

Causalité, dommage et vie préjudiciable

**Ceci est la version quasi-définitive
Pour la version définitive de référence :**

Revue générale des assurances et des responsabilités, 2011, 84(3): 14722

Axel Gosseries¹

Professeur à l'université de Louvain (UCL)

Chercheur qualifié au Fonds de la recherche scientifique (FNRS)

Introduction

1. Un des mérites de l'arrêt *Perruche* de la Cour de cassation de France du 17 novembre 2000 est d'avoir attiré l'attention des juristes francophones sur une problématique qui suscite des questions juridiques et philosophiques abyssales, à la mesure des souffrances des familles, appelées à invoquer devant un juge l'idée d'une « vie préjudiciable » de leur enfant². La jurisprudence belge n'est pas en reste puisque depuis 1993, nos juridictions ont eu à se prononcer sur quatre affaires de ce type.

En 1993, le tribunal de première instance de Mons eut à connaître d'une affaire relative à R. B., un enfant né en 1990 et atteint d'holoprosencéphalie, les parents reprochant au gynécologue, « de ne pas avoir pris au sérieux les données inquiétantes révélées par les échographies auxquelles il a procédé, de ne pas les avoir informés, malgré leurs questions, de la signification réelle de ces données ou préconisé les examens complémentaires qui auraient, selon eux, révélé un diagnostic certain d'holoprosencéphalie »³. Une expertise médicale fut ordonnée, suite aux conclusions de laquelle les parties décidèrent de ne pas poursuivre l'action en justice.

En 2002, le tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles se prononça à son tour sur la recevabilité d'une action en « vie préjudiciable » relative à E. J., une petite fille atteinte d'une forme extrême d'ectrodactylie, se manifestant par des malformations majeures des bras, ainsi qu'une malformation mineure à un pied⁴. Le tribunal jugea l'action recevable. La Cour d'Appel de Bruxelles statua sur l'affaire en 2010, estimant que l'action d'appel mettant en cause la recevabilité de l'action n'était que très partiellement fondée⁵. Cette décision d'appel sur la recevabilité fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation. En 2004, le tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles eut à statuer sur une autre affaire, relative cette fois à G. F., atteint de trisomie 21⁶. A l'issue d'un examen très fouillé, la juridiction ordonna une expertise, ne jugeant l'action non fondée qu'envers un des médecins impliqués.

La présente contribution s'articule autour du dernier arrêt en date, relatif à R. U., une enfant atteinte du syndrome de Sanfilippo B.⁷ Il s'agit de la première décision belge d'appel ayant

¹ Nous tenons à remercier plusieurs collègues de la Faculté de droit de l'UCL ainsi que M. Crabbé, K. Dahan, Ph. Gosseries, M. Roberts, L. Roegiers, L. Simeone & N. Vrousalis pour leurs suggestions critiques. Signalons aussi que la doctrine étant immense sur le sujet, notamment aux Etats-Unis et en France, nous n'avons pas cherché ici à être exhaustif.

² Cass. fr (Ass. plénière), 17 nov. 2000, n° 457, *Journ. Procès*, 15 déc. 2000, p. XX. Voir aussi l'arrêt Lionel : Cass fr., Ass. plénière, 28 novembre 2001, N° 486, *J.T.*, 2001, pp. 896-897 (suivie des concl. de l'avocat général J. Sainte-Rose)

³ Civ. Mons, 2^e ch., 6 octobre 1993, RG N° 91. 637, Rép. N° 10. 408 (inédit)(ci-après : « Civ. Mons, jugement R.B. »)

⁴ Civ. Bruxelles, 11^e ch., 7 juin 2002, R.G.D.C., p. 483-484 (ci-après : « Civ Bruxelles, jugement E.J. »)

⁵ Bruxelles, 4^e ch., 25 mai 2010, R.G.A.R., 2010, p. 14674/1-6. (ci-après : « Bruxelles, arrêt E. J. »)

⁶ Civ. Bruxelles, 72^e ch., 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, pp. 716-720 (ci-après : « Civ. Bruxelles, jugement G.F. »). Aussi in R.G.D.C., 2006, p. 108-117 (note R. Marchetti, E. Montero et A. Pütz)

⁷ Bruxelles, 4^e ch., 21 septembre 2010, R.G.A.R., 2010, p. 14675/1-6, note N. Estienne (ci-après : Bruxelles, arrêt R. U. »).

statué au fond sur une action en « vie préjudiciable » et l'ayant accueilli favorablement. Elle fait l'objet d'un pourvoi en cassation, précisément sur la dimension de la vie préjudiciable. La motivation de l'arrêt est tout à fait remarquable. Nous la mettrons en perspective avec les décisions rendues dans les trois autres affaires, à savoir R.B. (holoprosencéphalie), E.J. (malformation majeure des bras et mineure d'un pied) et G.F. (trisomie 21).

2. Nous avons déjà eu l'occasion de nous exprimer de manière détaillée sur la difficulté fondamentale liée aux affaires de « vie préjudiciable » et sur les mérites respectifs des différentes solutions juridiques proposées⁸. Rappelons que si la décision de la Cour de cassation de France dans l'affaire *Perruche* a été critiquée, elle l'a souvent été pour des raisons erronées⁹. Lorsque l'on discute d'un arrêt de ce type, il est essentiel d'identifier précisément le ou les objets du désaccord. Dans le présent article, nous nous concentrerons sur la difficulté qui nous apparaît la plus fondamentale : la nature du dommage. Mais nous montrerons aussi combien elle doit être articulée étroitement avec la question de la causalité, ce que fait d'ailleurs de façon tout à fait intéressante l'arrêt rendu dans l'affaire R. U.

Il importe aussi de rappeler que toute discussion de principe sur ce type d'affaire s'expose à une critique « pragmatique », nous renvoyant à l'urgence d'une réponse à la détresse des familles. Nous y reviendrons en conclusion. Disons ici que si la conscience de cette détresse doit rester présente à chaque moment du raisonnement, elle ne devrait pas nous faire oublier que la visée d'un système juridique cohérent n'est pas une préoccupation d'ordre purement théorique. On ne saurait balayer des difficultés conceptuelles importantes chaque fois que nous sommes confrontés à des souffrances sérieuses. Car les systèmes juridiques ont précisément vocation - même s'ils sont loin d'y parvenir - à mobiliser des principes permettant de répondre de manière juste aux difficultés auxquelles la vie nous confronte inmanquablement. La cohérence est là d'abord pour servir la justice.

3. Cet article est structuré comme suit. Nous rappellerons d'abord ce qui fait la spécificité d'une action en « vie préjudiciable », pointant en quoi l'affaire R. U. est typique à cet égard (sect. 1). Nous nous intéresserons ensuite à la question de la causalité (sect. 2). Suivra un rappel de l'argument général défendu ailleurs relatif à l'*inapplicabilité* d'un concept standard de dommage à ce type d'affaire (sect. 3). Nous indiquerons en quoi, de façon tout à fait créatrice, l'arrêt R. U. mobilise un concept alternatif de dommage (sect. 4). Nous nous demanderons enfin à qui il revient de juger si dommage il y a (sect. 5). Nous aurons montré alors à la fois la grande originalité de cet arrêt sur le plan de la définition du dommage et les difficultés qu'il présente, sans menacer sa thèse centrale.

1. Les caractéristiques d'une action en *wrongful life*¹⁰

4. Les actions en « vie préjudiciable » ne sont pas une nouveauté. Elles existent en jurisprudence américaine depuis une cinquantaine d'année et ont fait l'objet d'explorations doctrinales multiples¹¹. Ajoutons que le fait de recourir à l'expression « vie préjudiciable » pour désigner ce type d'action ne préjuge ni de la question de savoir si elle devrait être

⁸ A. Gosseries, « Faut-il couper les ailes à l'arrêt 'Perruche' ? », *R.I.E.J.*, 2002, pp. 93-110; *Penser la justice entre les générations. De l'affaire Perruche à la réforme des retraites*, Paris, Aubier, 2004, chap. 1.

⁹ Voir Gosseries, *Penser...*, *op. cit.*, pp. 77-80

¹⁰ Voir Gosseries, *Penser...*, *op. cit.*, pp. 48-51

¹¹ En doctrine belge : Y.-H. Leleu, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence « Perruche » », *R.G.A.R.*, 2002, 13466, 1-5 ; G. Genicot, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 79-98 ; R. Marchetti, E. Montero & A. Pütz, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ? » (note sous Civ. Bruxelles, 7^e ch., 21 avril 2004), *R.G.D.C.*, 2006, pp. 117-132. En théorie du droit et en philosophie : D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, chap. 16 ; D. Heyd, *Genethics. Moral Issues in the Creation of People*, Berkeley, University of California Press, 1992, 276 p. ; M. Roberts & D. Wasserman (eds.), *Harming Future Persons. Ethics, Genetics and the Nonidentity Problem*, Dordrecht, Springer, 2009, 348 p.

accueillie favorablement, ni de celle de savoir si le terme caractérise correctement la nature du préjudice en jeu. C'est précisément la double question que nous souhaitons aborder ici sur le plan juridique. Nous défendrons l'idée selon laquelle il n'y a véritablement « vie préjudiciable » que dans un nombre extrêmement restreint de cas.

Indiquons à présent les quatre caractéristiques de ce type d'affaire, qui en expliquent à la fois la difficulté et la rareté. Elles ont trait respectivement à l'identité de la victime du préjudice (n° 5), à l'origine du handicap (n° 6), à la nature de la faute alléguée (n° 7) et au comportement présumé des parents en cas d'absence de faute (n° 8).

5. Commençons par la distinction entre deux types d'actions, à savoir en « vie préjudiciable » (*wrongful life*) et en « naissance préjudiciable » (*wrongful birth*). La seconde vise la réparation d'un dommage *aux parents* alors que la première allègue d'un dommage à *l'enfant lui-même*, généralement représenté par ses parents. Le présent article porte sur la seule dimension du dommage à *l'enfant*, qui présuppose un *handicap* de ce dernier. Il est cependant évident que dans la plupart des affaires de « vie préjudiciable », les parents agissent à la fois en leur nom (naissance préjudiciable) et en celui de leur enfant handicapé (vie préjudiciable), les deux demandes étant jointes. Ceci pose des questions relatives à l'articulation des deux actions. Par exemple, nous pensons qu'il ne faut pas se référer à un seuil de *normalité* de l'enfant dans le cadre de l'action en *vie préjudiciable* (infra, n° 29). Une telle référence n'est par contre pas sans pertinence pour déterminer l'ampleur du dommage *aux parents* sur le plan de la *naissance préjudiciable*¹². De même, on notera que pour ce qui est de l'action en vie préjudiciable, il s'agit d'une faute *envers les parents*, même si elle est supposée causer un dommage à *l'enfant*¹³.

6. Ensuite, pour se trouver face à un cas de « vie préjudiciable », il faut aussi que le handicap résulte d'un *fait de la nature* d'un type particulier. Dans les affaires dont ont eu à connaître les juridictions belges et françaises, trois sources de handicap peuvent être identifiées. D'abord, un handicap héréditaire. C'est le cas du syndrome de Sanfilippo B, l'holoprosencéphalie ou l'ectrodactylie, la source du handicap devant être recherchée au moment de la fécondation elle-même. Ensuite, un handicap associé à la division cellulaire postérieure à la conception, comme c'est le cas avec la trisomie 21. Enfin, un handicap résultant d'une infection utérine, comme dans l'affaire *Perruche* où Nicolas P. fut atteint du syndrome de Gregg, en raison de la rubéole contractée par sa mère pendant la grossesse. Il doit s'agir d'un handicap incurable. Dans les deux premiers types de cas, *cet enfant* n'aurait pas pu naître différent, alors que la question est plus délicate dans l'affaire *Perruche*.

Ne constituent donc pas des situations de « vie préjudiciable », celles où en l'acte fautif est bien une condition nécessaire à l'existence du *handicap* sans pour autant constituer une condition nécessaire à l'existence de *l'enfant* en question. Pensons à une faute d'un gynécologue en cas d'amniocentèse, l'aiguille visant à ponctionner le liquide amniotique causant un dommage au fœtus sans entraîner un avortement. C'est le cas aussi de la prise de drogue ou d'alcool par une mère enceinte, source de dommages physiques à l'enfant. Imaginons enfin un accident de la circulation impliquant une conductrice ou une passagère enceinte, et, consécutivement, un dommage au fœtus ayant des répercussions après la naissance. Dans ces trois cas, le caractère fautif de l'acte devra effectivement être discuté. Mais la question de l'existence d'un dommage à l'enfant ne semble pas poser de difficulté particulière sur le plan théorique, s'agissant d'enfants qui auraient clairement pu naître sans le handicap en question¹⁴. D'ailleurs, l'affaire *Perruche* est un cas limite à cet égard, même si on a sans doute estimé - à juste titre - que l'infection par la rubéole, théoriquement évitable, ne résultait pas d'une erreur fautive d'un individu particulier.

¹² Voir Gosseries, *Penser...*, op. cit., p. 75

¹³ Voir Marchetti et al., op. cit., p. 122.

¹⁴ Compar. tant au plan pénal que civil : Y.-H. Leleu & G. Genicot, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, n° 223-224

7. Ceci nous conduit à nous intéresser à la *nature de la faute* alléguée. Il doit s'agir d'un acte en l'absence duquel non seulement le *handicap* mais aussi l'enfant en question ne serait pas né, contrairement aux trois hypothèses envisagées ci-avant. Il faut noter à cet égard que les actions en vie préjudiciable (*wrongful life*) peuvent être jointes à des actions autres que celles en naissance préjudiciable (*wrongful birth*). Le cas typique est certes celui d'une faute de diagnostic ou informationnelle. C'est ce qui est allégué dans les 4 affaires commentées ici. Il peut s'agir de l'utilisation d'un produit de diagnostic inadéquat, d'une simple erreur de connaissance médicale sur la nature héréditaire ou non d'une maladie, ou plus simplement d'un problème de communication aux intéressés d'un diagnostic qui serait par hypothèse correct et connu du médecin. On peut penser aussi à la possibilité d'une action en responsabilité consécutive à des erreurs fautives de sélection pré-implantatoire (*wrongful selection*). A supposer que l'enfant qui en est issu soit handicapé, et selon que le système juridique concerné reconnaisse ou non la licéité d'une telle sélection, une action en vie préjudiciable (préjudice à l'enfant) pourra ou non être associée à une action en sélection préjudiciable (préjudice aux parents).

Il existe cependant d'autres hypothèses que celles d'une faute de diagnostic ou informationnelle. C'est le cas de situations où un enfant handicapé naîtrait suite à une *stérilisation n'ayant pas réussi* ou à une *IVG ayant échoué*, les parents concevant alors un enfant qu'ils n'en souhaitaient pas¹⁵. On envisagera alors respectivement une action des parents en conception préjudiciable (*wrongful conception*) en cas d'échec de stérilisation¹⁶, ou en grossesse préjudiciable (*wrongful pregnancy*) en cas d'échec d'IVG¹⁷.

A chacune de ces actions alléguant d'un dommage aux parents (*w. selection, w. conception, w. pregnancy, w. birth*), une action en vie préjudiciable (*w. life*) peut être jointe si l'enfant est né handicapé. Si l'enfant n'est *pas* handicapé, il reste possible d'invoquer l'existence d'un dommage aux parents, mais pas l'idée d'un dommage à l'enfant ou *a fortiori* d'un préjudice à cet enfant, c'est-à-dire d'un dommage auquel le droit associerait un droit à réparation¹⁸. Nous verrons cependant plus loin que même si l'enfant naît handicapé, caractériser de manière plausible la nature du dommage et du préjudice est loin d'être aisé (infra, n° 23).

Ce qui compte donc d'abord du point de vue de l'action en vie préjudiciable est la question de savoir si la faute était nécessaire à l'existence de cet enfant particulier. Que la faute soit informationnelle ou non importe, mais uniquement sur le plan de la qualification du dommage aux parents (*w. birth*, par opposition à *w. selection, w. conception* ou *w. pregnancy*). De même, il peut y avoir des actes de diagnostic fautifs qui ne sont pas pour autant une condition nécessaire à l'existence de l'enfant ayant subi le dommage, auquel cas l'on se retrouve hors du champ de la vie préjudiciable. C'est le cas de l'aiguille causant un dommage lors de l'amniocentèse.

¹⁵ Voir. D. de Callataÿ et N. Estienne, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*. Vol. 2 : *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 27-32

¹⁶ En jurisprudence belge : Civ. Courtrai, 3 jan 1989, R.W. , 1988-1989, 1171, 35. Sur ce point : Y.-H. Leleu et E. Langenaken, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.* , 2002, p. 660, n° 16

¹⁷ Sur ce point : F. Kefer, « La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice » (obs. sous Riom, 1^{ère} ch., 6 juillet 1989, *J.T.* , 1990, pp. 644-646 (l'auteure y discutant également les hypothèses de naissance consécutive à un viol).

¹⁸ Nous utilisons la distinction « dommage/préjudice » comme synonyme de la distinction « harm/wrong ». Tout préjudice présuppose un dommage, alors que l'inverse n'est pas vrai. Si une personne endommage un de ses biens ou une partie de son corps, le droit n'y verra pas un préjudice car il ne lui reconnaîtra pas un droit à réparation envers un tiers, même si le bien ou la partie du corps sont effectivement réparables au sens factuel du terme. De même, lorsque le droit reconnaît la légalité de mécanismes de concurrence, le fait qu'une personne emporte un marché au détriment d'un concurrent lui cause clairement dommage, sans pour autant être reconnu par le droit comme un préjudice. *Contra* : Marchetti et al., *op. cit.* , p. 123

8. Ainsi, les affaires de « vie préjudiciable » associent étroitement un fait de la nature (cause du handicap) et les conséquences pour l'enfant d'un acte médical de nature particulière (une faute informationnelle, voire une stérilisation ou une IVG ayant échoué). Il faut y ajouter un troisième élément essentiel : *le comportement présumé des parents en l'absence de faute*. Dans les cas de stérilisation ou d'IVG ayant échoué, l'intention des parents est indubitable. Les choses sont moins nettes en cas de faute médicale informationnelle. En effet, la réponse à la question de savoir si en cas d'information correcte l'enfant aurait été conçu ou serait né, n'y dépend pas exclusivement de l'acte médical. Contrairement à ce qui se passe avec la stérilisation ou l'IVG ayant échoué, le sort de l'enfant dépend alors *in fine* de la volonté de la mère, postérieure à l'acte médical.

On pourrait vouloir supposer que la mère *aurait* décidé de faire pratiquer une interruption volontaire de grossesse dans les cas de diagnostic positif grave. Pourtant, la signification d'une demande de diagnostic pré-conceptionnel ou pré-natal n'est pas univoque. Certains tests – telle une amniocentèse en cas de triple test non rassurant – sont souvent effectués à la suggestion du médecin, sans que les parents ne soient toujours bien au clair dès le départ sur leurs intentions en cas de diagnostic positif¹⁹. En outre, une fois le diagnostic posé, la nature des informations médicales peut laisser subsister des incertitudes significatives sur la gravité des pathologies redoutées. Affirmer *ex post* qu'ils savaient à coup sûr quelle décision ils *auraient pris* en cas d'information correcte risque donc de relever dans certains cas du paralogisme rétrospectif. Ceci n'empêche pas pour autant de recourir à un faisceau d'indices. Nous y reviendrons (infra, n° 15).

9. Qu'il nous soit permis aussi de souligner la nature de la relation entre les actions en vie préjudiciable et la question de l'avortement. Nous y reviendrons à plusieurs reprises, en ce compris en conclusion. Il est indéniable que la dépénalisation de l'avortement a joué en Belgique et ailleurs un rôle dans l'augmentation du contentieux. L'ensemble des actes médicaux en jeu dans les quatre affaires discutées sont postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de dépénalisation de l'avortement. L'on comprend aussi que des opposants à l'avortement aient pu avoir une lecture particulière de l'arrêt *Perruche*. Pourtant, soulignons deux raisons de détacher tant que faire se peut les affaires de « vie préjudiciable » de la problématique de l'avortement. D'une part, nous montrerons dans quelle mesure la base juridique de l'avancée jurisprudentielle constituée par l'arrêt rendu dans l'affaire R.U. ne doit pas être recherchée à notre sens dans l'article 350 du Code pénal (infra, n° 32). D'autre part, des actions en « vie préjudiciable » sont tout à fait concevables indépendamment de questions d'avortement. Pensons aux hypothèses d'échec de stérilisation ou de faute d'information médicale anté-conceptionnelle erronée conduisant à la naissance d'un enfant handicapé.

10. Ayant identifié les caractéristiques centrales de ce type d'affaire, revenons à présent à l'affaire R. U. On constatera que les éléments précités sont présents. Les faits de la cause peuvent être synthétisés comme suit. Les parents demandent à un hôpital que soit pratiqué un dépistage anténatal. Ils ont déjà deux enfants dont l'un est atteint de la maladie de Sanfilippo B, maladie métabolique héréditaire grave. Les parents affirment qu'ils auraient fait pratiquer un avortement s'ils avaient un diagnostic correct leur avait été communiqué. L'erreur médicale fautive est principalement de nature informationnelle, même si s'y greffe une invocation de la qualité de gardien de l'hôpital concerné, s'agissant d'un produit de diagnostic défectueux. L'enfant à propos duquel le diagnostic fut demandé naît malheureusement atteint du syndrome de Sanfilippo B.

11. Nous nous limiterons dans cet article à la question de la causalité, et surtout à celle du dommage. Nous n'aborderons pas la question de l'articulation avec la responsabilité

¹⁹ Par exemple : S. Ahmed, J. Green & J. Hewison, « Attitudes towards prenatal diagnosis and termination of pregnancy for thalassaemia in pregnant Pakistani women in the North of England », *Prenat. Diagn.*, 2006, pp. 248-257 (spéc. p. 252).

contractuelle, qui est pertinente pour la question du dommage aux parents²⁰. Nous ne nous étendrons pas sur la question de la faute et laisserons de côté celle de la réparation²¹. Disons cependant quelques mots de la nature de la faute reprochée à l'U.Z. Brussel, qui est double. D'une part, l'hôpital « a fait usage d'un produit proscrit par le fabricant, sans effectuer de contrôle préalable qui lui aurait permis de déceler l'inefficacité du produit en cause pour l'usage auquel elle le destinait »²². Notons qu'il est fait peu de cas dans l'évaluation, par la Cour, du fait qu'« aucun test diagnostic validé et commercialisé à des fins de diagnostic médical »²³ n'était disponible pour détecter les risques de maladie de Sanfilippo B. D'autre part, l'U.Z. Brussel s'est « abstenue de formuler à l'égard des époux U. la moindre réserve quant au résultat du diagnostic qu'elle avait posé dans de telles conditions »²⁴.

Même si la Cour ne le dit pas explicitement, on peut estimer que la première faute n'est ni nécessaire ni suffisante au bien fondé d'une action en vie préjudiciable – ni même à celui d'une action en naissance préjudiciable d'ailleurs. Même si le produit avait été utilisé de manière non fautive, c'est le défaut d'information des parents quant à la fiabilité du résultat qui reste l'élément central. Car c'est l'exactitude de cette information qui permet à la mère de se déterminer quant à la possibilité qui lui est laissée par la loi de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Ceci étant, les deux fautes contribuent effectivement en l'espèce au caractère fautif de l'information communiquée.

Notons aussi que l'article 1384 al. 1 du Code civil est également invoqué dans cet arrêt puisque l'U.Z. Brussel prétendait que le produit fourni par la société Sigma Aldrich était affecté d'un vice. L'U.Z. Brussel ne contestait pas sa qualité de gardien. La Cour souligne que la « circonstance que le gardien ignorait le vice est impuissante à l'exonérer de sa responsabilité sur base de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil ; Que l'origine du vice importe peu et qu'il est sans intérêt de déterminer si le gardien connaissait le vice et s'il lui était absolument impossible de le connaître »²⁵. L'UZ Brussel ayant utilisé le produit à des fins auxquelles il n'était pas destiné, l'action en garantie fut rejetée par la Cour²⁶.

2. La double contestation du lien causal

12. Abordons à présent la question de la causalité. Dans les affaires de « vie préjudiciable », le lien causal entre la faute médicale et le dommage à l'enfant peut être contesté de *deux façons*. La première stratégie consiste à affirmer que la faute n'est pas ce qui a causé au premier chef le dommage. C'est un fait de la nature – le caractère génétique de la pathologie – qui serait la cause du dommage, et non un fait de l'homme. Sans ce fait de la nature, l'erreur de diagnostic aurait été sans conséquences. Qualifions ce mode de défense de « stratégie d'amont ».

Tout comme pour la première, la *seconde* stratégie souligne que l'absence de faute de diagnostic aurait été insuffisante à éviter le dommage. Elle ne s'intéresse cependant pas à un fait de la nature, mais à d'autres faits de l'homme : si l'erreur médicale n'avait pas été commise, la mère n'aurait-elle pas malgré tout gardé l'enfant ? Qualifions cette défense de stratégie d'aval. On constate dès lors que le débat sur la causalité met en jeu l'ensemble des caractéristiques-clef d'une affaire de vie préjudiciable telles qu'exposées ci-avant. L'importance du rôle joué par la faute médicale (n° 7) est confrontée à l'origine du handicap (n° 6) et à l'hypothèse relative au comportement présumé des parents en l'absence de faute (n° 8).

²⁰ Voir Marchetti et al., *op. cit.*, p. 119-122.

²¹ Voir les réflexions laconiques du juge dans l'affaire G. F. sur la question de la réparation en nature après la naissance (Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 719).

²² Bruxelles, arrêt R. U., *op. cit.*, p. 14675/3

²³ *Ibid.*, p. 14675/1

²⁴ *Ibid.*, p. 14675/3

²⁵ *Ibid.*, p. 14675/3

²⁶ *Ibid.*, p. 14675/5

13. Afin d'éclairer la nature de cette distinction relative à la causalité - et laissant de côté tant la dimension contractuelle, que la question du dommage -, les caractéristiques d'une situation de type « vie préjudiciable » sont comparables, *mutatis mutandis*, à celles d'une tornade potentiellement dommageable pour un enfant E jouant innocemment dans un pré. E ne sera pas touché par la tornade, à condition que le météorologiste M en prédise l'arrivée et en informe le public *et* que les parents P mettent E à l'abri sur base des informations communiquées par M. Cela signifie deux choses. D'une part, l'intervention de M ne suffit pas à éviter que la tornade atteigne E. D'autre part, la capacité d'intervention de P, suffisante à elle seule à éviter le dommage, dépend du fait que M l'ait bien informé de l'arrivée de la tornade.

La tornade atteint malheureusement E, dont les parents poursuivent M - et M seulement - en justice. M dispose alors de deux modes de défense. La stratégie d'amont souligne que ce n'est pas M lui-même qui a mis en mouvement la tornade. La stratégie d'aval renvoie au fait qu'il n'est pas prouvé que P aurait mis E à l'abri si M l'avait correctement informé de l'arrivée de la tornade.

2.1. Incertitude causale quant au choix de la mère et perte de chance

14. Pour revenir à l'arrêt R. U., chacune de ces deux stratégies – d'amont et d'aval – y a été mobilisée. Examinons d'abord ce qu'il en est de la stratégie d'aval, qui se décompose en deux sous-questions, l'une préalable à l'autre. La première a trait aux conditions de licéité d'une interruption de grossesse. La seconde porte sur le comportement des parents en l'absence de faute médicale.

Etait-on encore au moment de l'erreur de diagnostic ou de communication dans les conditions légales d'un avortement ? Dans les affaires R. B. et E. J., il y eut contestation dès le stade de la recevabilité sur ce point, alors que ce ne fut pas le cas dans les affaires R. U.²⁷ et G. F.²⁸ Dans le cas de R. B., le défendeur invoqua le fait que « même si l'holoprosencéphalie avait pu être décelée, l'interruption n'aurait pu intervenir avant la 26^{ème} semaine de gestation, soit à un stade de développement où l'enfant pouvait naître vivant et viable ». La loi relative à la dépénalisation de l'avortement était entrée en vigueur le 15 avril 1990. Les fautes alléguées portent sur l'analyse d'échographies effectuées le 14 avril 1990 et le 16 juillet 1990. On peut donc estimer que si les fautes étaient avérées, la nouvelle loi aurait pu s'y appliquer dès le 15 avril. Le juge estimant la nouvelle loi applicable, il en a cependant offert une interprétation étonnante, ayant recours à la notion de seuil de viabilité, alors que celle-ci est absente de l'article 350 al. 2, 4^o du Code pénal. Il estima en effet qu'« une fois atteint le seuil de viabilité, il faut parler de naissance provoquée prématurément ou d'infanticide »²⁹, sortant ainsi du champ d'application de l'article 350 al. 2 nouveau du Code pénal. Il cita à cet effet un passage des travaux préparatoires de la nouvelle loi précisant qu'« il est absolument faux de dire qu'un avortement pourrait intervenir jusqu'au jour de la naissance »³⁰. Un expert fut chargé de déterminer « si au moment où l'affection dont souffre [R. B.] pouvait être diagnostiquée, un avortement était médicalement possible, et de préciser le cas échéant, s'il existait des risques qu'une interruption de grossesse conduise à l'expulsion d'un fœtus viable »³¹. La juridiction a donc contesté qu'un avortement thérapeutique puisse être légalement pratiqué au delà du seuil de viabilité. Cette position ne nous semble pourtant pas

²⁷ Bruxelles, arrêt R.U., *op. cit.*, p. 14675/3 (« vu les caractéristiques de cette maladie, Mme K aurait été dans les conditions pour avoir recours à un avortement thérapeutique au sens de l'article 350 du Code pénal, ce point n'étant du reste pas contesté »).

²⁸ Civ. Bruxelles, jugement G. F., *op. cit.*, p. 716 (les parties défendresses « ne contestent pas que Mme C... se trouvait dans les conditions légales pour avorter »)

²⁹ Civ. Mons, jugement R.B., *op. cit.*, 3^{ème} feuillet

³⁰ *Ibid.*, 3^{ème} feuillet.

³¹ *Ibid.*, 3^{ème} feuillet

justifiée en droit³². Elle contraste d'ailleurs avec la position de la juge dans l'affaire G. F. où la licéité d'un avortement à 8 mois, soit à un moment où l'enfant peut parfaitement naître viable, fut admise.

Dans l'affaire E. J., le tribunal de première instance avait rejeté le moyen tiré de « l'irrecevabilité de l'action dans la mesure où les demandeurs reprochaient au défendeur de ne pas leur avoir permis de faire procéder à un avortement illégal »³³. En appel, l'argument lié au caractère illégitime de l'intérêt à agir fit à nouveau l'objet d'un examen de la Cour, toujours sous l'angle de la recevabilité. La partie appelante contestait le fait que les conditions d'un avortement thérapeutique étaient satisfaites. La Cour modifia l'objet de la mission d'expertise ordonnée par la juridiction de première instance, les conclusions attendues de l'expert étant pertinentes pour la question de la licéité d'un avortement éventuel.

15. En supposant établie la légalité d'un avortement, il faut ensuite se demander si les parents auraient effectivement décidé d'y avoir recours. La Cour a répondu dans l'affaire R. U. qu'il était *certain* qu'ils y auraient eu recours, se basant sur un faisceau de trois présomptions ayant trait à la gravité de la maladie, au fait que les parents auraient été dans les conditions légales pour pratiquer un tel avortement, et à la circonstance que la sœur aînée de R. U., âgée de 8 ans au moment du test, était déjà affectée par la maladie de Sanfillipo B.

Dans l'affaire du petit R. B., la juridiction montoise s'était posé la même question et avait considéré deux faits comme pertinents : la profession d'assistante sociale de la mère et le recours ultérieur à deux avortements. Le tribunal précisa en effet:

« que la demanderesse est, de par sa profession, spécialement sensible aux difficultés rencontrées par les enfants handicapés et leur famille ;
qu'elle a, après la naissance de [R.], fait procéder à deux reprises, à des interruptions de grossesse dans des situations similaires à celle de l'espèce ;
qu'il est donc suffisamment certain qu'elle aurait pris avec son compagnon, la décision de ne pas mener sa grossesse à terme, si elle avait pu être efficacement informée en temps utile du handicap de son enfant »³⁴.

Dans l'affaire G. F, le tribunal a répondu en *deux temps* au moyen des parties défenderesses selon lequel les demandeurs n'avaient pas démontré qu'ils auraient effectivement eu recours à un avortement thérapeutique en l'absence de faute. *Primo*, la juge affirme qu'une fois les fautes établies, « il serait de fait simultanément établi, avec la certitude requise, que la demanderesse a, à tout le moins, été privée de la possibilité de recourir à cet avortement et, par voie de conséquence, que [G.] a, dans la même mesure, perdu une chance de ne pas vivre gravement et incurablement handicapé »³⁵.

Laissons de côté à ce stade la question de savoir si une telle perte de chance peut être constitutive d'un *dommage* en l'espèce. La doctrine a contesté le recours à la notion de perte de chance dans une telle hypothèse, au motif que le choix de la mère « n'a aucun caractère aléatoire et qu'il ne se prête pas à une évaluation scientifique »³⁶. Pourtant, du point de vue de l'éventuel dommage à l'enfant - et non aux parents -, la décision de sa mère ne nous apparaît pas significativement moins aléatoire que celle, par exemple, d'un pouvoir adjudicateur dans le cas d'un marché public auquel un entrepreneur aurait fautivement été empêché de soumissionner, une hypothèse dans laquelle le recours à la notion de perte de

³² En ce sens: Y.-H. Leleu et E. Langenaken, *op. cit.*, p. 660, n° 11.

³³ Civ. Bruxelles, jugement E.J., *op. cit.*, p. 484

³⁴ Civ. Mons, jugement R.B., *op. cit.*, 2^{ème} feuillet

³⁵ Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 720

³⁶ B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck & G. Gathem, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol. 1 : le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 372-373, n° 441.

chance est admise³⁷. Si comme nous le montrerons, il y a indéniablement une difficulté à recourir au concept standard de dommage, qu'il soit ou non caractérisé comme la perte de chance, ce n'est pas à notre sens la difficulté propre au champ de la notion de perte de chance que nous venons de pointer qui en est la source (infra, n° 23 et s.).

Secundo, la juge a examiné - dans cette même affaire G. F. - un ensemble d'éléments de fait susceptibles d'établir quel aurait été le choix de la mère, afin de déterminer s'il y avait lieu d'aller au-delà de l'idée d'une perte de chance. Elle a considéré à cet égard comme pertinents : le fait que lors d'une grossesse précédente la mère avait eu recours à une réduction embryonnaire, passant de six à deux embryons ; le fait que des deux enfants nés de cette grossesse antérieure l'un était handicapé moteur ; le fait que la mère se soit soumise à une ponction amniotique « laquelle présente pour le fœtus, un risque ». Elle a aussi estimé que le fait que la ponction avait été effectuée à 8 mois, que ni le triple test, ni la ponction n'avaient été demandés par la mère alors qu'elle avait presque 35 ans n'indiquaient nécessairement qu'elle n'aurait pas eu recours à une interruption de grossesse³⁸.

Ainsi, alors que dans l'affaire R. B. le tribunal a simplement conclu qu'il existait une certitude suffisante quant au lien causal, dans l'affaire G. F., la juge a adopté un raisonnement en deux temps, affirmant qu'en l'absence de certitude, il pourrait au minimum être recouru à la notion de perte de chance, puis examinant pour le surplus s'il existait un faisceau de présomptions suffisant permettant d'établir le comportement de la mère. Qu'en est-il dans l'affaire R. U. ? On a vu que la Cour a pris en compte trois éléments de fait. Elle a conclu à une certitude suffisante du lien causal. En conséquence, elle a considéré qu'« il n'y a pas lieu d'indemniser le dommage sous l'angle d'une perte de chance (...) dès lors qu'il a été vu que si le diagnostic correct avait été posé lors de la grossesse, il doit être tenu pour acquis que madame K. aurait procédé à une interruption de grossesse »³⁹.

16. L'arrêt rendu dans l'affaire R.U. présente une particularité supplémentaire. L'U.Z. Brussel avait souligné que « selon la loi islamique, l'avortement est interdit au-delà du quarantième jour de grossesse, mais néanmoins autorisé à tout moment si une affection grave, attestée par le conseil médical compétent, met en danger et la vie de la mère et celle du fœtus, auquel cas une interruption de grossesse doit être décidée pour sauver la mère ». Il ressort de l'arrêt que la petite R. U. est née le 14 septembre 1999. Le test de dépistage fut pratiqué en mars. Si l'on suppose que l'enfant n'est pas né prématuré, il a dû être conçu au plus tard vers le 14 décembre 1998, ce dont il peut être déduit que le délai de 40 jours était atteint dès la fin janvier. Les conditions d'un avortement conforme à la loi islamique n'étaient probablement plus remplies au moment où le diagnostic fut communiqué aux parents. Si ce diagnostic avait été correct, l'avortement qui s'en serait suivi aurait donc été conforme au droit belge mais sans doute pas à la loi islamique.

La réponse de la cour sur ce point est problématique. Elle répond en se positionnant sur l'*applicabilité* de la loi islamique à la cause, indiquant à cet égard « qu'il est sans pertinence d'examiner quelles auraient été les conséquences d'une telle décision selon le droit islamique, étant constant que les époux U. sont de nationalité belge et que les faits se sont déroulés en Belgique ». Pourtant, la considération avancée par l'U.Z. Brussel peut être lue de deux façons. Soit on y lit une prétention quant au droit applicable, auquel cas elle est effectivement à rejeter. Soit on y voit une considération relative aux facteurs susceptibles de contribuer à une décision d'avortement dans le chef des parents. L'arrêt ne précise pas si les parents sont des musulmans pratiquants. Si c'était le cas, le contenu de la loi islamique n'aurait-il pas pu être pris en compte *comme un élément de fait* pour déterminer si, en cas de diagnostic correct, les parents *auraient effectivement* décidé de recourir à une interruption

³⁷ *Ibid.*, p. 376, n° 445

³⁸ Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 720

³⁹ Bruxelles, arrêt R.U., *op. cit.*, p. 14675/4. Sur la perte de chance dans ce type d'affaires : Marchetti *et al.*, *op. cit.*, p. 127-132

volontaire de grossesse ? Nous le pensons, d'autant que la Cour elle-même retient dans son faisceau de trois présomptions le fait que la loi belge l'autorisait.

Pour des musulmans pratiquants préoccupés tant par le respect du droit belge que par celui de la loi islamique, le fait que cette dernière autorise ou non une interruption de grossesse est sans doute de nature à influencer leur comportement. Il eût donc été plus adéquat pour la Cour de se positionner différemment. Elle aurait pu discuter de la pertinence du délai de 40 jours avancé par l'U. Z. Brussel, certains auteurs estimant qu'au regard des prescrits de l'Islam, la possibilité d'un avortement reste ouverte jusqu'à 120 jours, en cas d'affections incurables consistant en des déformations sévères, ou des déficiences mentales ou physiques⁴⁰. Et s'agissant de déterminer non pas ce qu'exige l'Islam mais ce que les parents, s'ils étaient musulmans, *pensent* qu'il exige, la Cour aurait pu examiner si les parents étaient effectivement des musulmans pratiquants et, dans l'affirmative, déterminer le contenu exact de leurs croyances religieuses en la matière, fussent-elles ou non correctes au plan doctrinal.

2.2. Concours de causalité et requalification du dommage

17. Passons à présent à la stratégie d'amont. Dans l'affaire R.U., la partie appelante faisait valoir à l'égard de la petite R. U. que « c'est en raison de son hérédité et non de l'erreur de diagnostic et/ou du vice du substrat qu'elle était atteinte du syndrome de Sanfillipo B ». La Cour ne conteste pas ce caractère héréditaire. Elle a alors requalifié la nature du dommage de manière telle que la faute de diagnostic soit une condition *nécessaire* à un tel dommage :

« Que, certes, l'erreur de diagnostic n'a pas causé le handicap de l'enfant, qui préexistait à cette erreur et auquel il ne pouvait être remédié ;
Que cependant, le dommage qui doit être indemnisé n'est pas le handicap en tant que tel, mais le fait d'être né avec un pareil handicap ;
Que, sans l'erreur de diagnostic, ce dommage tel qu'il s'est produit *in concreto* ne se serait pas réalisé »⁴¹.

18. Une telle stratégie de requalification préexistait à l'arrêt R. U. Elle fut introduite dès la décision G. F. Dans cette dernière affaire, la juridiction civile avait précisé, se référant à la théorie de l'équivalence des conditions, que pour être la cause d'un dommage, une faute devait faire partie des faits générateurs « sans lesquels ce dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto* »⁴². Elle en a conclu que le handicap lui-même étant le résultat d'une anomalie chromosomique incurable étrangère aux fautes médicales en question,

« ce n'est pas le handicap, mais bien le fait de vivre gravement et incurablement handicapé parce que né comme tel, qui constitue le seul préjudice susceptible de se trouver dans une relation de causalité nécessaire avec les fautes reprochées »⁴³.

On notera que la Cour de cassation de France n'a pas estimé une telle requalification nécessaire dans ses arrêts Perruche et Lionel puisque c'était bien le handicap comme tel qui y fut considéré comme source du préjudice. L'arrêt Lionel est sans équivoque: « préjudice résultant pour l'enfant de son handicap »⁴⁴.

⁴⁰ Ahmed *et al.*, *op. cit.*, p. 249 ; V. Rispler-Chaim, « The right not to be born : abortion of the disadvantaged fetus in contemporary fatwas », *The Muslim World*, 1999, pp. 130-143.

⁴¹ Bruxelles, arrêt R.U., *op. cit.*, p. 14675/3, nos italiques. Voir aussi dans l'affaire R. B. « (...) le handicap dont souffre l'enfant des demandeurs n'est pas lui-même la conséquence d'une faute médicale ; (...) en sorte que si les fautes reprochées au défendeur se révélaient établies, leur seule conséquence à l'égard de l'enfant concerné, aura été de l'avoir laissé se développer alors qu'il était à l'état de fœtus et finalement de l'avoir laissé naître » (Civ. Mons, jugement R.B., *op. cit.*, 2^e feuillet).

⁴² Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 717

⁴³ *Ibid.*, p. 717

⁴⁴ Cass fr., Ass. plénière, 28 novembre 2001, *op. cit.*, p. 897

Quant à la décision prise en première instance dans l'affaire E.J., elle est plus ambiguë sur la définition du dommage puisqu'elle oscille entre les deux types de qualification. D'une part, le juge y utilise la formule « le handicap que l'on sait source d'un préjudice indéniable » et dit se rallier à la jurisprudence française qui utilise les termes « ... l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap ». Mais d'autre part, il utilise une formulation très particulière en affirmant que « l'enfant subi[t] assurément un préjudice d'être né dans des conditions (un handicap grave) qu'il n'a pas choisi »⁴⁵. Il s'agit alors non plus seulement de se centrer sur la « naissance handicapée » plutôt que sur le handicap, mais aussi de suggérer que c'est le caractère « non choisi » de cette condition de l'enfant qui poserait problème. Nul ne choisit les conditions de sa naissance. Et s'il s'agissait de se demander hypothétiquement si l'enfant en question les aurait acceptées s'il avait pu les choisir, même un tel test poserait problème. Nous y reviendrons (infra, n° 23 et s.).

19. Que penser de la stratégie de requalification des juridictions belges dans les affaires G. F. et R. U.? La Cour propose dans l'affaire R. U. de distinguer μ (« le handicap ») et ∂ (« être né avec un handicap »). Pour la Cour, l'erreur n'a pas causé μ (« le handicap ») car μ lui préexistait. Si μ préexiste à l'erreur, cette dernière n'en est donc aucunement une condition nécessaire – ni d'ailleurs une condition suffisante. Mais la Cour nous dit aussi que l'erreur a causé ∂ (« être né handicapé »), et que sans cette erreur, ∂ ne se serait pas réalisé. L'erreur fautive en est donc une condition nécessaire.

La distinction proposée est-elle dénuée de sens ? Pas nécessairement. Mais il faut souligner plusieurs choses. *D'abord*, si l'on considérait que la notion de handicap ne peut être utilisée qu'à partir de la naissance, cette distinction deviendrait inutile et n'empêcherait nullement de considérer que l'existence du handicap puisse se nourrir à deux sources, à savoir : un fait de la nature et un acte fautif.

Ensuite, à supposer que l'on accepte d'utiliser aussi le concept de handicap pour renvoyer aux conditions génétiques ayant donné lieu à l'apparition du handicap à la naissance, il importe de bien préciser le concept par rapport auquel contraster le handicap. Les expressions « être né avec un handicap » (arrêt R. U.) et « vivre handicapé » (jugement G. F.) sont ambiguës. La première risque la confusion avec le dommage aux parents (« naissance préjudiciable »). La seconde suggère que c'est la vie elle-même de la personne qui serait préjudiciable. Nous verrons que si l'idée d'une vie ne valant pas la peine d'être vécue peut avoir du sens *en tant que concept de dommage*, ce n'est pas un tel concept que vise l'expression « vivre handicapé » ni le concept de « vie préjudiciable » dans son acception classique.

La requalification opérée dans les affaires G. F. et R. U. pourrait donc avoir du sens, à condition que l'on n'y voie rien d'autre qu'une distinction entre « handicap prénatal » et « handicap post-natal ». On comprend en quoi la faute médicale peut contribuer à l'existence post-natale de ce handicap, sans devoir passer par des concepts moins directs comme « vie handicapée » ou « naissance avec un handicap ».

20. Ceci soulève à son tour deux difficultés. La première est celle de savoir si un « handicap post-natal » peut constituer un dommage. Nous y reviendrons (n° 23 et s.). La seconde est de déterminer pourquoi, eu égard à la théorie de l'équivalence des conditions, ces juridictions ont jugé nécessaire une telle requalification. C'est à cette seconde question que nous souhaiterions répondre d'abord. En doctrine, on a pu avancer l'hypothèse selon laquelle les critiques de l'arrêt Perruche se trompent parce qu'ils recourent à une conception trop étroite de la causalité, comprise en termes de causalité *efficiente*, c'est-à-dire préoccupée par l'identification de la - ou des - cause(s) prépondérante(s) d'un dommage⁴⁶. Or, dans la décision G. F., le tribunal invoque explicitement la théorie de l'équivalence des conditions qui se suffit d'un critère de *nécessité*. Il énonce :

⁴⁵ Civ. Bruxelles, jugement E.J., *op. cit.*, p. 484

⁴⁶ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », *Droits*, 2002, p. 122

« Attendu que conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, sont retenus comme causes d'un dommage les faits générateurs sans lesquels ce dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto* »⁴⁷.

Pourtant, le tribunal semble déduire du fait que le handicap résulte initialement d'une anomalie chromosomique, la conclusion selon laquelle la faute médicale ne saurait constituer un *autre* fait générateur de l'existence de ce handicap. Il affirme que « ce handicap n'est pas consécutif à une erreur médicale ». L'anomalie chromosomique n'étant pas une condition *suffisante* à l'existence du handicap une fois l'enfant né, rien n'interdisait au tribunal de considérer que l'erreur constitue malgré tout une autre condition *nécessaire* à l'existence de ce handicap.

21. En effet, à supposer que l'on puisse parler de dommage dans le type d'affaires qui nous concernent, le traitement le plus direct du concours de causalité entre le fait de la nature et l'acte fautif médical nous semble être le suivant. Plutôt que de recourir à des périphrases telles qu'« être né handicapé » ou « vivre handicapé » susceptibles de nourrir l'ambiguïté, l'on peut restreindre le champ d'application du concept de handicap au domaine *post-natal*. Il devient alors possible d'affirmer dans les cas types de « vie préjudiciable » que l'existence d'un tel handicap a bien deux causes : un fait de la nature (génétique ou lié au développement cellulaire lors de la grossesse) et un acte ou une abstention fautif du médecin, soit une reconnaissance explicite d'un concours de causalité. Ceci n'est d'ailleurs pas nié dans l'attendu cité plus haut puisqu'en affirmant que l'acte médical était une condition nécessaire au « fait d'être né avec un pareil handicap », la cour n'affirme pas pour autant qu'il en est la seule condition nécessaire.

De plus, on pourrait interpréter la théorie de l'équivalence des conditions - à l'inverse de celle de la cause efficiente - , de manière telle que la victime d'un dommage, si l'existence de ce dernier est avérée, puisse obtenir réparation de la *totalité* du dommage auprès de n'importe lequel des acteurs dont la faute fut nécessaire à l'existence du dommage. Et ce, même si sa faute n'en est ni la cause unique, ni d'ailleurs la cause efficiente. C'est vrai en cas de concours de plusieurs actes fautifs⁴⁸. Mais c'est sans doute vrai aussi, à suivre la logique de la théorie de l'équivalence des conditions, en cas de concours entre un acte fautif et un fait de la nature. Etre explicite sur l'existence d'un concours de causalité, sur le fait que le médecin n'est pas seul responsable d'une situation, n'empêche donc nullement de pouvoir attendre de lui une prise en charge de la réparation du dommage dans son entièreté, si dommage il y a bien sûr. Et si cette approche rend plus explicite le concours de causalité, cela ne préjuge évidemment pas - *de lege ferenda* - de la réponse à la question de savoir si la théorie de l'équivalence des conditions est *juste* lorsqu'elle ne passe pas à une réparation partielle en cas de concours de causalité. Car en effet, en cas de concours de causalité avec un fait de la nature, faire peser l'ensemble de la réparation sur l'auteur de l'acte fautif, quelle que soit son importance, peut apparaître excessif.

22. Concluons donc sur la question de la causalité, et sur l'intérêt particulier de l'arrêt rendu dans l'affaire R. U. à cet égard. On voit qu'il existe deux sources possibles de remise en cause partielle ou totale de la causalité. Le lien causal entre la faute et le dommage était-il certain? La cause du dommage était-elle à rechercher dans la seule faute du médecin ? D'une part, la Cour a affirmé dans l'affaire R. U. le caractère suffisamment certain du lien causal, rejetant la nécessité - envisagée également dans l'affaire G. F. - d'une requalification du dommage en termes de perte de chance. D'autre part, elle a considéré nécessaire une requalification de la nature du dommage, ce dernier résidant à ses yeux dans le fait d'« être né avec un pareil handicap ». Cette stratégie de requalification nous semble superflue. Elle brouille les cartes sur la nature du dommage prétendu, sans pour autant échapper à l'idée de concours de causalité. Et ce, alors même que ce concours ne remet pas en cause l'obligation de réparer

⁴⁷ Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 717

⁴⁸ B. Dubuisson, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, p. 474.

l'entière du dommage si l'on tire les conséquences de la théorie de l'équivalence des conditions.

3. L'absence de dommage standard à l'enfant

23. Dans les affaires de « vie préjudiciable », la discussion sur la *causalité* finit à un moment ou à un autre par butter sur la caractérisation de la nature du *dommage*. Ce n'est en rien une surprise tant il est vrai que c'est bien là que se situe le défi central. Afin d'offrir une analyse rigoureuse de la portée de l'arrêt R. U. sur ce point, il convient de partir d'un concept de dommage que l'on qualifiera de « contrefactuel ». Ce concept n'est pas lui-même sans poser de difficultés. Il constitue cependant un bon point de départ pour introduire la thèse sur laquelle nous appuierons l'analyse de la solution proposée par la Cour.

Partons d'un accident de roulage ayant occasionné des dommages corporels. Un automobiliste entre en collision avec un piéton et lui occasionne une fracture à la jambe. Imaginons que ni la faute, ni le lien de causalité ne soient contestés. Ce qui nous intéresse ici, c'est la nature du dommage. On pourra certes souhaiter opérer une comparaison entre l'état corporel de la victime *antérieur* à l'accident et son état *consécutif* à cet accident, la différence déterminant l'existence, la nature et l'ampleur du dommage. En réalité, la comparaison avec l'état *antérieur* vise à *prédire* quel aurait été l'état *contrefactuel* de la victime en l'absence de l'accident. Le concept « contrefactuel » de dommage requiert en effet une comparaison entre *deux états* d'une personne : son état effectif à un temps *t* *postérieur* à l'accident et son état contrefactuel à *ce même temps t*. A strictement parler, il s'agit donc de déterminer quel *aurait été* l'état de la victime si la faute n'avait pas été commise, plutôt que de simplement déterminer quel *était* l'état de cette victime avant la faute⁴⁹. Voici donc une définition :

Concept standard de dommage : Il y a dommage si l'état de la victime suite à l'acte dommageable est pire que celui qui *aurait été* le sien en l'absence de cet acte.

24. Mobilisons à présent ce concept standard dans une affaire de type « vie préjudiciable » et illustrons la difficulté à partir de la définition du dommage adoptée par le juge dans l'affaire R. B. :

« [...] il faut rechercher si, concrètement, les conditions d'existence auxquelles le contraint son handicap sont telles qu'il eut été *préférable pour lui* de ne pas venir au monde »⁵⁰.

Le problème saute immédiatement aux yeux. Il convient de comparer deux états possibles (l'un actuel, l'autre contrefactuel) d'une même personne. Or, en l'absence de l'acte prétendument dommageable, il est raisonnable de postuler que l'enfant ne serait pas né. L'acte supposé dommageable est donc une *condition nécessaire à l'existence même de la victime* et, par conséquent, à l'existence du prétendu « dommage » subi par cette victime. C'est cela qui rend l'usage du concept standard de dommage impossible dans ce type de cas. Et c'est en cela aussi que les parties appelantes dans l'affaire E.J. ont à la fois raison et tort. Elles ont raison lorsqu'elles soulignent que « soit l'enfant ne venait pas au monde, soit elle naissait avec le handicap congénital dont elle souffre à l'heure actuelle »⁵¹. Nous verrons qu'il est par contre trop rapide d'affirmer - comme elles le font - que « la vie en elle-même ne [peut] être considérée comme un dommage »⁵² (infra, n° 27 et s.)

25. Il ne s'agit pas ici simplement d'un problème épistémique lié à une impossibilité d'évaluer la valeur de l'état contrefactuel du petit R. B. ou de la petite R. U., et de le comparer avec leur

⁴⁹ C'est à ce niveau aussi que se pose la question de l'alternative légitime. Voir. B. Dubuisson, « Jurisprudence.. », *op. cit.*, p. 748.

⁵⁰ Civ. Mons, jugement R. B., *op. cit.*, 3^e feuillet (nos italiques)

⁵¹ Bruxelles, arrêt E.J., *op. cit.*, p. 14674/4

⁵² *Ibid.*

état actuel. Le problème est plus radical. Il réside dans le fait que c'est tout simplement un abus de langage que d'affirmer qu'une *personne* n'existe pas. La forme privative d' « exister » est grammaticalement correcte. Mais elle n'a pas de sujet *réel*. Il s'agit de ce que les philosophes désignent comme un « objet non-existant »⁵³. Le problème n'est plus alors lié à la difficulté d'évaluer la valeur de l'inexistence pour cette personne. Il a trait plus radicalement à l'idée selon laquelle il n'y a plus de personne du tout dans l'alternative⁵⁴. Et s'il n'y a pas de personne au sens réel du terme dans l'alternative, elle ne saurait avoir d'*état*. L'inexistence n'est pas un état. La thèse est donc que cela n'a tout simplement pas de sens d'utiliser un concept standard de dommage dans un cas de type « vie préjudiciable ». Nous nous trouvons *en dehors du champ d'application* du concept standard de dommage, et donc de préjudice. Insister pour l'utiliser, c'est *mutatis mutandis* comme si l'on avançait l'idée d'un dommage corporel post-mortem d'un défunt en cas de violation de sépulture, tout en considérant que les morts n'existent pas.

26. Ceci n'empêche évidemment pas de tenter de recourir à des concepts alternatifs de dommage. Et c'est précisément la tâche que semble entreprendre la Cour dans l'affaire R.U., de façon assez remarquable. Elle va recourir à un test d'évaluation du dommage qui mobilise nécessairement un concept alternatif de dommage. Insistons-y. Nous allons montrer que la Cour a eu raison de recourir à ce concept alternatif de dommage dans l'affaire commentée. Il n'en reste pas moins que dans toutes les affaires de vie préjudiciable, que ce soit celle de la petite R.U. ou d'autres, le concept *standard* de dommage ne saurait quant à lui être mobilisé lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un dommage à l'enfant. Et comme le concept alternatif mobilisé dispose d'un champ d'application très restreint, il en découle que dans la majeure partie des affaires où une action en « vie préjudiciable » est introduite, une telle qualification n'a pas de sens. Elle n'en a pas, non seulement au regard d'une théorie philosophique, mais surtout ici au regard du droit positif des obligations⁵⁵.

4. Un concept soléique de dommage

27. Sans paraître renoncer au concept standard de dommage, la Cour statuant dans l'affaire R. U. avait estimé devoir requalifier la nature du dommage. Nous voudrions montrer à présent que la Cour a mobilisé un concept alternatif de dommage. Voici le passage clef :

« Qu'il ne s'agit pas, pour la cour, d'apprécier si la vie de R. valait ou non la peine d'être vécue, appréciation assurément subjective, mais d'entendre à cet égard le point de vue exprimé par les époux U., en leur qualité de représentants légaux de leur fille mineure d'abord – et, à ce titre, seuls titulaires du droit d'agir en son nom – et en leur qualité d'ayants droit de celle-ci ensuite – et à ce titre, autorisés à faire valoir les droits qu'ils avaient mis en œuvre en son nom avant son décès »⁵⁶.

On pourrait être tenté de lire cet attendu trop rapidement comme signifiant que l'évaluation du dommage n'implique *pas* de déterminer si la vie de R. U. vaut la peine d'être vécue. Ce n'est pourtant pas ce que dit la Cour. Elle se positionne en réalité sur deux fronts. D'abord, elle affirme que le test visant à déterminer s'il y a dommage repose bien sur la question de savoir si la vie de R. U. « vaut la peine d'être vécue ». L'utilisation des termes « à cet égard » confirme une telle interprétation. Et ce point est crucial. Ensuite, elle précise à qui il appartient de se prononcer sur ce test: aux seuls parents, et non au juge, à un expert ou à la partie adverse. Nous développerons d'abord le premier point pour revenir ensuite de manière critique sur le second (n° 34 et s.).

⁵³ M. Reicher, « Nonexistent Objects », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, E. Zalta (ed.), 2010, <http://plato.stanford.edu/>

⁵⁴ Sur cette distinction : Gosseries, *Penser...*, *op. cit.*, p. 53-54

⁵⁵ Pour de plus amples développements : A. Gosseries, *Penser...*, *op. cit.*, chap. 1

⁵⁶ Bruxelles, arrêt R.U., *op. cit.*, p. 14675/3. On comparera ceci avec l'affirmation du tribunal dans l'affaire R. B. selon laquelle « l'avortement n'est pas un droit, *pas plus que la vie n'est un préjudice* ». (1^{er} feuillet, nos italiques)

28. Recourir au critère « vaut la peine d'être vécue » (ci-après « critère VPV ») est une prise de position jurisprudentielle aussi audacieuse que judicieuse. Car il ne s'agit pas dans ce cas de recourir à un tel critère dans un contexte comme celui qui consiste pour une mère à juger de l'opportunité d'un recours ou non à une interruption de grossesse. Il s'agit d'utiliser ce critère dans le cadre du droit de la responsabilité *pour déterminer s'il y a un dommage à l'enfant*. Il n'apparaît pas qu'un arrêt comme l'arrêt Perruche ait mobilisé d'aucune manière cette idée selon laquelle la vie de Nicolas ne valait pas la peine d'être vécue⁵⁷.

De plus, le critère VPV ne peut constituer la mise en œuvre du concept *standard* de dommage, sauf à présumer quelque chose comme un état alternatif de R. U. qui serait « son » inexistence et qui vaudrait la peine d'être « vécue ». Le critère VPV relève donc clairement d'un concept alternatif de dommage. Plutôt que de comparer deux états de la même personne, voire l'état de l'enfant actuel avec celui d'un *autre* enfant contrefactuel, il s'agit ici de comparer l'état actuel d'un enfant à un seuil. Nous l'avons qualifié ailleurs de seuil « de dignité », même si ce n'est pas ce que la Cour utilise ici comme terme. Nous l'avons cependant fait dans un sens précis : celui d'une vie *digne ou non de son titulaire*, plutôt que celui d'un comportement *digne ou non du groupe auquel appartient une personne – par exemple l'espèce humaine*⁵⁸. Il s'agit d'un seuil en dessous duquel la vie d'une personne ne vaudrait pas la peine d'être vécue. On peut qualifier ce concept alternatif de dommage de « soléique »⁵⁹. Amener une personne en dessous d'un tel état constituerait un dommage, et ce nonobstant l'impossibilité de comparer l'état de cette personne avec un état alternatif contrefactuel de cette même personne.

Nous avons montré ailleurs pourquoi un tel concept de dommage basé sur un seuil a tout son sens si ce seuil n'est pas élevé à celui d'un niveau de normalité⁶⁰. Même si son domaine d'application est très limité, ce concept de dommage offre l'avantage de ne pas être mis hors champ lorsque l'acte supposé dommageable est aussi une condition nécessaire à l'existence même de sa victime, comme c'est le cas dans toutes les actions de « vie préjudiciable ». En bref, une personne a subi un dommage au sens *soléique* du terme si elle a été mise au monde dans des conditions incompatibles avec l'atteinte d'un seuil minimal:

Concept soléique de dommage : Il y a dommage si l'état de la victime est inférieur à celui du seuil de référence, celui dernier étant défini par exemple par le critère VPV.

29. Soulignons quatre choses. *Primo*, à notre sens, ce seuil minimum d'une vie ne valant pas la peine d'être vécue est dépassé (vers le haut) dans un grand nombre des affaires où une action en « vie préjudiciable » est introduite. Ce qui veut dire que même au sens soléique du terme, de telles vies ne peuvent être dites « préjudiciables » pour l'enfant. Il ne faut donc pas trop attendre de ce concept alternatif en pratique, tant son champ d'application nous paraît devoir rester limité.

Sur base de l'information partielle ressortant des décisions judiciaires, dans les affaires G.F. (trisomie 21), mais aussi E.J. (malformation majeure des bras), la position selon laquelle les vies de ces enfants ne vaudraient pas la peine d'être vécues nous paraît très problématique. Les cas R.B. (holoprosencéphalie) et R.U. (Sanfilippo B) sont peut-être plus délicats, même s'il semble que des enfants atteints du syndrome de Sanfilippo B peuvent dans certains cas mener une vie normale dans les premières années de leur vie. Notons aussi que si la Cour dans l'arrêt rendu dans l'affaire R.U. conclut bien à l'existence d'un dommage à l'enfant, elle ne le fait pas finalement sur base du critère VPV mais sur base d'un concept standard de

⁵⁷ Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 128

⁵⁸ Gosseries, *Penser..., op. cit.*, p. 72-77.

⁵⁹ Du latin *solea* (seuil). Voir par exemple : D. Parfit ; *op. cit.*, chap. 16 (discussion du problème de non-identité en postulant une « life worth living »); B. Steinbock, « Wrongful Life and Procreative Decisions », in M. Roberts & D. Wasserman (eds.), *op. cit.*, pp. 155-178, en particulier p. 164

⁶⁰ Gosseries, *Penser..., op. cit.*, p. 75.

dommage, ce qui est problématique. Elle caractérise en effet le dommage à l'enfant comme consistant « dans le fait d'être né avec un handicap et de devoir vivre handicapé »⁶¹.

Secundo, dans l'hypothèse où le critère VPV ne serait pas satisfait, la vie de l'enfant ne valant pas la peine d'être vécue, cela signifie seulement qu'il y a dommage. Encore faudra-t-il que cette vie « dommageable » puisse être qualifiée de « préjudiciable » pour donner lieu à réparation. Le passage du dommage au préjudice présuppose l'existence d'un droit - ou à tout le moins d'un intérêt légitime - à ne pas naître, opposable au médecin mais aussi éventuellement à la mère. La reconnaissance du préjudice présuppose donc un dommage, mais aussi un intérêt légitime à ne pas naître de l'enfant à naître et une faute.

Ceci est essentiel, notamment quant à la question de savoir si la mère elle-même aurait l'obligation de faire pratiquer une interruption de grossesse si elle savait que la vie de son futur enfant n'atteindra pas le seuil VPV. La question d'une responsabilité de la mère est éminemment délicate, même si elle n'est pas nouvelle et qu'elle se pose rarement en pratique puisque ce sont généralement les parents qui représentent leur enfant en justice. Mais c'est clairement sur le plan de l'existence ou non d'une *faute* qu'elle doit être posée dans ce cas, pas sur celui de l'existence ou non d'un *dommage*⁶².

Cette question est ouverte à notre sens. Elle invite à revisiter sous un jour nouveau l'étendue des droits et obligations de la mère tels qu'ils résultent de l'article 350 du code pénal⁶³. Cette tension avec les prérogatives de la mère sera évidemment d'autant moins forte que le concept alternatif de dommage mobilisé a un champ d'application soit limité. On remarquera enfin qu'analyser – comme le fait la juge dans l'affaire G.F. - , la nature du droit de l'enfant à naître comme « un droit qui est pour lui « le prolongement, ou plus exactement, un élément du droit de la femme », dont il faisait indissociablement partie au stade de sa conception, d'interrompre sa grossesse dans les conditions déterminées par la loi » rend particulièrement délicate l'analyse des droits respectifs de la mère et de l'enfant à naître⁶⁴.

Tertio, le recours à un critère VPV n'est pas sans conséquences sur le calcul de la réparation. Si le dommage consiste dans le fait de ne pas atteindre ce seuil VPV, le calcul de la réparation doit consister dans l'identification de ce qui est nécessaire à atteindre une vie qui vaille la peine d'être vécue, et non le niveau – plus élevé – des conditions d'une vie normale. Ainsi, non seulement le champ d'application du concept soléique de dommage est-il restreint. Mais si l'on souhaite rester cohérent, la réparation en cas de dommage sera elle aussi limitée, dans les rares hypothèses où il y aura dommage au sens soléique. Une réparation clairement trop limitée à notre sens pour qu'il soit décent de faire dépendre le sort des enfants concernés du seul droit des obligations.

Quater, la position adoptée par la Cour d'appel dans l'affaire R.U. doit être soigneusement articulée avec la position de la Cour de cassation confirmée dans un arrêt du 22 décembre 1992 en matière de droit à la vie. Elle fut développée à propos d'affaires portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi relative à la dépénalisation de l'avortement. La Cour avait estimé à cet égard, dans un arrêt relatif à un cas d'avortement, se référant à l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que

« le droit à la vie au sens de [cet article] ne vise que le droit à la vie physique au sens usuel du terme et non ce que l'on pourrait d'après une propre opinion subjective, considérer comme étant ou non *une vie digne d'être vécue* »⁶⁵.

30. Avant de revenir sur l'interprétation d'un tel attendu, soulignons à nouveau que la

⁶¹ Bruxelles, arrêt R.U. , *op. cit.* , p. 14675/4

⁶² Par exemple : Genicot, *op. cit.* , pp. 94-95 ; Fabre-Magnan, *op. cit.* , p. 125.

⁶³ Voir : Genicot, *op. cit.* , p. 95 ; Marchetti *et al.* , *op. cit.* , p. 125-126

⁶⁴ Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.* , p. 717.

⁶⁵ Cass., 2è ch, 22 déc. 1992, *Pas.* , 1992, II, p. 1405.

possibilité d'un dommage n'implique pas automatiquement d'y voir un préjudice⁶⁶. C'est ici que les considérations complémentaires de la Cour d'appel dans l'affaire R.U. relatives à la notion d' *intérêt lésé* sont importantes. Elle a précisé en effet:

« Qu'un dommage peut être indemnisé même s'il ne consiste pas en une 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;
Qu'en l'espèce, l'enfant à naître avait un intérêt certain et légitime à faire l'objet d'un avortement thérapeutique, auquel il a été vu qu'en l'espèce, sa mère aurait eu recours si elle avait été dûment informée de l'affection de l'enfant »⁶⁷.

Cet attendu fait écho à celui du jugement rendu dans l'affaire G. F. qui précisait 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 »⁶⁸.

Sur base des ces deux derniers extraits, on peut avancer une réflexion en trois temps. D'abord, les deux juridictions affirment la possibilité pour un fœtus d'être titulaire d'un intérêt. Et puisque la lésion de cet intérêt ouvre la possibilité d'une réparation, le dommage peut être considéré comme un préjudice. Le tribunal précise dans l'affaire G.F., à la différence de la Cour dans le cas R.U., qu'il n'est possible de s'en prévaloir que rétroactivement après la naissance⁶⁹.

Ensuite, l'idée d'intérêt de l'enfant à naître n'implique-elle pas celle de *droit à naître* dans son chef? Le fait que l'article 350, al. 2, 4° du Code pénal restreigne la possibilité d'un avortement après 12 semaines ne suffit probablement pas, à lui seul, à conduire à la reconnaissance de *droits* du fœtus, en ce compris un droit à naître à certaines conditions après 12 semaines. Par contre, la Cour de cassation dans l'arrêt du 22 décembre 1992 précité avait clairement déduit de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le *droit à la vie* qui y était reconnu « inclut la protection de la vie de l'enfant dès avant sa naissance »⁷⁰. Si l'on suit la Cour de cassation dans cet arrêt portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de dépénalisation, il nous semble que si cette dernière loi a *restreint* ce droit à la vie du fœtus, elle ne l'a certainement *pas réduit à néant*, étant donné les deux conditions alternatives imposées par l'article 350, al 2, 4° du Code pénal⁷¹.

Enfin, si la position de la Cour de cassation n'exclut donc pas l'idée de *droits* d'un enfant à naître, il s'agissait dans l'arrêt de la juridiction suprême d'un droit à *la vie*, alors que ce dont il est question ici, c'est d'un intérêt, voire d'un droit à *ne pas naître*. Si la formulation de la juridiction de première instance dans l'affaire G.F. est moins directe, la Cour dans l'affaire R.U. affirme nettement que les intérêts dont peut être titulaire un fœtus peuvent inclure dans certains cas un *intérêt à ne pas naître*, sans pour autant affirmer - ni infirmer d'ailleurs - l'existence d'un *droit à ne pas naître* dans les conditions concernées. Cette position - qui nous semble justifiée dans les limites précisées ci-après - entre en tension avec le refus de la Cour de cassation de déduire un *droit* de l'enfant à naître « à une vie digne d'être vécue ».

⁶⁶ Dans le même sens, mais en d'autres termes : Marchetti *et al.*, *op. cit.*, n° 15

⁶⁷ Bruxelles, arrêt R.U., *op. cit.*, p. 14675/4

⁶⁸ Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 717-718

⁶⁹ Sur ce point : Marchetti *et al.*, *op. cit.*, p. 125

⁷⁰ Cass, 22 déc 1992, *op. cit.*, p. 1405

⁷¹ Voir N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 383.

31. En effet, une fois exploré le principe d'un intérêt à ne pas naître de l'enfant à naître, encore faut-il s'accorder sur l'*étendue* de cet intérêt. L'idée d'un intérêt – voire d'un droit – à ne pas naître ne nous apparaît pas dénuée de sens, à condition qu'il s'agisse d'éviter une vie ne valant pas la peine d'être vécue (critère VPV). Par contre, l'idée d'intérêt à ne pas naître n'aurait *pas* de sens si on en élargissait le champ d'application. Le problème ne réside donc pas à ici dans une éventuelle contradiction performative entre le contenu d'un tel intérêt à ne pas naître et le fait même de s'en prévaloir, en particulier au prétoire⁷². C'est sur le plan sémantique qu'il se pose, et de façon très directe : si la vie d'un enfant *vaut* la peine d'être vécue, pourquoi aurait-il un intérêt à ne *pas* naître ?

Les attendus des décisions dans les affaires G.F. et R.U. ne sont pas explicites sur l'étendue de cet intérêt à ne pas naître, leurs positions divergeant potentiellement. Dans l'affaire R.U., la Cour entame la phrase par « en l'espèce ». Elle a par ailleurs eu recours dans le même arrêt au critère VPV. Ceci laisse a priori ouverte une interprétation étroite – et judicieuse à notre sens – d'un tel intérêt à ne pas naître. Mais dans le même temps, la Cour semble rechercher une filiation d'un tel intérêt dans l'article 350 lui-même, ce qui invite à une interprétation plus large du champ de l'intérêt à ne pas naître. Elle précise en effet

« Que l'existence, dans notre arsenal législatif, de l'article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal autorisant l'avortement thérapeutique, démontre que le législateur a lui-même consacré juridiquement l'idée suivant laquelle le préjudice lié au handicap n'est pas effacé par le seul fait de vivre ;

Qu'en adoptant cette disposition, la législation a nécessairement voulu permettre d'éviter de donner la vie à des enfants atteints d'anomalies graves, en ayant égard, non seulement à l'intérêt de la mère, mais *aussi à celui de l'enfant à naître lui-même* » (nos italiques)⁷³

Dans l'affaire G.F., le tribunal réserve la reconnaissance d'un intérêt à ne pas naître aux situations de « handicap très grave et incurable ». La notion de handicap « très grave » est plus large que celle de « handicap tel que la vie de son titulaire ne vaille pas la vie d'être vécue ». Elle fait clairement écho à l'article 350, al. 2, 4° du code pénal, ce dernier ayant recours à la notion d'« affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

32. Ceci suggère deux choses. *Primo*, la notion d'intérêt à ne pas naître ne peut être défendue à notre avis que dans les cas d'une vie qui ne vaudrait pas la peine d'être vécue. Elle est conforme au critère VPV proposé par la Cour dans l'affaire R.U. Mais elle entre alors en tension d'une part avec la position de la Cour de cassation dans l'arrêt précité de 1992, et d'autre part avec la volonté – présente dans les décisions R.U. et G.F. – d'en rechercher le fondement dans l'article 350 du Code pénal.

Secundo, il en découle que le *contenu* d'un intérêt à ne pas naître ne saurait être déduit de l'article 350 Code pénal, au risque de lui donner un champ absurde, s'étendant à des vies valant la peine d'être vécues. De plus, le critère VPV lui-même ne saurait être déduit non plus de l'article 350 Code pénal dont le champ est beaucoup plus large. A notre sens, c'est directement de l'article 1382 lui-même qu'il faut déduire le concept soléique de dommage. C'est donc de là aussi qu'il faut conclure à l'existence d'un intérêt à ne pas naître dans les cas où la vie de l'enfant ne vaudrait pas la peine d'être vécue. Et c'est en cela qu'il faut voir dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire R. U. une avancée jurisprudentielle aussi audacieuse que convaincante. Elle ouvre, sans en prendre pleinement la mesure, une

⁷² Contra : Genicot, *op. cit.*, pp. 91-92 ; Marchetti *et al.*, *op. cit.*, p. 125

⁷³ On notera ici une différence avec la décision prise dans l'affaire G. F. où le tribunal souligne le fait que c'est la *restriction* du droit à avorter à des conditions strictes qui traduit la prise en considération de l'intérêt de la mère, mais aussi celui de l'être en devenir [que le législateur] a entendu ainsi protéger » (Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 718)

nouvelle interprétation de l'article 1382 C. civ., appuyée sans doute à une interprétation particulière de la notion de dignité humaine et des obligations qu'elle engendre.

Notons aussi que si la reconnaissance d'un intérêt à ne pas naître avec une vie ne valant pas la peine d'être vécue ne peut être déduite de la loi de dépénalisation de l'avortement elle-même, la possibilité de considérer un acte allant à l'encontre d'un tel intérêt comme une faute dépend par contre bien, quant à elle, des possibilités ouvertes aux personnes par la loi de dépénalisation.

33. C'est à la lumière de telles considérations qu'il convient enfin de relire la décision rendue dans l'affaire G. F. où le tribunal affirme :

« en autorisant l'avortement sans limite de temps, en cas d'affection d'une particulière gravité et incurable, le législateur belge a lui-même accepté l'idée que l'absence de vie peut, dans certains cas, être *préférable* à une vie gravement altérée (...) »⁷⁴.

L'attendu est ici plus ambigu puisqu'il n'est pas précisé *pour qui* l'absence de vie peut être préférable – contrairement à l'attendu cité plus haut (n° 24) où le tribunal de Mons avait utilisé l'expression « préférable pour lui ». Autoriser l'avortement présuppose certes qu'il puisse être préférable qu'un enfant ne naisse pas dans certains cas – ou du moins qu'on autorise des adultes à agir sur cette présupposition. Cependant, cela pourrait a priori être préférable pour les parents eux-mêmes, pour la société dans son ensemble ou pour l'enfant lui-même. La dépénalisation de l'avortement ne présuppose pas nécessairement une préféralité *pour l'enfant* – même entendue à travers l'idée de seuil – puisque la décision de la mère ne doit pas nécessairement être motivée de cette manière, même en cas d'avortement thérapeutique. L'idée de « handicap très grave et incurable » n'est donc pas univoque en ce sens. Si elle peut traduire une préoccupation pour l'enfant lui-même, elle peut tout autant avoir trait, non seulement aux difficultés de santé qu'une poursuite de la grossesse engendrerait pour la mère, mais aussi aux difficultés que rencontreraient les parents à faire face à un handicap d'une telle gravité.

5. Qui doit juger de l'existence du dommage ?

34. Nous voudrions, avant de conclure, revenir sur la question de savoir à qui il appartient de déterminer si dommage il y a et quelle est son ampleur. Il existe trois types de réponses possibles. Soit, on considère que c'est à l'enfant seul d'en décider. C'est la position adoptée par le tribunal dans l'affaire G. F. : « il n'appartient pas au juge, ni *a fortiori* à un expert comme le sollicitent les parties défenderesses, de fixer des critères objectifs distinguant la vie acceptable de celle qui ne l'est pas, [...] seul [G.] étant apte et habilité à porter un jugement sur la vie qui est la sienne »⁷⁵. Les parties appelantes dans l'affaire E. J. ont défendu la même position : « Nul n'a le droit de décider pour autrui si la vie de celui-ci vaut d'être vécue. La pulsion de vivre ne dépend pas de critères objectifs. C'est une appréciation individuelle et subjective qui appartient à chacun des individus [...]. La perception que peut avoir un être humain de son bien-être est de l'ordre du subjectif »⁷⁶. La Cour n'a pas répondu à ce moyen, se limitant à ce stade de la procédure à statuer sur la recevabilité de l'action.

35. La position selon laquelle il appartiendrait à la seule victime de déterminer si elle a ou non subi un dommage pose des difficultés manifestes quant à sa justification et à ses conséquences⁷⁷. Au plan de la *justification*, dans bien des cas, la nature du dommage comporte une dimension subjective. Ce n'est pas spécifique au type d'affaires dont nous traitons ici. Ce qui est particulier est évidemment l'ampleur du jugement dont il s'agit ici, puisqu'il ne s'agit pas simplement d'établir l'existence d'un dommage particulier mais plutôt

⁷⁴ Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 718 (nos italiques).

⁷⁵ Civ. Bruxelles, jugement G.F., *op. cit.*, p. 718

⁷⁶ Bruxelles, arrêt E. J., *op. cit.*, 14674/4

⁷⁷ Voir aussi Marchetti *et al.*, *op. cit.*, p. 124

de déterminer si la condition même qui est celle d'une personne est *dans son ensemble* constitutive d'un dommage. Mais il importe dans le même temps de souligner qu'il ne s'agit pas ici d'une évaluation dont la conséquence serait l'imposition d'une euthanasie. Si la loi autorise une mère à recourir à un avortement sans avoir nécessairement à démontrer que la vie de son enfant ne vaudrait pas la peine d'être vécue, on voit mal *a fortiori* pourquoi cette même mère ne serait pas autorisée à indiquer les raisons pour lesquelles elle pense que la vie de son enfant ne vaut pas la peine d'être vécue, avec cette fois pour seule conséquence une indemnisation et non une « condamnation » à la non-existence.

Au plan des *conséquences*, n'accepter de s'en remettre qu'au seul jugement de la *victime* équivaut à ne pas pouvoir répondre à la question dans tous les cas où l'enfant ne serait pas en mesure de s'exprimer ou dans ceux où il décèderait avant l'âge de raison. D'autre part, il paraît particulièrement problématique de confier à une des parties au procès le soin de déterminer seule l'ampleur de son dommage que les parties adverses seraient tenues de réparer, quelles que soient les difficultés que pose l'évaluation concernée.

36. Qu'en est-il de la possibilité d'élargir aux *parents* la possibilité d'une telle évaluation, à l'exclusion du juge ? Cette approche a le mérite de permettre au juge de statuer même si la victime n'est pas en mesure de s'exprimer. Mais elle pose avec autant de vigueur la difficulté qui résulte du fait de confier à une partie, et à elle seule, le soin de déterminer l'existence et l'ampleur du dommage que les parties adverses auront à réparer. Il se peut que l'on soit tenté d'accorder une telle place prépondérante aux parents en raison d'un lien établi avec les prérogatives de la mère en cas d'avortement⁷⁸. Le tribunal de première instance de Mons établit un tel lien de façon explicite dans l'affaire R. B. :

« [...] si les parents peuvent ainsi légitimement décider durant la grossesse, que l'intérêt de l'enfant à naître commande qu'il ne soit pas mis au monde, il doit leur être également permis après la naissance de soutenir dans le cadre d'un procès en responsabilité que la vie donnée à leur enfant lui est préjudiciable ».⁷⁹

Les termes utilisés sont pourtant ambigus – « permis (...) de soutenir » dans le cas R. B., à mettre en regard d' « entendre (...) les époux » dans celui de R. U. Surtout, le juge a estimé que les éléments d'information dont il disposait étaient insuffisants pour « vérifier si le préjudice invoqué au nom de R. B. est suffisamment certain »⁸⁰. Le juge a ainsi implicitement confirmé que c'est bien à *lui* – et non aux parents – qu'il appartient de statuer sur l'existence ou non d'un dommage à l'enfant.

37. Dans l'affaire R. U., la Cour a par contre clairement précisé « qu'il ne s'agit pas, pour la cour, d'apprécier si la vie de R. valait ou non la peine d'être vécue, appréciation assurément subjective, mais d'entendre à cet égard le point de vue exprimé par les époux U., en leur qualité de représentants légaux de leur fille ». Nous avons indiqué pourquoi une telle position est problématique. Il ne nous semble pas pour le surplus qu'elle puisse être déduite par extension du contenu de l'article 350 du code pénal. En effet, si tel était le cas, cette prérogative devrait être limitée à la *mère*, et non étendue aux deux parents. De plus, ce que la décision de la mère engage dans le cas d'un avortement diffère de ce qu'elle engage dans une affaire de vie préjudiciable. En effet, les coûts liés à la décision d'une mère de renoncer ou non à garder son bébé ont une distribution et une ampleur qui diffèrent de celles des coûts résultant pour autrui d'une décision reconnaissant l'existence d'une vie préjudiciable. Enfin, c'est une chose d'accorder un droit à une mère de ne pas enfanter. C'en est une autre de lui accorder *comme partie à la cause* le droit de déterminer de combien la partie adverse lui sera redevable. Nous avons vu plus haut combien l'articulation entre la loi sur l'avortement et la

⁷⁸ En France : M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 123

⁷⁹ Civ. Mons, jugement R.B., *op.cit.*, 3^{ème} feuillet

⁸⁰ *Ibid.* Voir aussi : « Il importe toutefois de vérifier, à défaut pour [R. B.] de pouvoir jamais s'exprimer sur ce point, si c'est légitimement que les demandeurs invoquent en son nom, que sa propre vie constitue pour lui un dommage » (*Ibid.*, 2^è feuillet).

définition du dommage en cas de « vie préjudiciable » est à la fois essentielle (n° 14) et problématique (n° 9 et 32). En voici encore une illustration.

Conclusion

38. Chacune des affaires de « vie préjudiciable » laisse deviner des moments de grande souffrance. Mais ceci ne doit pas nous empêcher de prendre du recul et de réfléchir à la façon dont la société en général et le droit en particulier doivent y faire face. Nous avons défendu la thèse générale selon laquelle dans son sens « contrefactualiste », mais peut-être même aussi dans son acception « soléique », le concept de dommage ne peut être utilisé dans l'affaire R.U. Cette position se heurtera certainement à une critique dont l'extrait suivant est représentatif :

« Les auteurs qui paraissent peu favorables à la décision de l'arrêt [Perruche] ou qui émettent une opinion mitigée reconnaissent que la société a le devoir de soulager par une aide appropriée les souffrances des handicapés. La charité plutôt que la justice. Mais la dignité du handicapé est-elle mieux respectée par ceux qui le transforment en assisté social que par ceux qui lui reconnaissent un droit de créance contre les professionnels de la santé publique n'ayant pas su prévenir sa naissance dans les conditions où celle-ci aurait pu être prévisible »⁸¹.

39. Nous pensons que l'approche défendue dans cet extrait pose trois difficultés majeures sur le plan de la justice. *Primo*, elle présuppose que le droit social serait affaire de charité, seul le droit de la responsabilité extra-contractuelle relevant véritablement de la justice. Ceci est contestable⁸². *Secundo*, si l'on accepte l'idée que les professionnels de la santé impliqués dans ce type d'affaires ne sont pas responsables dans la plupart des cas – même s'ils sont fautifs – d'un dommage à l'enfant, pourquoi serait-il juste de faire porter à eux seuls le poids d'une réparation dont le financement incomberait en toute justice à l'ensemble d'entre nous. Recourir exclusivement au droit de la responsabilité plutôt qu'au droit social équivaut, *mutatis mutandis*, à faire prendre en charge les dégâts de catastrophes naturelles exclusivement par des secouristes fautifs plutôt que par un fonds des calamités financé par l'ensemble de la collectivité. Insister sur l'existence d'une *faute* du médecin ne suffit pas à cet égard si l'on ne peut montrer qu'elle est la source d'un préjudice à l'enfant, ce qui ne sera le cas que si le seuil VPV n'est pas atteint. *Tertio*, faire dépendre le sort des handicapés dans ce type de cas du seul droit de la responsabilité laisse sans recours tous ceux qui, victimes d'un handicap congénital, n'auraient pas eu la « chance » d'avoir été pris en charge par un médecin fautif.

Voilà pourquoi le recours à des actions de type « vie préjudiciable » n'est pas seulement problématique sur le plan strictement conceptuel, sauf dans des cas exceptionnels où le seuil VPV ne serait pas atteint. Il est surtout injuste, tant entre *contributeurs* potentiels qu'entre *victimes* de handicap. Et s'il est vrai qu'il n'appartient pas au juge de se substituer au législateur quand il est défaillant, il convient alors à notre sens d'explorer en priorité la possibilité d'une notion extensive de dommage aux parents, permettant de faire face aux difficultés de l'enfant. Une telle solution ne résoudra pas le problème d'injustice entre contributeurs potentiels et entre victimes. Mais elle a au moins le mérite d'éviter l'incohérence liée au recours à un concept standard de dommage à l'enfant dans ce type d'affaires⁸³.

40. Que penser de l'arrêt commenté ? Il présente une série de difficultés qui ont trait à :

⁸¹ F. Rigaux, « Observations – Du bon et du mauvais usage de l'alternative » (sous Cass. fr., 17 novembre 2000), *Rev. Trim dr. h.*, 2001, p. 1265.

⁸² Dans le même sens : Marchetti et al, *op. cit.*, p. 132

⁸³ Pour plus de développements : Gosseries, *Penser...*, *op. cit.*, p. 65-66

- la manière dont la cour a répondu au moyen relatif aux exigences de la loi islamique (n° 16)
- la question de savoir s'il est nécessaire de requalifier la nature du dommage en « être né avec un pareil handicap » afin de répondre à la stratégie d'amont (n° 21)
- celle de savoir s'il y a effectivement dommage en l'espèce (n° 29)
- la circonstance que ce n'est pas le concept soléique que la Cour utilise *in fine* pour conclure à l'existence d'un dommage à l'enfant (n° 29)
- la base légale du critère VPV (n° 32)
- la question de savoir à qui il appartient de déterminer si dommage il y a (n° 37)

Ceci étant, soulignons deux enseignements importants de l'arrêt. Le premier est que la Cour a certes envisagé au moins trois caractérisations du dommage à l'enfant dans le cadre du concept standard de dommage : perte de chance (n° 15), handicap, naissance ou vie handicapée (n° 18-19). Pourtant, sans en prendre la pleine mesure, elle a aussi considéré comme applicable un concept alternatif – soléique – de dommage (n° 27 et s.), le seuil étant celui en dessous duquel une vie ne vaut pas la peine d'être vécue. A notre sens, c'est l'unique stratégie disponible si l'on veut utiliser un concept plausible de dommage à l'enfant dans ce type d'affaires. On insistera cependant aussi sur le fait que le champ d'un tel concept alternatif est limité. Ne surestimons donc pas la portée pratique de cette avancée jurisprudentielle.

L'autre enseignement est qu'il importe d'éclaircir la nature des relations entre les actions en vie préjudiciable et l'article 350 du code pénal. La dépénalisation de l'avortement a indéniablement ouvert la voie en pratique au contentieux belge en « vie préjudiciable ». Nous avons cependant montré pourquoi ce n'est pas dans l'article 350 du code pénal, mais dans l'article 1382 du code civil qu'il faut rechercher la source d'un concept soléique de dommage. Y associer l'idée d'un *intérêt*, voire d'un droit à ne pas naître lorsque le ce seuil ne serait pas atteint n'a rien d'absurde. Mais cela invite du même coup à réfléchir à la mesure dans laquelle les prérogatives de la mère telles qu'elles ressortent de l'article 350 du code pénal en seraient affectées.