54.

(208) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 214.

(209) P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité », in J.-F. ROMAIN (coord.), *Droit des obligations - Notions et mécanismes en*

matière de responsabilité, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 52.

(210) Comme en atteste la lecture des travaux préparatoires, « les auteurs du Code civil de 1804 ont voulu embrasser toutes les formes de dommages sans nécessairement les définir (...) » ; « aucun filtre n'a été placé à l'entrée visant à effectuer un tri ou un classement parmi les dommages réparables en fonction de leur nature ou de l'importance sociale des intérêts à protéger » (exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêt ministériel du 30 septembre 2017, p. 131 – <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (consulté le 23 mai 2018)).

(211) C'est nous qui soulignons. Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêt

ministériel du 30 septembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (consulté le 20 avril 2018).

(212) Exposé des motifs précité, pp. 131-144, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (consulté le 23 mai 2018).

(213) *Ibid.*, p. 131.

(214) Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25.

(215) *Ibid.*, p. 134.

(216) *Ibid.*, p. 135.

(217) Exposé des motifs précité, p. 136.

(218) *Ibid.*

(219) *Ibid.*, p. 162.

(220) L'article 5180, § 1^{er}, de l'avant-projet dispose que « La réparation des dommages patrimoniaux tend à placer la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu ».

(221) Exposé des motifs précité, p. 161.

(222) Loi du 13 mai 2009 portant assentiment aux actes internationaux suivants : Convention relative aux droits des personnes handicapées,

Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptés à New York le 13 décembre 2006, *M.B.*, 22 juillet 2009, p. 50169.

(223) Convention relative aux droits des personnes handicapées, article 1^{er}, <http://www.un.org/french/disabilities/default.asp?id=1413> (consulté le 23 mai 2018).

(224) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 218.

(225) T. DUBUISSON, « La Cour de cassation rejette une demande visant à indemniser une « wrongful life », publié le 9 décembre par www.elegis.be, consulté le 5 février 2015. Pour l'identification des postes de dommages susceptibles d'être réparés, voy. Gand, 1^{re} ch., 3 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAY ; *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 205, note A. HUYGENS.



personnelle, ménagère ou économique, que des frais médicaux, des frais de prothèse ou le besoin d'assistance d'une tierce personne constituent des dommages réparables dès lors qu'ils sont en lien de causalité avec une faute. Pourquoi doit-il en être autrement pour l'enfant handicapé qui naît à la suite d'une faute médicale dûment établie ? Sans cette faute, l'enfant ne serait certes pas né, mais il n'aurait jamais dû subir ces différents dommages »²²⁶.

Conclusion

41. Quelle voie pour les praticiens ? — Qu'il s'agisse des actions en grossesse ou en vie préjudiciables, la Cour de cassation a, par ses derniers arrêts, adopté une approche restrictive de la notion de dommage réparable qui tiendra en échec les futures demandes en réparation.

En ce qui concerne les actions en grossesse préjudiciable, c'est la première fois que pareille action remonte jusqu'en cassation et l'arrêt de notre Cour suprême tombe tel un couperet dans un contexte jurisprudentiel plutôt nuancé. Désormais, la naissance d'un enfant normal et en bonne santé, survenue après l'échec d'une intervention pratiquée en vue d'une stérilisation ou d'une interruption de grossesse, ne constitue plus un dommage réparable au motif que la mère ne se trouverait pas, de ce fait, dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la commission du fait illicite. Cette affirmation de principe peu réaliste (à tout le moins en ce qui concerne le dommage matériel) ne peut que prêter le flanc à la critique puisqu'elle met fortement à mal le principe de l'évaluation du dommage *in concreto*.

En ce qui concerne les actions en vie préjudiciable, la Cour de cassation a confirmé, à plusieurs reprises, l'enseignement énoncé à l'occa-

sion de son arrêt de principe du 14 novembre 2014. Contrairement à leur jurisprudence antérieure, les cours et tribunaux ne pourront donc plus faire droit à l'action introduite au nom de l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic anténatal ayant empêché la mère d'exercer son choix de procéder à un avortement thérapeutique. En effet, au vu de l'impossibilité de comparer l'existence avec un handicap avec la non-existence, l'enfant ne sera jamais, selon la Cour, en mesure de démontrer se trouver dans une situation moins favorable que celle qui aurait été la sienne sans la commission de la faute.

La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation préserve néanmoins l'action des parents en naissance préjudiciable. Son admissibilité a d'ailleurs été implicitement confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014²²⁷. De plus, dans ce cas-là, la comparaison mise en avant par notre Cour suprême ne souffre aucune difficulté²²⁸ puisqu'il suffit de comparer la situation des parents avec un enfant handicapé avec celle qui aurait été la leur sans enfant. Nous ne pouvons donc qu'encourager les praticiens à solliciter une indemnisation la plus complète possible des parents dans le cadre de l'action introduite en leur nom. Même si ce procédé peut être qualifié de « supercherie »²²⁹ ou de « leurre »²³⁰ par certains, il s'agit désormais, au vu de la jurisprudence de notre Cour suprême, de la seule voie encore disponible pour la réparation du préjudice de l'enfant né handicapé en pareilles circonstances.

Elise DE SAINT MOULIN

Assistante au Centre de droit privé à l'UCLouvain
Avocate au barreau de Bruxelles

(226) N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », *op. cit.*, p. 59.

(227) Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 264-268, concl. av. gén. A. Van Ingelgem. En

effet, la Cour de cassation a rejeté le premier moyen dirigé contre l'accueil de l'action des parents en leur nom propre et ne condamne donc bien que l'action en *wrongful life* et non l'action en *wrongful birth*.

(228) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 694.

(229) B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable - L'être ou le néant : l'alternative illégitime »,

op. cit., p. 219.

(230) D. MAZEAUD, « Réflexions sur un malentendu », *op. cit.*, p. 334.

Jurisprudence

RENOVI PRÉJUDICIEL

- Citoyenneté de l'Union européenne
- Directive 2004/38/CE
- Article 10, § 1
- Demande de carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union
- Délivrance
- Délai
- Adoption et notification de la décision
- Conséquences du non-respect du délai de six mois
- Autonomie procédurale des États membres
- Principe d'effectivité

C.J.U.E., 27 juin 2018

Siég. : R. Silva de Lapuerta (rapp., prés. ch.), C. G. Fernlund, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev et S. Rodin (juges).

Av. gén. : Y. Bot.

(Ibrahima Diallo c. État belge).

L'article 10, § 1, de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres doit être interprété en ce sens que la décision relative à la demande de carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne doit être adoptée et notifiée dans le délai de six mois prévu à cette disposition.

La directive 2004/38 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui impose aux autorités nationales compétentes de délivrer d'office une carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, lorsque le délai de six mois, visé à l'article 10, § 1, de la directive 2004/38, est dépassé, sans constater, préalablement, que l'intéressé remplit effectivement les conditions pour séjourner dans l'État membre d'accueil conformément au droit de l'Union.

Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une jurisprudence nationale en vertu de laquelle, à la suite de l'annulation juridictionnelle d'une décision refusant la délivrance d'une carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, l'autorité nationale compétente retrouve automatiquement l'entière du délai de six mois visé à l'article 10, § 1, de la directive 2004/38.

[...]

Le cadre juridique.

Le droit de l'Union.

[...]

9. L'article 10 de la directive 2004/38 énonce :

« 1. Le droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre est constaté par la délivrance d'un document dénommé

