

Et Isabelle K. et Ethias succombant chacune en partie dans leur argumentation en degré d'appel, délaisse à chacune de ces parties ses dépens d'appel.

Siég. : Mmes **Chr. Malmendier**, **E. Dehant** et **B. Wauthy**. Greffier : M. **D. Deramaix**.

Plaid. : M^{es} **J.-P. Charlier** et **Fr. Delobbe**.

J.L.M.B. 09/353

Observations

L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin

1. La décision commentée pourrait sembler, de prime abord et au gré d'une lecture superficielle, être un arrêt d'espèce dont il serait aisé de percevoir, comprendre et admettre la teneur et les enjeux, et qui ne mériterait dès lors guère que l'on s'y attarde. Il s'en faut de beaucoup ; son intérêt est considérable et son appréhension complexe. Elle s'inscrit dans une logique – celle du droit de la responsabilité civile, spécialement en tant qu'il s'applique à la relation médicale – qui a récemment fait l'objet d'une ferme « reprise en mains » par la Cour de cassation, suscitant parfois les émois injustifiés de la doctrine. Elle offre ainsi l'occasion de rappeler, dans un illustre sillage¹, plusieurs principes régissant cette matière et qui ne sont pas toujours correctement mis en œuvre, ni en jurisprudence ni en doctrine. On verra notamment que l'arrêt rapporté constitue une belle illustration de ce que peut être, au sens strict et non dévoyé de ce terme, la perte d'une chance qui se trouve en lien causal certain avec une faute médicale. Plus généralement, il représente un nouveau jalon jurisprudentiel de la réponse à apporter aux actions dites en *wrongful pregnancy* (ou *wrongful conception*) et *wrongful birth*, lesquelles, en particulier sur le terrain du préjudice réparable et du lien causal, donnent lieu à des controverses et divergences d'appréciation non encore aplanies, de sorte que chacune de ses étapes mérite d'être épinglée².

L'arrêt intervient dans un paysage que, quant aux trois axes du raisonnement (preuve de la faute, consistance du dommage réparable, certitude du lien causal), la Cour de cassation s'est récemment employée, au fil de plusieurs arrêts bienvenus, à affermir, voire à remodeler. Rappelant aux juges et aux plaideurs les balises dont ils ne devraient jamais se départir, la Haute juridiction a imprimé à la matière – spécialement en ce qui concerne la théorie de la perte d'une chance – un « retour à l'orthodoxie »³ dans laquelle s'inscrit la décision rapportée.

Les deux aspects essentiels de celle-ci, dont la complexité et l'importance conduiront à excuser l'ampleur du présent commentaire, sont dès lors la *nature* du dommage pouvant se trouver en lien causal avec une défaillance du médecin au sujet de l'information qu'il doit à sa patiente (I) et la *consistance* de ce dommage, s'agissant de l'impossibilité dans laquelle s'est trouvée cette dernière de faire procéder à une interruption volontaire de grossesse et, corrélativement, de la naissance d'un enfant en bonne santé (II).

1. De nombreux points abordés ici sont développés d'une manière limpide et approfondie dans un indispensable ouvrage qui vient de paraître et qui, venant au secours du juriste parfois empêtré dans des raisonnements approximatifs que la rigueur nécessaire de cette branche du droit n'autorise pas, devrait désormais faire office de bible sur ces questions : J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009.

2. Voy. notre étude " Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé ", *R.G.D.C.*, 2002, p. 79 ; E. DE KEZEL, " Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken ", *N.j.W.*, 2004, p. 546; *Wrongful birth en wrongful life*, S. KÖRTMANN et B. HAMEL (dir.), Deventer, Kluwer, 2004.

3. J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 141.

I. La nature du dommage indemnisable

2. Madame K., déjà mère d'un enfant, est enceinte et souhaite avorter. L'intervention est pratiquée le 26 août 2004 mais l'analyse anatomopathologique effectuée le jour même révèle l'absence de tissu fœtal dans les prélèvements ; l'IVG a donc échoué. Le médecin, averti du résultat de l'analyse le 30 août, néglige de répercuter cette information à la patiente et/ou à son médecin traitant. Ce n'est que le 13 octobre 2004, soit en dehors du délai légal de douze semaines, que madame K. apprend, à la faveur d'une échographie, l'échec de l'IVG ; elle accouche le 3 mars 2005 d'une petite fille en bonne santé.

Les premiers maillons du raisonnement déployé par la cour d'appel de Liège n'appellent guère de commentaires. Ils ont trait à la faute déclarée établie dans le chef de l'hôpital « dans le suivi postopératoire ». La patiente soutenait que l'IVG avait été mal pratiquée ; il lui appartenait de l'établir, de prouver l'existence d'une faute (ou, le cas échéant, d'un autre fait générateur de responsabilité) pouvant être imputée au médecin ou à l'hôpital. On sait désormais avec certitude qu'au rebours de son homologe française, notre Cour de cassation s'en tient clairement à cette exigence, y compris lorsqu'il s'agit d'un manquement à l'obligation d'informer et de recueillir le consentement éclairé⁴ ; la doctrine, majoritairement, s'y rallie⁵.

L'appréciation du juge, sur ce plan, dépend évidemment des circonstances de chaque espèce. En l'occurrence, il n'est guère surprenant que, comme l'avait fait le tribunal, la cour d'appel ait distingué l'intervention en tant que telle (au cours de laquelle aucune faute n'était établie) et le suivi postopératoire et ait confirmé l'existence d'une faute à ce stade, déduite de l'absence de communication, à la patiente et/ou à son médecin traitant, de l'échec de l'IVG. Cet aspect de la décision, qui procède d'une très classique appréciation en fait, n'a pas à être ici approfondi ; c'est la suite du raisonnement de l'arrêt qui retient l'attention. Il invite à effectuer un retour sur le principe même de la perte d'une chance, couplée à l'exigence d'un lien causal certain (A), et à préciser la place que cette notion semble pouvoir occuper en droit de la responsabilité médicale (B).

A. La notion de perte d'une chance et la certitude du lien causal

3. L'arrêt commenté retient que le dommage de madame K. consiste dans la *perte d'une chance* consécutive à ce manquement au devoir d'information et déduit la *certitude du lien causal* de la certitude que cette chance se serait réalisée, à savoir que madame K. aurait fait procéder, dans le délai légal, à une seconde IVG et qu'il est certain que celle-ci aurait abouti. On examinera conjointement ces deux points, car ils sont indissociables⁶.

4. Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 616, cette revue, 2006, p. 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161 : « lors d'une contestation civile portant sur un dommage à indemniser, la charge de la preuve relative à la faute, au dommage et au lien de causalité incombe à celui qui demande l'indemnisation du dommage qu'il a subi et il n'y est pas dérogé par la disposition selon laquelle celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

5. J.-L. FAGNART, "Information du patient et responsabilité du médecin", in *Actualités de droit médical*, Bruylant, 2006, p. 84-87 ; du même auteur, "Charge de la preuve et responsabilité médicale", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 91, et in *La responsabilité médicale. Actualités du dommage corporel*, Juridoc, 2003, p. 41 ; P. HENRY, "Le médecin face au droit", in *Médecine et droit. Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Anthémis, 2007, p. 33-41 ; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, "L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises", in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. SCHAMPS (dir.), Bruylant/LGDJ, 2008, p. 66-79.

6. « Le dommage (réparable) n'étant que le fruit ou la conséquence de faits juridiques générateurs de responsabilité, il échet (...) de constater qu'en réalité, le dommage et le lien de causalité sont intimement liés et se présentent, dans les faits, main dans la main. En d'autres termes, le dommage n'est réparable que lorsque le dommage et le lien de causalité sont indissociables » (L. CORNELIS et I. VUILLARD, "Le dommage", in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2000, p. 4-5, n° 3).

Beaucoup de choses ont été écrites sur la perte d'une chance, pierre d'achoppement du droit de la responsabilité civile en apparence inextinguible, tant avant qu'après le célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation, en chambres réunies, le 1^{er} avril 2004⁷. Pour rappel, selon cet arrêt, « il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage *tel qu'il s'est réalisé* ; ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit ; le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une *incertitude subsiste quant au lien causal* entre la faute et ce dommage ». Au gré de nombreuses analyses souvent critiques, faisant le point sur la théorie de la perte d'une chance⁸, plusieurs commentateurs ont cru déceler dans l'enseignement de la Cour, en raison de la référence qu'elle fait au « *dommage tel qu'il s'est réalisé* », une condamnation implicite de la théorie de la perte d'une chance, qu'ils estiment pourtant très utile en matière de responsabilité médicale. Cela nous paraît inexact. L'un des mérites de l'arrêt commenté est d'établir que la perte d'une chance a bel et bien sa place dans ce contentieux, pourvu qu'elle soit utilisée à bon escient, d'une manière correcte et dans le seul domaine qui est le sien.

La perte d'une chance est un *type particulier de dommage*, celui qui consiste en « la perte certaine d'un avantage probable »⁹. Tout se trouve dans cette définition, sobre et parfaite : *perte d'un avantage*, donc *dommage* au sens de « 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 »¹⁰ ; *perte certaine*, le dommage devant être certain dans son principe et se trouver en lien causal avec la faute ; d'un avantage *probable*, ce qui correspond à la définition même de la chance : absence de certitude que l'avantage perdu se serait concrétisé – mais certitude qu'il existait et qu'il a été perdu en raison de la faute commise – et appréciation souveraine de la probabilité de sa concrétisation, dont dépend la hauteur de l'indemnisation octroyée.

4. L'arrêt commenté nous offre l'occasion de joindre notre voix à ceux qui considèrent, à très juste titre, qu'il ne peut être question de la perte d'une chance *lorsqu'un risque s'est réalisé*, comme c'était le cas dans l'espèce ponctuée par l'arrêt précité du 1^{er} avril 2004 : la jeune femme a été vitriolée et défigurée. Son dommage ne peut dès lors consister *que dans la réalisation de ce risque elle-même* et il ne saurait lui être fictivement substitué un autre préjudice, factice, consistant en « la perte d'une chance d'éviter la réalisation de ce risque ». On ne peut, au stade du jugement, réécrire l'histoire, en modifier le cours, sous prétexte qu'il n'est pas possible d'établir un lien causal certain entre le dommage *que l'on a concrètement constaté* et le fait générateur de responsabilité, et en vue de contourner cet obstacle.

7. Cass. (ch. réun.), 1^{er} avril 2004, *Pas.*, n° 174 et les excellentes conclusions de l'avocat général WERQUIN, *J.T.*, 2005, p. 357, note N. ESTIENNE, cette revue, 2006, p. 1076, *R.W.*, 2004-2005, p. 106, note I. BOONE, *R.G.D.C.*, 2005, p. 368, note C. EYBEN. La longue et pénible affaire dans laquelle s'inscrit cet arrêt abandonné commenté s'est clôturée par un troisième arrêt de cour d'appel, seul à être orthodoxe sur le plan du raisonnement : Mons, 10 octobre 2005, cette revue, 2006, p. 1077, note E. MONTERO et A. PÜTZ, *J.T.*, 2005, p. 717.

8. I. BOONE, "Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband", *R.W.*, 2004-2005, p. 92 ; F. DELOBBE et C. DELVAUX, "La perte de chance de guérison ou de survie, un préjudice imaginaire ?", in *Droit médical*, Larcier, Formation permanente CUP, 2005, vol. 79, p. 267 ; B. DUBUISSON, "La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ?", *J.T.*, 2007, p. 489 ; C. EYBEN, "La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ?", *R.G.D.C.*, 2005, p. 307 ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, précité, p. 135-151 ; du même auteur, "La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain", in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Anthémis, coll. Droit des assurances, 2006, p. 73 ; S. LIERMAN, "Verlies van een kans bij medische ongevallen", *N.j.W.*, 2005, p. 614. En doctrine française récente, F. DESCORPS-DECLERE, "La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin", *D.*, 2005, p. 742.

9. J.-L. FAGNART, "La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain", précité, p. 74 ; *La causalité*, précité, p. 142-143.

10. L. CORNELIS et I. VUILLARD, *op. cit.*, p. 5, n° 3. Cette définition, constante, ne paraît pas faire l'objet de controverses.

Il en va de même lorsqu'à la suite d'un traitement médical ou d'une hospitalisation, un patient présente telle complication, telle séquelle, ou doit subir telle nouvelle intervention ; la question est alors de savoir si cette complication, cette séquelle, cette nouvelle intervention *sont ou non en lien causal certain avec la faute reprochée au médecin*, en ce sens qu'elles ne seraient pas survenues sans cette faute. Elle n'est pas de savoir si ce patient a « perdu une chance » de ne pas subir ce dommage : il l'a subi. En d'autres termes, le juge ne peut « masquer une incertitude causale » en substituant au dommage dont la réparation est effectivement poursuivie un autre préjudice, différent, consistant en la soi-disant perte d'une chance de ne pas avoir subi ce dommage ; l'idée qu'il existerait un préjudice « intermédiaire » ou « autonome » qui s'intercalerait entre la faute et le dommage effectif est, selon nous, incorrecte et conduit à fausser le litige.

On ne saurait mieux l'exposer que le Doyen SAVATIER lorsqu'il écrit que « ce qui est réparable (...), c'est la perte d'une véritable *chance*, c'est-à-dire d'une supputation légitime de l'avenir. La chance perdue se place dans le futur. On ne saura jamais, sans une supputation de l'avenir, si elle se serait réalisée. On possède cependant (...) des données permettant d'évaluer la chance (...) » et, surtout, que « le raisonnement que nous croyons inacceptable situe, au contraire, des chances dans le passé, où se place, déjà, l'événement auquel on les applique. C'est une recherche périmée ! (...) les chances que l'on prétend faire réparer par le médecin en faute sont celles que le patient aurait eues d'éviter la mort ou l'infirmité, dont il souffre définitivement, si le médecin n'avait pas commis l'imprudence ou la négligence qu'on lui reproche. Or, le destin a tranché. Par hypothèse, l'infirmité ou la mort sont survenues. Il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis. (...) le problème à trancher, une fois survenu le préjudice dont se plaint la victime (...), est celui de savoir si ce préjudice *serait, ou non, survenu en l'absence de la faute qu'on impute au médecin* »¹¹.

La conséquence saute aux yeux : la notion de « perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque » est dépourvue de sens lorsque le risque *s'est* réalisé. Le juge ne peut avoir égard qu'au préjudice qui *s'est concrètement manifesté* et dont la réparation est *effectivement poursuivie* ; la Cour de cassation n'a rien voulu dire d'autre. Ainsi, si la demande tend à la réparation du dommage résultant du *décès* d'une personne – qu'il est reproché à un médecin d'avoir causé en s'abstenant de lui venir en aide, alors qu'il savait ou devait savoir que cette personne était exposée à un péril grave, ou en prenant une mauvaise décision diagnostique ou thérapeutique –, il n'y a pas place pour une soi-disant « perte de chance de survie » : le dommage *est, et ne peut être que*, le décès lui-même ; la seule question qui se pose est de savoir si, oui ou non, celui-ci trouve sa cause dans le comportement du médecin mis en cause¹². On voit donc bien que dommage et lien causal sont les deux faces d'une même médaille.

Si le juge considère, dans une telle hypothèse, qu'il n'est pas permis de conclure qu'une intervention plus rapide du médecin aurait permis de sauver la victime, et s'il

11. R. SAVATIER, " Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? ", *D.*, 1970, chr., p. 124. Comparez J. BORE, " L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable ", *J.C.P.*, 1974, I, 2620.

12. On ne rejoint ainsi que partiellement le tribunal de première instance de Namur lorsqu'il considère que « le dommage résultant de la perte de chance d'éviter la réalisation d'un risque et celui qui résulte de cette réalisation constituent des dommages distincts, ce qu'une lecture attentive de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 ne permet nullement de remettre en cause nonobstant les commentaires qui en ont été faits récemment » et constate qu'il « n'est pas autorisé à allouer d'initiative (la réparation de la perte d'une chance) sans qu'il lui en soit fait la demande » et qu'« aucun des demandeurs ne réclame réparation » de ce préjudice en tant que tel (Civ. Namur (2^e ch.bis civ.), 17 janvier 2007, inédit, R.G. n° 04/225). Une jeune femme décède en chutant d'un cheval au galop : la (seule) question est de savoir si son décès ne se serait pas produit, tel qu'il s'est produit, en l'absence des fautes reprochées au moniteur du manège (indépendamment de l'application de l'article 1385 du code civil).

en déduit qu'il n'est dès lors pas établi que le comportement fautif de ce médecin a nécessairement et certainement été à l'origine du décès, il ne lui est pas permis de décider que le dommage dont il doit répondre « n'est, en conséquence, qu'une perte de chance de survie » et de ne condamner le médecin « qu'à concurrence d'un tiers des montants d'indemnisation » qu'il détermine. Pareil raisonnement encourt inévitablement la cassation pour méconnaissance de l'exigence du lien causal : en se déterminant ainsi, le juge ne constate en effet pas que, sans la faute du médecin, le dommage allégué – le décès – ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit¹³.

5. Il ne nous paraît donc pas possible de se départir de la règle classique selon laquelle, pour condamner légalement le responsable, le juge doit décider que sa faute est la cause – et non simplement l'occasion – du dommage, ce qui suppose qu'il constate que, sans cette faute, le dommage *ne se serait pas produit* tel qu'il s'est réalisé. Pareillement, il n'exclut valablement la relation causale entre la faute et le dommage que s'il constate que, sans cette faute, le dommage *se serait néanmoins produit* tel qu'il s'est réalisé¹⁴. La théorie de l'équivalence des conditions exige qu'un dommage ne puisse être considéré comme étant en relation causale avec une faute que s'il est *établi* – ou plutôt si le juge exprime sa certitude – que, sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit *tel qu'il s'est réalisé in concreto*. Si, la faute n'eût-elle pas été commise, le dommage *se serait néanmoins produit* tel qu'il s'est réalisé, le fautif ne saurait en être déclaré responsable. Le rappel de ces principes pourrait sembler superflu au regard de l'espèce tranchée par l'arrêt rapporté, mais demeure pertinent face au constat des libertés qui sont parfois prises avec l'exigence de causalité, au sens où cette notion nous paraît devoir être comprise¹⁵.

Cela vaut évidemment aussi en matière médicale : la théorie dite du « déplacement des risques » n'étant pas reçue en droit belge, « le patient qui établit qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sur sa personne sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé doit, pour obtenir réparation d'un

13. Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, n° 507. Rappelons que, selon une jurisprudence constante, si le juge constate souverainement les faits dont il déduit l'existence ou l'inexistence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, la Cour de cassation contrôle si, de ses constatations, le juge a pu légalement déduire cette décision (Cass., 30 avril 2003, *Pas.*, n° 271 ; 24 novembre 1999, *Bull.*, n° 625), ce qui conduit à conclure qu'« il n'est donc pas exact d'affirmer que le juge du fond apprécie souverainement l'existence ou l'absence du lien de causalité, alors que c'est à la Cour de cassation qu'il appartient de préciser et de définir la notion de causalité » (S. DAVID-CONSTANT, "Propos sur le problème de la causalité dans la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle", *J.T.*, 1988, p. 645, et la référence citée aux conclusions du procureur général DUMON précédant Cass., 28 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 994, *R.G.A.R.*, 1979, n° 10.101). La solution consacrée par l'arrêt précité du 12 octobre 2005 semble également de mise en France (Cass., 17 novembre 1982, *D.*, 1984, jur., p. 305, note A. DORSNER-DOLIVET, *J.C.P.*, 1983, II, 20.056, note M. SALUDEN, *Gaz. Pal.*, 1983, pan., p. 139, note F. CHABAS, *R.T.D.C.*, 1983, p. 547, obs. G. DURRY), même si l'on constate que la Cour de cassation y fait preuve de davantage de souplesse dans l'admission de la perte d'une chance à titre de « préjudice intermédiaire ou autonome, qui se distingue du préjudice final, représenté par le dommage corporel » (A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006, 150, n° 135), ce qui, on l'a vu, nous semble critiquable.

14. La jurisprudence est tout à fait constante et ferme sur ce point : Cass., 21 février 2001, *Pas.*, n° 107 ; 23 février 2000, *Bull.*, n° 140 ; 23 septembre 1997, *Bull.*, n° 364 ; 29 novembre 1995, *Bull.*, n° 516 ; 15 décembre 1992, *Bull.*, n° 795.

15. Pour le surplus, sur le lien causal, en doctrine récente et outre les références déjà citées : H. BOCKEN et I. BOONE, "Causaliteit in het Belgische recht", *T.P.R.*, 2002, p. 1625 ; R.O. DALCQ, "Problèmes actuels en matière de causalité", *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.656, et in *L'indemnisation du préjudice corporel*, Jeune barreau de Liège, 1996, p. 189 ; J. DE CODT, "L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publique et civile", in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, P. MANDOUX et O. KLEES (dir.), Jeune barreau de Bruxelles, 2001, p. 35 ; I. DURANT, "A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage", in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, Larcier, 2004, Formation permanente CUP, vol. 68, p. 7 ; J.-L. FAGNART, "Petite navigation dans les méandres de la causalité", *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.080 ; du même auteur, "La causalité (en quatre parties)", in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2008 (et précédemment dans ce même *Traité*, H. DE RODE, "Le lien de causalité", 1998) ; M. STORME, "Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances", *Bull. ass.*, 1990, p. 444. Pour des pistes prospectives, I. DURANT, "La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ?", in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, Anthémis, 2007, Formation permanente CUP, vol. 96, p. 37 ; pour une synthèse des « théories de la causalité » et de « la causalité en droit positif », J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, p. 5-37 et p. 39-77.

dommage né de cette intervention, établir l'existence d'un lien de causalité entre *cette* faute et *ce* dommage » ; il n'est pas recevable à soutenir qu'un médecin, qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, indépendamment du lien causal entre la faute et le dommage¹⁶. Ceci vaut bien entendu, *mutatis mutandis*, pour n'importe quelle faute reprochée au médecin.

On soulignera enfin que, si elle invoque avoir subi la perte d'une chance, la victime doit, pour être indemnisée, *établir cette perte*, laquelle doit être certaine et non seulement hypothétique¹⁷, et convaincre le juge que la chance en question était *sérieuse et réelle*, se distinguant d'un simple espoir. En d'autres termes, il faut, d'une part, que la chance qu'elle prétend avoir perdue du fait de l'acte dommageable se soit réalisée de façon suffisamment certaine en l'absence de celui-ci et, d'autre part, qu'il soit établi que c'est en raison de l'acte dommageable qu'elle n'a pu se réaliser. Il se confirme ainsi que la notion de perte d'une chance ne concerne pas l'indispensable lien causal qui doit exister entre la faute et le dommage; elle vise l'hypothèse où les contours de celui-ci sont difficiles à cerner avec précision, qu'il s'agisse de sa consistance exacte ou de son *quantum*.

B. La place de la perte d'une chance en droit de la responsabilité médicale

6. D'aucuns ont pu écrire que, compte tenu de la rigueur des principes qui viennent d'être rappelés, la perte d'une chance n'a (quasiment) plus de place en droit de la responsabilité médicale. Nous ne partageons pas cet avis. Il ne ressort au demeurant de la jurisprudence de la Cour de cassation, ni qu'il serait impossible d'y recourir de manière orthodoxe, ni que la Haute juridiction entend se cantonner à un dogmatisme pénalisant les victimes d'erreurs médicales. Dans l'arrêt précité du 12 mai 2006, après avoir une fois encore rappelé qu'« en vertu de l'article 1382 du code civil, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui est tenu de réparer *le dommage réellement subi* », la Cour censure la cour d'appel de Bruxelles pour avoir improprement qualifié le dommage causé à un patient de « perte d'une chance d'être traité plus rapidement et de pouvoir subir des traitements moins lourds » : les juges avaient clairement considéré que, sans la faute du médecin, les traitements lourds – et dommageables – en question *eussent été évités*¹⁸ ; le dommage consistait ainsi, non en la perte d'une chance de ne pas les subir, *mais dans le fait de les avoir subis*, avec les conséquences néfastes qu'ils entraînent.

Une confirmation nette est venue en 2008 à propos d'une affaire dans laquelle la cour d'appel d'Anvers avait constaté 1. qu'un vétérinaire avait commis une faute en ne pratiquant pas, dans les circonstances données, un sondage gastrique sur un cheval,

16. Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, n° 270, conclusions de l'avocat général DE KOSTER, *J.T.*, 2006, p. 491, cette revue, 2006, p. 1170.

17. La certitude du dommage constitue la principale caractéristique que celui-ci doit présenter, qu'il consiste ou non en la perte d'une chance. Le dommage ne peut pas être simplement hypothétique ou éventuel (Cass., 29 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, 304 ; Cass., 13 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 28) et ce, qu'il se soit déjà produit ou non, autrement dit qu'il soit actuel ou futur. On sait que le préjudice futur peut déjà constituer un dommage réparable s'il présente un degré de certitude suffisant, autrement dit si le juge exprime sa conviction qu'en l'absence du fait dommageable, la victime se serait *forcément* trouvée dans une situation meilleure (sur cette question : L. CORNELIS et I. VUILLARD, *op. cit.*, p. 8-12, n° 9-16). En revanche, le dommage éventuel, dont il n'est pas certain qu'il se produira, ne peut donner lieu à l'allocation d'une indemnité mais seulement à l'octroi de réserves (Cass., 16 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1128 ; Cass., 17 janvier 1992, *Bull.*, n° 254).

18. L'arrêt attaqué énonçait « que si (le patient) avait été averti (par le médecin) qu'il devait se présenter très rapidement à l'hôpital en cas d'anomalies quelconques, la réaction péritonéale qui s'est aggravée par l'écoulement du temps eût été moindre et aurait permis d'éviter avec un degré de probabilité suffisant le traitement qualifié d'agressif par la littérature citée, consistant non seulement en une laparotomie mais également en une colostomie pratiquée en l'espèce en raison de la gravité de la réaction péritonéale ».

lequel était mort des suites d'une rupture gastrique ; 2. que l'exécution du sondage gastrique aurait probablement pu éviter la rupture gastrique et, par conséquent, la mort du cheval ; et 3. que l'expert judiciaire avait estimé la chance de survie en cas de thérapie correcte à 80 pour cent.

Par un arrêt du 5 juin 2008, la Cour de cassation, après avoir une fois de plus rappelé la constante selon laquelle il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé, lien qui suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit, pose clairement que la perte d'une chance réelle de guérison ou de survie peut être prise en considération pour l'indemnisation *si la faute est la condition sine qua non de la perte de cette chance* et que le juge peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice *si la perte de cette chance est imputable à une faute*. Cela conduit la Cour à considérer, en l'espèce, que la cour d'appel a pu indemniser la perte d'une chance de guérison ou de survie de l'animal en constatant que celui-ci, moyennant un traitement diligent, *n'avait qu'une chance* de guérison ou de survie – et non la certitude de guérir ou de survivre –, de sorte que son propriétaire « a perdu la chance d'une issue favorable » par la faute du vétérinaire. Le propriétaire ayant réclamé, en ordre subsidiaire, la réparation de la perte d'une chance de survie de son cheval en raison de la non-exécution du sondage gastrique, la cour d'appel n'a pas substitué un préjudice à un autre, mais a légalement justifié sa décision d'accueillir cette demande en considérant que, s'il avait été correctement soigné, le cheval *aurait eu une chance réelle de survivre*; n'ayant « laissé subsister aucun doute sur le lien de causalité entre la faute et le dommage, savoir la perte de la chance de survie », et ayant « ainsi exclu que, même sans la faute du vétérinaire, le dommage se serait produit tel qu'il s'est réalisé », ainsi qu'elle en avait le devoir, la cour d'appel n'encourt aucun reproche¹⁹.

7. Il n'est guère étonnant, en droit de la responsabilité médicale, que ce soit dans son domaine d'élection – soit l'hypothèse où la faute consiste en un manquement au *devoir d'information* pesant sur le médecin – que la théorie de la perte d'une chance réapparaisse²⁰. 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 soumettre à une intervention qui n'est légalement possible que durant un certain délai. Encore faut-il distinguer les hypothèses.

Si le patient fait valoir qu'il n'a pu prendre une décision en parfaite connaissance de cause ou se soustraire à une intervention risquée, en raison d'une information lacunaire ou déficiente, et s'il parvient à établir que, s'il avait su ce qui lui a été tu, il aurait *refusé purement et simplement* l'intervention en question, il est possible de conclure que le dommage qu'il subit, consécutivement à la réalisation d'un risque inhérent à cette intervention, ne se serait pas produit en l'absence de la faute, puisque l'intervention n'aurait alors tout simplement pas eu lieu. Il ne faut pas se masquer que pareille preuve – dont la charge pèse évidemment sur le patient – est bien difficile à

19. Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 28, note A. PÜTZ, *N.j.W.*, 2009, p. 31, note I. BOONE, *R.W.*, 2008-2009, p. 795, note S. LIERMAN, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 210, note S. LIERMAN, *Bull. ass.*, 2008, p. 418, note H. BOCKEN ; du même auteur, " Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig ?) slot ", *N.j.W.*, 2009, p. 2.

20. F. GLANSDORFF, " Introduction générale ", in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Larcier, 2006, Formation permanente CUP, vol. 86, p. 41. Pour une illustration récente dans un autre domaine, voy. Bruxelles, 5 octobre 2006, cette revue, 2006, p. 1594 : « le candidat malheureux, évincé fautivement d'une nomination à un emploi public, peut se prévaloir – outre d'un préjudice moral direct et personnel consécutif à la déception ressentie – de la perte d'une chance d'être nommé si ses titres et mérites avaient été pris en considération et véritablement comparés avec ceux du candidat nommé ». Il n'est pas certain que, sans la faute, ce candidat malheureux eût été nommé ; mais à tout le moins, il aurait pu l'être et, en raison de la faute, il a perdu cette chance.

apporter, bien que le juge ait à sa disposition des instruments assez souples dans l'appréciation de la force probante des éléments produits aux débats (présomptions, informations tirées du dossier médical, expertise, témoignages éventuels). Mais, s'il parvient à emporter la conviction du magistrat, le patient devrait pouvoir obtenir, en pareil cas, l'indemnisation pure et simple de *toutes les conséquences dommageables* de l'intervention.

En revanche, si le patient ne parvient pas à délivrer cette preuve et à convaincre le juge, 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*. On sait qu'il résulte clairement de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient – et plus généralement du principe d'autonomie et d'autodétermination de celui-ci, pleinement consacré dans notre droit²¹ – que le patient peut choisir de s'exposer à un risque, même élevé, pourvu qu'il sache exactement vers quoi il se dirige : il y a là dans son chef un droit subjectif, qui est bafoué lorsque des informations importantes lui sont celées²².

Lorsqu'un doute subsiste sur la question de savoir si, correctement et complètement informé, le patient se serait ou non soumis à l'intervention litigieuse qui s'est avérée dommageable, le dommage qui se trouve en lien causal certain avec la faute ne saurait consister dans les lésions encourues elles-mêmes, sous peine de méconnaître l'exigence d'un lien causal certain. Il est en revanche assurément permis au juge, sans distordre les règles, de retenir un préjudice consistant en la perte d'une chance d'avoir pu prendre une décision parfaitement éclairée et, partant, de s'être *peut-être* soustrait au risque qui s'est réalisé²³. Ce raisonnement est orthodoxe, car le patient a, en raison de la faute, incontestablement perdu un avantage : celui de choisir, de décider lui-même. Le juge devra apprécier la situation dans laquelle il se serait trouvé en l'absence du fait dommageable – ce qui lui laisse, par définition, une liberté importante – et exprimer sa certitude que, sans la faute, le patient aurait eu une chance réelle et sérieuse de se trouver dans une situation plus favorable, avec des perspectives plus ouvertes, plus rassurantes. S'il se cantonne à cela, le juge se conforme au précepte selon lequel il doit uniquement examiner les *circonstances concrètes* dans lesquelles le dommage est survenu, sans envisager *ce qui eût pu se produire* si ces circonstances avaient été différentes²⁴.

21. Voy. G. GENICOT, " La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée ", *J.T.*, 2009, p. 17 ; Y.-H. LELEU, " Du droit au respect de l'intégrité physique à la maîtrise du corps : le droit de la personnalité comme vecteur d'autodétermination ", et G. GENICOT, " La maîtrise du début et de la fin de la vie ", in *Les droits de la personnalité*, actes du 10^e colloque de l'Association Famille & Droit de l'U.C.L., Bruylant, à paraître ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, " Le statut juridique du corps humain, Rapport belge ", in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Journées suisses de l'Association Henri Capitant, 2009, à paraître.

22. On réserve bien sûr l'hypothèse où le patient fait valoir son « droit de ne pas savoir » ou celle où il est fait usage de « l'exception thérapeutique » (article 7, paragraphes 3 et 4, de la loi du 22 août 2002), usage qui doit nécessairement demeurer exceptionnel, puisqu'il est dérogeatoire à la règle de principe ; voy. à ce propos l'avis du Comité consultatif de bioéthique n° 35 du 13 mars 2006 relatif à l'exception thérapeutique.

23. Comparez toutefois, en France, M. FABRE-MAGNAN, selon laquelle il y a lieu d'écarter l'utilisation de la notion de perte d'une chance en matière de responsabilité médicale » (au profit notamment de celle d'« exposition à un risque ») 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 » (" Avortement et responsabilité médicale ", *R.T.D.C.*, 2001, p. 314). L'auteur renvoie à un arrêt de la Cour de cassation française du 2 octobre 1984 (*Bull. civ.*, I, n° 245, *R.T.D.C.*, 1986, p. 117, obs. J. HUET) décidant que « 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 » ; il n'apparaît pas que le droit belge soit à ce point restrictif. Plus généralement, sur la perte d'une chance, le préjudice consécutif à un manquement à l'obligation d'information et le préjudice réparable dans le domaine de la procréation, en France : A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006, p. 146-172.

24. Cass., 31 mai 2000, *Bull.*, n° 334 : « pour apprécier l'existence d'un rapport de causalité entre le défaut de prévoyance ou de précaution et le décès d'une personne, le juge doit tenir compte de la situation concrète telle qu'elle apparaît, sans avoir à supputer ce qui se serait passé sans la faute ».

8. Revenons dès lors à l'espèce commentée : quel était, en l'espèce, le dommage certain subi par madame K. ? Très exactement celui que décrit l'arrêt : n'ayant appris qu'après l'expiration du délai légal de douze semaines qu'elle était toujours enceinte, alors qu'elle avait clairement marqué son souhait de ne pas devenir mère une seconde fois, madame K., mal – tardivement – informée, « *a été contrainte de (...) mener à son terme* » cette grossesse qu'elle ne désirait pas, ce qui était son droit le plus strict. Partant, elle a dû, par la faute du médecin, « *subir cette grossesse* », alors qu'elle aurait évidemment pu la faire interrompre une seconde fois si cette faute n'avait pas été commise²⁵. L'enfant est né ; mal informée, sa mère n'a pas eu la *possibilité* d'interrompre sa grossesse ; le dommage consiste donc dans la perte de cette possibilité. Demander qu'il soit procédé à une IVG constitue, dans le chef de la mère, sinon un droit – et même, selon nous, un droit subjectif discrétionnaire –, du moins une liberté ; il peut, par voie de conséquence, y être porté fautivement atteinte lorsqu'elle en est privée et « le seul fait que le médecin l'ait fautivement empêchée d'exercer une liberté, une faculté offerte par la loi, suffit à établir un dommage », même si celui-ci, en tant qu'il « résulte de la violation de son droit à l'information, qui a entraîné l'impossibilité pour elle d'exercer la faculté d'avorter légalement prévue », « est certes délicat d'évaluation, mais il en va ainsi pour toutes les obligations d'information »²⁶.

Le lien causal certain entre la faute d'information et le dommage, ainsi exactement décrit comme la perte de cette chance, coule de source. Il n'y avait, partant, pas lieu pour la cour d'appel de considérer que, si madame K. avait subi une seconde IVG, « *il n'est pas douteux que les médecins auraient redoublé de prudence lors de celle-ci et mis tout en œuvre pour s'assurer, avant le départ de la patiente, par exemple par une échographie, que le but recherché avait été atteint* », ce dont elle déduit qu'« *il peut être affirmé avec certitude que le dommage indemnisable ne se serait pas produit en l'absence de la faute imputée au corps médical* ». L'expression de la certitude qu'une seconde intervention aurait atteint son but était, non seulement superflue, mais inopportune. D'une part, cette assertion semble malaisément compatible avec la notion d'obligation de moyens ici en cause ; il ne viendrait à l'esprit de personne de soutenir que les interruptions de grossesse entraînent une obligation de résultat, de sorte qu'elles demeurent dans la sphère de principe des obligations de moyens²⁷. D'autre part, que la seconde IVG ait abouti ou non, une chance existait qu'elle soit effectuée, et elle a été perdue en raison de l'information déficiente ; ce constat suffit.

La considération précitée eut été indispensable si la cour d'appel avait entendu indemniser *la naissance de l'enfant* comme telle, ainsi qu'on l'a vu (*supra*, n° 7) ; mais ce n'est pas ce que l'arrêt fait. Il se montre ainsi plus prolixe au sujet du lien causal qu'à propos de la consistance du préjudice réparable, aspect extrêmement délicat qu'il évacue un peu sommairement.

25. Notons que, même dans cette hypothèse, elle aurait subi un dommage : les frais de la seconde intervention n'auraient pas été dus, puisque celle-ci procédait d'une faute, et un dommage moral, certes modeste, eût également été présent.

26. M. FABRE-MAGNAN, "Avortement et responsabilité médicale", *R.T.D.C.*, 2001, p. 290 et 304 ; sur les sanctions des atteintes portées aux droits, libertés et intérêts, voy. la thèse magistrale de T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, coll. de thèses, 2005.

27. Sur la distinction des obligations de moyens et de résultat en matière médicale : G. GENICOT, "Faute, risque, aléa, sécurité", in *Droit médical*, Larcier, Formation permanente CUP, 2005, vol. 79, p. 94-103 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, p. 106-109, n° 130-134 ; A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006, p. 97-98, n° 84-85 ; J.-L. FAGNART, "Aspects actuels de la responsabilité médicale", in *Droit et médecine*, Formation permanente CUP, 1996, vol. 11, p. 294-295, n° 130-131 ; P. HENRY, "La responsabilité civile du médecin", in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Editions du Jeune barreau de Liège, 1992, p. 22 ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu/Bruylant, 1996, n° 79-116 ; adde B. DUBUISSON, "Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle", in *La théorie générale des obligations*, Formation permanente CUP, 1998, vol. 27, p. 103-122, spéc. 109-110 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7^e édition, 1999, p. 519-530, n° 552-560 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica, 4^e édition, 1998, p. 597 et suivantes.

II. La consistance du dommage indemnisable

Cette question, quant aux actions en *wrongful pregnancy*, *wrongful birth* ou *wrongful life*, constitue à n'en pas douter le nœud du problème²⁸. La cour d'appel avait, d'une part, à évaluer la chance perdue par madame K., qu'elle retient comme étant son préjudice effectif ; ceci, en soi, ne suscite guère de difficultés (A). Mais elle devait aussi et surtout, et ce point est sans conteste le plus problématique, décider si ce préjudice incluait ou non les dommages matériel et moral postérieurs à la naissance (B).

A. L'évaluation de la chance réellement perdue

9. On sait que les actions en responsabilité puisant leur source dans la vie donnée à un enfant sont rarement simples à décrypter. Il convient toutefois d'indiquer d'emblée que l'espèce commentée se distingue nettement de la difficile détermination du préjudice indemnisable *dans le chef de l'enfant* lorsque celui-ci, suite à une faute médicale, naît affecté d'un handicap non décelé au cours de la grossesse. En effet, l'allocation de dommages et intérêts à la mère ou aux parents lorsqu'ils donnent naissance à un enfant non désiré, soit après un mauvais conseil préconceptionnel ou l'échec d'une stérilisation (*wrongful pregnancy* ou *conception*), soit à la suite d'un diagnostic prénatal erroné ou d'un avortement infructueux (*wrongful birth*), n'appelle pas les diverses objections qui peuvent être élevées à l'encontre de l'action dite en *wrongful life* intentée au nom de l'enfant lui-même. Il n'y a, dès lors, pas lieu d'aborder ici cette problématique et d'ajouter encore aux torrents de littérature qu'elle a suscités²⁹, sauf à observer qu'outre les premières réactions – impulsives mais le plus souvent justifiées –, celle-ci a donné lieu, surtout en France, à des analyses pénétrantes qui, élevant le débat, captivent l'esprit³⁰. C'est qu'il s'agit de « l'une des plus stimulantes (questions)

28. G. GENICOT, " Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé ", *R.G.D.C.*, 2002, p. 79.

29. Voy. en doctrine belge : G. GENICOT, " Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé ", précité et les références citées ; P. COPPENS, " Du préjudice d'être né ? ", in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), Bruylant, 2003, p. 69 ; E. DE KEZEL, " Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken ", *N.j.W.*, 2004, p. 546 ; A. GOSSERIES, " Faut-il couper les ailes de l'arrêt 'Perruche' ? ", *R.I.E.J.*, 2002, p. 93 ; Y.-H. LELEU, " Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche' ", *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.466 ; 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. 250 ; du même auteur, " Een heropflakking van de 'Wrongful Pregnancy Claim' : enkele bedenkingen ", note sous Anvers, 15 juin 1994, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 359 ; V. DESSALES, N. KANFAOUI, J.-P. SCHAAPS, J.-L. FAGNART, D. DE CALLATAY et R. DEVOS, " L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé ", in *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, J.-P. BEAUTHIER (dir.), Larcier, 2008, p. 65-114. Pour deux applications belges de la solution – contestable – retenue par la Cour de cassation française : Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2002, p. 483 (action recevable, y compris dans le chef de l'enfant ; désignation d'un expert pour identifier les fautes commises et le lien causal avec le préjudice) ; Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 380, *R.G.D.C.*, 2006, p. 108, et la note substantielle et critique de R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PUTZ, " La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ? " (où le tribunal, par un raisonnement approfondi mais à notre sens intrinsèquement vicié, admet, dans son principe, l'action de l'enfant, tout en recourant également aux lumières d'un expert).

30. Qu'elles émanent au demeurant de défenseurs ou d'adversaires de la solution dégagée par la Cour de cassation. Références sélectives : O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Le Débat, 2002 et la « réponse » de B. EDELMAN, " L'arrêt 'Perruche' : une liberté pour la mort ? ", *D.*, 2002, p. 2349 ; F. BELLIVIER, " Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne : sous la technique, l'éthique ", *R.T.D.H.*, 2006, p. 667 ; D. DE BECHILLON, " Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire ", *R.T.D.C.*, 2002, p. 47 ; M. FABRE-MAGNAN, " Avortement et responsabilité médicale ", *R.T.D.C.*, 2001, p. 285 ; M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, PUF, coll. Questions d'éthique, 2002 ; P. JESTAZ, " Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) ", *R.T.D.C.*, 2001, p. 547 ; C. LABRUSSE-RIOU, " L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme ", in *Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Dalloz, 2002, p. 255 ; B. MARKESINIS, " Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche ", *R.T.D.C.*, 2001, p. 77 ; récemment encore, C. YUEGO, " Le temps de la revanche dans le contentieux du handicap non décelé pendant la grossesse après la loi du 4 mars 2002 ", *Gaz. Pal.*, 11-13 janvier 2009, p. 10.

que les civilistes aient eu à connaître depuis fort longtemps »³¹, impliquant entre autres une réflexion sur la fonction même du droit et les mécanismes argumentatifs par lesquels il s'exprime.

Même lorsque l'enfant est « en bonne santé », sa naissance n'est pas forcément vécue, *au moment et dans les circonstances où elle survient*, comme un événement heureux par ceux qui, ne l'ayant pas « prévu » ou désiré, le mettent au monde à la suite, soit d'une stérilisation qui échoue, soit, comme en l'espèce, d'une interruption de grossesse qui n'atteint pas son but (ou, ce qui revient au même, qui ne peut (plus) être entreprise par la faute du médecin)³². Observons que, dans le premier cas, l'une des questions qui surgira, étrangère à l'espèce commentée ainsi qu'on l'a vu, consiste à savoir si, et dans quelles circonstances, la stérilisation peut générer une obligation de résultat dans le chef du médecin³³.

L'arrêt alloue à madame K. 10.000 euros « à titre de dommages matériel et moral confondus (...) liés au fait de devoir subir (sa) grossesse ». On sait qu'en ce qui concerne *l'évaluation proprement dite de la chance réellement perdue*, le juge du fond dispose d'une grande latitude pour évaluer le préjudice dont la réparation lui est demandée : il apprécie en fait, et dès lors souverainement, l'étendue du dommage causé par un acte illicite ainsi que le montant de l'indemnisation tendant à sa réparation intégrale³⁴. C'est au demandeur en réparation qu'il incombe d'établir la nature et la consistance de son préjudice ; il est constant que celui-ci consiste, lorsqu'il est comme en l'espèce consécutif à une faute contractuelle, à la fois dans la perte subie et dans le gain dont il a été privé. Dans ce cadre, il est admis que le juge peut déterminer le montant du dommage *ex æquo et bono* lorsque la victime ne produit pas ou n'est pas en mesure de produire les éléments lui permettant d'apprécier exactement celui-ci³⁵. La chance perdue paraît devoir s'analyser, en droit de la responsabilité contractuelle, comme le gain dont le créancier a été privé, lequel, pour être indemnifiable, doit être « une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » (article 1151 du code civil). Cette composante de l'indemnisation se prête par nature malaisément à une évaluation précise ; il en va particulièrement ainsi lorsque le préjudice consiste en ce que le créancier a été, comme en l'espèce, privé, en raison de la faute commise, de la *possibilité* de faire quelque chose. La cour d'appel était assurée-

31. M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*

32. Ces questions ne sont pas neuves. Pour un précédent français semblable à l'espèce commentée : Riom, 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, p. 643, note F. KÉFER, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11.861, note I. CORBISSIER. En doctrine plus ancienne : S. DE MEUTER, "Wrongful life, wrongful birth, wrongful conception or pregnancy claim : inventarisatie van de begrippen, theoretisch raamwerk, proeve van probleemoplossing", in *Liber amicorum E. Krings*, Story-Scientia, 1991, p. 61 ; R. KRUTHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind", *R.W.*, 1986-1987, p. 2737 ; H. NYS, "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.*, 1988-1989, p. 1156 ; du même auteur, *La médecine et le droit*, Kluwer, 1995, n° 383-391.

33. Cette question est depuis longtemps controversée. La doctrine est divisée ; comparez H. NYS, *La médecine et le droit*, précité, 153, n° 358-359 et "Het kind en de rekening", précité, p. 1158, n° 5-8 ; J. TER HEERDT, "Een heropflakking van de 'Wrongful Pregnancy Claim' : enkele bedenkingen", précité, p. 360-361, n° 4 ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu/Bruylant, 1996, p. 80, n° 109 ; du même auteur, "La responsabilité des professionnels de la santé", in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2000, tome II, l. 25, vol. 1, p. 18-19, n° 34 ; adde N. COLETTE-BASECQZ, "Quelques réflexions autour des conditions légales qui encadrent la stérilisation médicale", *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 3. La jurisprudence des juges du fond est en sens divers mais se prononce majoritairement en faveur d'une obligation de moyens (au motif, en substance, que, bien que le pourcentage de réussite soit très élevé, il n'existe pas de certitude absolue et il subsiste toujours un risque, même minime, de fertilité). Relevons qu'un arrêt récent de la cour d'appel de Liège conclut à l'existence d'une obligation de résultat en matière de stérilisation féminine (en l'espèce, par pose de clips sur les trompes de Fallope) : Liège, 17 avril 2008, inédit, n° 2005/RG/1377.

34. Cass., 6 octobre 1999, *Bull.*, n° 515 ; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, n° 614.

35. En revanche, il ne peut recourir à ce mode d'évaluation lorsque la victime refuse de produire les éléments dont elle dispose et qui permettraient, soit de déterminer exactement le montant du dommage subi, soit de contribuer à fixer, aussi exactement que possible, le montant à estimer *ex æquo et bono* (Cass., 20 septembre 2001, *Pas.*, n° 479 ; Cass., 9 octobre 1997, *Bull.*, n° 395).

ment en droit, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation du *quantum* du dommage qu'elle retient, d'évaluer celui-ci comme elle l'a fait.

B. L'exclusion de tout préjudice postérieur à la naissance

10. La cour d'appel refuse à la mère, comme c'est très généralement le cas, toute « indemnisation pour les frais de garde, d'entretien et d'équipement (et) à titre de dommage moral consécutivement à la naissance de son enfant ». On pourrait, dans l'absolu, considérer que la non prise en compte d'un préjudice « postérieur » à la naissance découle nécessairement de ce que, aux yeux des juges, ce n'est pas celle-ci qui constitue le dommage réparable, mais seulement, ainsi qu'on l'a vu, *la perte de la chance d'empêcher cette naissance*, préjudice nettement plus ciblé. Mais ce serait nier le véritable enjeu de la question. La cour d'appel s'exprime ici par un motif principal et un motif subsidiaire qui, ni l'un ni l'autre, n'entraînent une adhésion inconditionnelle.

On remarquera tout d'abord qu'elle ne s'appuie pas, pour exclure l'indemnisation des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant non désiré, sur le caractère d'ordre public de l'obligation parentale dont ils procèdent (article 203 du code civil)³⁶, dont il a parfois été retenu qu'elle « constitue une cause juridique propre qui, à elle seule, suffit à rendre compte de l'exécution » des dépenses et prestations qu'elle induit³⁷. Il ne paraît en effet plus possible de raisonner de la sorte, depuis l'affermissement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la rupture du lien causal par interposition d'une cause juridique propre : il ne résulte pas de l'article 203 que les dépenses engagées pour l'entretien et l'éducation d'un enfant doivent rester définitivement à charge de ceux qui y sont obligés ou qui doivent l'exécuter, donc des parents³⁸. Cette jurisprudence concerne certes les débours d'un tiers, victime indirecte de la faute ; il reste qu'il paraît nécessaire de conclure désormais que les dépenses en question peuvent représenter dans le chef des parents un dommage indemnisable, sans que l'article 203 du code civil vienne rompre le lien de causalité avec la faute qui les a entraînées³⁹.

36. Cass., 10 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, 174 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 87, *J.T.*, 1991, p. 191, *Rev. not. b.*, 1991, p. 195, *R.W.*, 1990-1991, p. 1089, note J. GERLO.

37. C'est, singulièrement, la position qu'a adoptée la cour d'appel de Liège dans deux arrêts des 10 mai 2001 (*Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 247, note J. TER HEERDT) – aux termes duquel « le médecin commet une faute en ne procédant à aucun contrôle postopératoire après un avortement » mais, s'il « peut être tenu responsable de la survie d'un enfant d'abord refusé, il n'y a pas lieu de mettre à sa charge les frais de paternité ou de la maternité qui trouvent leur cause (notamment) dans la loi (articles 203 et 336 du code civil) » – et 11 février 2002 (*R.G.A.R.*, 2003, n° 13.691), qui alloue, au sujet de la naissance d'un enfant après l'échec d'une stérilisation, le remboursement des frais afférents à l'hospitalisation, à la grossesse, à l'accouchement, à la naissance et au baptême, une indemnité pour compenser le dommage moral lié à l'aggravation de l'état de santé de la mère et la perte d'une chance pour elle de retrouver un emploi à temps partiel, mais refuse l'indemnisation des frais d'éducation de l'enfant non désiré, « l'obligation légale pesant sur les père et mère d'éduquer leur enfant constituant une cause juridique propre qui, à elle seule, suffit à rendre compte de l'exécution » ; quoique plus longuement motivé que l'arrêt commenté quant à la consistance du dommage, cette décision aboutit à un *quantum* légèrement moindre que celui-ci.

38. Il est désormais acquis que l'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire n'exclut pas qu'il y ait dommage au sens de l'article 1382 du code civil, sauf lorsqu'il ressort du contenu ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement que la dépense ou prestation doit définitivement rester à la charge de celui qui s'y est obligé ou qui doit l'exécuter en vertu de la loi ou du règlement. La Cour de cassation a déplacé le raisonnement du lien de causalité vers le concept de dommage effectif, en décidant que l'existence d'une telle obligation est *sans influence sur le lien causal* entre la faute du tiers et le dommage subi suite à l'exécution de cette obligation (Cass., cinq arrêts des 19 et 20 février 2001, *Pas.*, n° 97 à 101, *Bull. ass.*, 2001, p. 769, note P. GRAULUS, *R.W.*, 2001-2002, p. 238, *R.G.D.C.*, 2003, p. 182, note S. HEREMANS ; Cass., 4 mars 2002, *Pas.*, n° 154, cette revue, 2004, p. 239, note J. WILDEMEERSCH).

39. Ce qu'impose au demeureur la théorie de l'équivalence des conditions. En ce sens, A.-C. VAN GYSEL, "La responsabilité du violeur pour les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant né de son crime", note sous Bruxelles, 8 mai 1985, *J.T.*, 1986, p. 255 ; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *N.j.W.*, 2004, p. 549 ; 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. 253-254.

11. Selon la cour d'appel, « *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 de réparation dans le chef de la mère* ». Elle n'explique pas les motifs de cette position. Implicitement mais certainement, ce message signifie que, si l'enfant n'est pas « *normal et en bonne santé* », sa venue peut être préjudiciable pour ses géniteurs, et que tel serait également le cas s'il n'est pas « *issu de relations consenties* », autrement dit s'il est le fruit d'un viol⁴⁰. Il n'est, pour le surplus, guère aisé d'asseoir la juridicité d'un tel principe d'obédience plutôt morale. On l'abritera sous la bannière du pouvoir des juges – sur ce point très largement approuvés par les auteurs – de définir les contours de ce qui peut ou non constituer un préjudice réparable⁴¹, autrement dit, en l'occurrence, l'atteinte portée à un intérêt jugé *légitime*. Admettons ; cette position se situe au demeurant dans la lignée d'une jurisprudence très majoritaire⁴².

Il paraît toutefois permis de se demander si, ainsi formulée de manière catégorique et absolue, pareille assertion ne procède pas d'un angélisme déconnecté de certaines réalités, avec lesquelles pourtant les magistrats devraient constamment être en prise. Le désir de ne pas (ou ne plus) avoir d'enfant – à supposer qu'il ne s'agisse pas d'un droit subjectif – est *protégé par la loi*⁴³ ; n'est-il pas dès lors *ipso facto* légitime ? Et comment, alors, est-il possible de considérer que pareil désir n'est pas, nécessairement, constitutif d'un *intérêt* dans le chef de la mère ou des parents, intérêt qui se voit lésé et auquel il est porté atteinte si on lui (leur) « impose » un enfant qui n'était pas désiré ? Sans nier les objections de tous ordres qui seraient immanquablement élevées à l'endroit de la thèse inverse⁴⁴, il nous semble que l'affirmation qui précède n'est pas aussi évidente qu'il y paraît ; elle tient du postulat, ce qui n'est jamais très convaincant.

40. Sur l'hypothèse de l'enfant né d'un viol : Bruxelles, 8 mai 1985, *J.T.*, 1986, p. 252, note A.-C. VAN GYSEL, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10.997.

41. Selon L. CORNELIS et I. VUILLARD (" Le dommage ", in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, p. 5, n° 3 et les références citées), « le dommage n'est réparable que lorsqu'il s'agit d'une différence *négative* (entre la situation de la victime après l'accident et celle dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de cet accident), cette appréciation laissant s'exprimer des valeurs diverses. Ainsi peuvent s'expliquer les décisions qui, dans certaines situations particulières, considèrent que les coûts d'une naissance (non désirée) d'un enfant ne constituent pas un dommage, la vie (et donc la naissance d'un enfant) étant à considérer comme un cadeau ».

42. Notamment en France, où ce principe a été exposé aux plus hauts niveaux juridictionnels (C.E., 2 juillet 1982, *D.*, 1984, somm., p. 21, obs. F. MODERNE et P. BON et jur., p. 425, note J.-B. D'ONORIO, *Gaz. Pal.*, 1983, I, p. 193, note F. MODERNE, *RD sanit. soc.*, 1983, p. 95, conclusions M. PINAULT ; Cass., 25 juin 1991, *D.*, 1991, p. 566, note P. LE TOURNEAU, *J.C.P.*, 1992, II, 21.784, note J.-F. BARBIERI et I, 3593, p. 277, obs. P. MURAT, *R.T.D.C.*, 1991, p. 706, obs. J. HAUSER et p. 753, obs. P. JOURDAIN). Voy. sur ce point G. GENICOT, " Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé, *R.G.D.C.*, 2002, p. 81-82 ; M. FABRE-MAGNAN, " Avortement et responsabilité médicale ", *R.T.D.C.*, 2001, p. 303-306.

43. F. KÉFER relevait déjà qu'il paraît « *téméraire* » d'« opposer(r) à une femme que son état de détresse, irréfragablement présumé, a poussée à recourir à l'IVG l'argument qu'une naissance doit être, sauf le seul cas du viol, présumée ne causer aucun dommage moral », en se demandant si « une société admettant l'avortement ne reconnaît-elle pas qu'une naissance puisse ne pas être envisagée comme un événement heureux ? » (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).

44. A titre d'exemple, l'argument, d'ordre psychologique, déduit de la souffrance que subirait l'enfant si, plus tard, il devait apprendre que sa naissance n'était à ce point pas souhaitée qu'elle a donné lieu à un âpre débat judiciaire et à l'octroi d'un dédommagement matériel et moral à sa mère ou à ses parents ne doit certainement pas être sous-estimé ; il est cependant permis d'estimer qu'il n'appartient pas à la psychologie intrafamiliale de dicter les solutions juridiques. Pour une étude pluridisciplinaire aux confins de la psychologie et du droit, sur une autre question intéressant la filiation : avis du Comité consultatif de bioéthique n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation (et les « Considérations juridiques concernant la filiation » qui en constituent l'annexe), n° 38 du 13 novembre 2006 relatif aux tests génétiques en vue d'établir la filiation après le décès et n° 49 du 20 avril 2009 relatif à l'utilisation du diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) pour détecter les porteurs sains d'une mutation causant une affection héréditaire grave qui peut entraîner un risque élevé pour les descendants.

Une chose est certaine : il s'agit d'une question éminemment sensible et complexe, dont l'approfondissement dépasserait de loin les limites dans lesquels le présent commentaire doit se maintenir. En outre, cette affirmation ne devrait pas dispenser les magistrats d'examiner, *in concreto*, si, dans les circonstances où elle est survenue et indépendamment de toute position de principe dogmatique, la naissance d'un enfant non désiré n'entraîne pas un dommage, certes limité – notamment *ratione temporis* –, dans le chef de ses auteurs. 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 et 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.).

Quoi qu'il en soit, un examen rapide de la jurisprudence belge montre que la réponse majoritairement apportée aux actions en *wrongful pregnancy* ou *wrongful birth* consiste à admettre le principe de l'action, mais à faire montre de prudence quant à la nature et à l'étendue du préjudice que la mère peut faire valoir. Il n'est cependant guère satisfaisant d'admettre que, lorsqu'un avortement a échoué et qu'une naissance s'ensuit, même si l'enfant est parfaitement valide, la mère puisse assigner le médecin en responsabilité en lui reprochant en quelque sorte d'avoir donné la vie « par sa faute », tout en refusant de concevoir que la naissance d'un enfant – en bonne santé – puisse ne pas être conçue comme un événement heureux et être ressentie comme préjudiciable. L'étendue précise du dommage est, en pratique, fréquemment malaisée à déterminer⁴⁵, sa description fluctuant en fonction des cas d'espèce et, bien entendu, de ce que la victime réclame exactement⁴⁶.

S'il est généralement admis que le dommage matériel résultant d'une naissance non prévue dans le « *planning* familial » doit pouvoir être indemnisé, et que les frais médicaux exposés pour l'avortement (ou la stérilisation) qui a échoué doivent être remboursés, en revanche la prise en compte, à ce titre, des frais d'éducation et d'entretien de l'enfant demeure controversée. Le tribunal civil de Courtrai y semble favorable, qu'il s'agisse de l'échec d'une stérilisation⁴⁷ ou d'un avortement⁴⁸. La cour d'appel d'Anvers s'est clairement prononcée en ce sens⁴⁹. A tout le moins les juges tien-

45. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck Université, 2001, p. 173-174, n° 212, et p. 179, n° 220.

46. Voy. encore Civ. Malines, 9 juin 1992, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 374 (même teneur que l'arrêt commenté) ; Civ. Anvers 26 février 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 401 (description plus curieuse du dommage indemnisable).

47. Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-1989, p. 1171 (perte de la chance de prendre les mesures nécessaires afin de prévenir une grossesse possible – le lien causal entre la faute et le dommage étant de ce fait prouvé – ; 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, mais pas d'un dommage moral, qui « signifierait que l'enfant est en soi considéré comme une charge, (alors) que la réclamation d'un dommage matériel n'a pas cette signification »).

48. Civ. Courtrai, 1^{er} février 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 57 (lors de la détermination de l'ampleur du dommage, une imputation des avantages doit avoir lieu en faveur de la personne responsable ; il faut tenir compte des avantages et devoirs que la naissance d'un enfant implique normalement pour les parents, à savoir les avantages immatériels découlant de la naissance de l'enfant, comme l'amour, l'affection et l'amitié qu'a l'enfant envers ses parents, et les avantages matériels, comme les réductions fiscales, les allocations familiales, les primes à la construction et l'obligation légale d'éducation des parents à l'égard de leurs enfants).

49. Anvers, 8 septembre 2003, *N.j.W.*, 2004, p. 558, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 389 (les charges financières et les ennuis psychologiques liés à la naissance inattendue d'un enfant après l'échec d'une stérilisation sont susceptibles d'indemnisation ; la circonstance que les frais d'entretien et d'éducation et le soin pour un enfant relèvent des devoirs légaux des parents n'y change rien ; mais le dommage moral éventuel des parents est « compensé » par la joie procurée par la naissance d'un enfant en bonne santé et par la parentalité). A propos de cet arrêt et des dommages et intérêts alloués par les diverses juridictions, E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *N.j.W.*, 2004, spéc. p. 550-551.

nent-ils à « compenser » ce préjudice avec les joies et avantages de la parentalité, ce qui se conçoit, et refusent-ils classiquement l'indemnisation du dommage *moral*, pour le motif précité selon lequel la naissance d'un enfant ne peut être considérée *en elle-même* comme un préjudice. Dans une hypothèse telle celle de l'espèce, il n'existe à notre connaissance aucune décision belge allouant à la mère ou aux parents l'indemnisation d'un dommage moral *pour la naissance de l'enfant* sensu stricto, par opposition, éventuellement, à la souffrance psychologique entraînée par l'obligation de subir une nouvelle intervention (stérilisation ou IVG si celle-ci est encore possible) ou, comme en l'espèce, « *lié (...) au fait de devoir subir (la) grossesse* ».

12. La cour d'appel a cru nécessaire d'ajouter, « *surabondamment et en tout état de cause, (que madame K.) avait, après l'accouchement, la possibilité de confirmer sa volonté de ne pas garder l'enfant et de l'abandonner " à la naissance en vue de son adoption par un tiers* », de sorte que « *le fait pour (elle) d'avoir pris en définitive la décision d'élever son enfant a interrompu la relation causale entre la faute retenue et l'existence d'un éventuel préjudice pour la période postérieure à la naissance* »⁵⁰. Autrement dit, madame K. « *n'est pas fondée à réclamer indemnisation pour les frais de garde, d'entretien et d'équipement (et) à titre de dommage moral consécutivement à la naissance de son enfant* » car elle aurait pu abandonner celui-ci à la naissance, en vue de son adoption par un tiers⁵¹. On n'aperçoit pas la justification intrinsèque de ces considérations complémentaires, intuitivement heurtantes ; le motif précité (*supra*, n° 11), en dépit du questionnement qu'il suscite, suffisait à justifier la décision prise. Il est cependant nécessaire d'en examiner la pertinence.

L'abandon d'un enfant à sa naissance, en vue d'une adoption, demeure naturellement possible dans le droit de l'adoption tel qu'il résulte de la réforme du 24 avril 2003⁵². En faisant ce choix, la mère aurait confirmé son souhait, précédemment exprimé par sa demande d'interruption de sa grossesse, de ne pas vouloir assumer cet enfant. L'arrêt ne décide pas que madame K. ne subit pas de *dommage* en raison de sa décision de garder l'enfant plutôt que de l'abandonner et de le proposer à l'adoption ; c'est heureux. Il lui appartenait en effet d'apprécier la consistance du dommage en fonction des circonstances telles qu'elles se présentaient, sans réécrire l'histoire ni tenir compte d'événements postérieurs à la faute et étrangers à elle et au dommage qu'elle aurait entraîné. Il va cependant de soi que le dommage consécutif à une faute peut *s'aggraver*, voire *changer de nature*, en fonction d'un événement ultérieur – ici, la naissance, naturellement inéluctable –, de sorte qu'on admettra que la cour d'appel était en droit de prendre en considération, non seulement le moment où la faute a été commise, mais également celui où l'enfant est né, lequel paraît bien marquer une

50. La même cour d'appel avait déjà considéré, dans le précédent que l'arrêt cite, que, si le médecin « peut être tenu responsable de la survie d'un enfant d'abord refusé, il n'y a pas lieu de mettre à sa charge les frais de paternité ou de la maternité qui trouvent leur cause (notamment) dans la décision de la femme d'élever son enfant, intervenue après la faute du médecin » et s'en était alors tenue à une indemnisation très modeste, n'allouant que les seuls frais de l'IVG ayant échoué (Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 247, note J. TER HEERDT).

51. On observera que, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'obligation du médecin, dans un cas semblable, de payer des aliments pour un enfant ne peut s'analyser en une commercialisation de l'existence humaine qui priverait l'enfant de sa valeur propre ; elle ne considère pas qu'une prétention à des dommages et intérêts se basant immédiatement sur l'existence d'un homme entraîne que cet homme soit regardé comme un objet et conclut que cette obligation mise à la charge du médecin n'est donc pas contraire à la garantie de la dignité humaine (C.C. féd., 2 novembre 1997, *R.I.D.C.*, 1998, p. 212, chron. R. ARNOLD).

52. Sur laquelle : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005, p. 537 et suivantes ; N. GALLUS, " La nouvelle loi sur l'adoption ", in *Droit des familles*, Anthémis, 2007, Formation permanente CUP, vol. 92, p. 109 ; *La réforme du droit de l'adoption*, numéro spécial de la *R.T.D.F.*, 2006/1. L'abandon d'un enfant mineur, autrefois visé par les articles 370bis à 370quater du code civil, a été supprimé par la loi du 7 mai 1999 abrogeant la déclaration d'abandon et le transfert de l'autorité parentale ; il n'y est désormais plus fait référence que dans l'article 348-6 *in fine* du code civil, selon lequel le consentement des parents de l'adopté n'est pas requis « *lorsque l'enfant avait été déclaré abandonné par eux* » (l'article 361-5, 2°, c, propre à l'adoption internationale d'un enfant étranger, est ici sans pertinence).

inflexion évidente dans la *consistance* du dommage. Si l'existence du dommage ne peut, en règle, s'apprécier par référence à un moment postérieur à celui où la faute a été commise⁵³, l'arrêt avait à répondre aux prétentions de la plaignante et, dès lors, devait prendre position sur un « *éventuel préjudice pour la période postérieure à la naissance* » dont il doit être admis que la réalité ne peut, en soi, être niée⁵⁴.

13. Selon l'arrêt, la circonstance que madame K. a, « *en définitive* » – après avoir, dans un premier temps, souhaité avorter –, choisi de garder et d'élever l'enfant « *a interrompu la relation causale* » entre la faute et cet éventuel préjudice. Autrement dit, avant la naissance, il y avait bien un préjudice réparable ; après celle-ci, il n'y en a plus, car *une décision de la victime postérieure à la faute* (« j'accepte finalement de vivre avec les conséquences de la faute », soit avec l'enfant dont, initialement, je ne souhaitais pas la naissance) a rompu le lien causal. Cette motivation dérange et ne convainc pas. Elle ne consiste pas en une application de la théorie de la « rupture du lien causal par interposition d'une cause juridique propre » ; on l'a vu, celle-ci ne concerne, en règle, que les dépenses effectuées, volontairement ou non, *par un tiers* à la suite de la réalisation du dommage, ce que confirme l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁵. Il s'agit ici de *l'incidence d'une décision prise par la victime* sur l'existence du lien causal.

Il paraît évident qu'une décision *fautive* de la victime doit rendre celle-ci coresponsable de son dommage, par application de la théorie de l'équivalence des conditions elle-même. En l'espèce, il est rigoureusement impossible de considérer que la décision prise par madame K. serait *fautive* : il va de soi qu'elle n'avait aucune obligation d'abandonner l'enfant à la naissance. A suivre le raisonnement de la cour d'appel, en choisissant de ne pas interrompre une grossesse consécutive à l'échec d'une stérilisation, alors que la loi le lui permet, la mère pourrait également « interrompre la relation causale » ; or, la faculté de (faire) procéder à une IVG est une *liberté discrétionnaire* qui ne saurait se transformer en un *devoir*, et il est exclu d'imposer à la mère d'y recourir en vue de limiter son dommage⁵⁶. Le même raisonnement vaut nécessaire-

53. Le dommage se définissant 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 » (L. CORNELIS et I. VUILLARD, *op. cit.*, p. 5, n° 3).

54. Les particularités de la situation examinée conduisent à penser que l'enseignement de la Cour de cassation, selon lequel « si le juge doit, pour évaluer le préjudice, se placer au moment où il statue, il ne peut tenir compte, dans cette évaluation, des événements postérieurs à la faute et étrangers à celle-ci et au dommage lui-même, qui auraient amélioré ou aggravé la situation de la personne lésée ; en d'autres termes, si le juge doit évaluer le dommage au moment où il statue, la consistance de ce dommage doit être déterminée au moment de la faute ; s'il tient compte d'un événement postérieur à la faute et étranger à elle et au dommage qu'elle aurait entraîné, il ne justifie pas légalement sa décision » (Cass., 15 février 2007, *Pas.*, n° 96, *N.j.W.*, 2008, p. 213, note G. JOCQUE, *Res Jur. Imm.*, 2007, p. 231), n'est pas *stricto sensu* susceptible d'être transposé en l'espèce.

55. Cette théorie est du reste critiquée depuis longtemps, à juste titre nous semble-t-il, en raison de sa non-conformité à celle de l'équivalence des conditions (J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, p. 318-330). Sur cette question : B. DUBUISSON, " Les vertus inattendues de l'article 1382 du code civil pour l'employeur public et les tiers payeurs ", in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Larcier, 2008, p. 175 ; I. DURANT, " A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage ", in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, Larcier, 2004, Formation permanente CUP, vol. 68, p. 47-68 ; R. MARCHETTI, " La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lien de causalité : la fin de la rupture du lien causal par une cause juridique propre ? ", note sous Civ. Liège, 18 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 199 ; J. WILDEMEERSCH, " La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 ", in *Droit de la responsabilité*, Anthémis, 2009, Formation permanente CUP, vol. 107, p. 231.

56. « Les parents sont seuls juges de leur décision d'avoir ou de ne pas avoir d'enfant, et leur responsabilité ne pourra donc pas être recherchée pour avoir pris la décision de mettre au monde un enfant. De la même façon, la femme est seul juge de la décision de procéder ou non à une interruption de grossesse, et il est impossible de lui reprocher de ne pas y avoir recouru, l'enfant fût-il gravement handicapé » (M. FABRE-MAGNAN, " Avortement et responsabilité médicale ", *R.T.D.C.*, 2001, p. 301, et la référence citée à F. GARRON, " La responsabilité civile du géniteur ", *R.R.J. – Droit Prospectif*, 1999, p. 367). Il en va évidemment de même de la décision d'abandonner l'enfant à la naissance.

ment pour l'abandon de l'enfant en vue d'une adoption⁵⁷. Au demeurant, dès lors que la victime d'un dommage a droit, en règle, à la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi, elle n'a l'obligation ni de restreindre le dommage dans la mesure du possible, ni de faire supporter une partie du dommage par un tiers qui y est étranger⁵⁸. La Cour de cassation française est encore plus catégorique : d'une part, « l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; (...) la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » ; d'autre part, il n'y a pas lieu de limiter l'indemnisation de la victime sous prétexte que son *refus de se soigner* serait fautif, alors que la victime n'a pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins ; son refus de s'y soumettre, dès lors qu'elle n'a pas l'obligation de les suivre, ne peut entraîner ni la perte ou la diminution de son droit à indemnisation, ni la prise en compte d'une aggravation susceptible de découler d'un tel choix⁵⁹.

14. Très généralement, la jurisprudence n'admet pas que la possibilité de faire adopter l'enfant – à titre de mesure de réparation « en nature » ? – ait ici une quelconque incidence⁶⁰. L'opinion selon laquelle « la mère qui reconnaît son enfant » (ou qui ne l'abandonne pas et l'élève) « accomplit un devoir moral : le dommage qui en résulte pour elle découle bien de la faute qui est à l'origine de la situation dans laquelle elle a dû intervenir, et doit donc être indemnisé » par l'auteur de cette faute⁶¹ paraît plus cohérente. Dès lors, « 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 atténué⁶².

Il serait parfaitement compréhensible de tenir compte des avantages et bienfaits procurés par la naissance d'un enfant ; quoique non souhaitée, celle-ci ne peut certainement pas être considérée comme un événement unilatéralement négatif. Pour le surplus, il faut bien constater qu'aucune des justifications avancées par la jurisprudence pour refuser d'imposer au médecin (ou à son assureur) la prise en charge des frais *découlant* de sa faute ne convainc pleinement. D'une part, ni l'article 203 du code

57. 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. 255, qui considère à bon droit que cet arrêt « va très loin et impose une énorme obligation de limiter le dommage ». Comparez J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, p. 305, selon lequel « Le refus d'interruption volontaire de grossesse est un acte délibéré qui démontre la volonté de poursuivre la grossesse. Que ce soit un désir d'enfant ou le respect de convictions religieuses ou un intérêt pour les allocations familiales, les mobiles de cet acte volontaire importent peu. Celui-ci est respectable quels que soient les motifs qui l'inspirent. La femme qui opère ce choix consciemment, ne peut faire supporter par autrui les conséquences de son choix ».

58. Cass., 14 mai 1992, *Bull.*, n° 478, cette revue, 1994, p. 48, note D. PHILIPPE, *R. Cass.*, 1992, p. 163, note M.E. STORME, *R.G.A.R.*, 1994, n° 13.312, *R.W.*, 1993-1994, p. 1395, note A. VAN OEVELEN. Sur les décisions de la victime, J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 295-317 ; *adde* J.-L. AUBERT, " Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité ", in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 55.

59. Cass. fr., 19 juin 2003, *D.*, 2003, 2326, note J.-B. CHAZAL, *D.*, 2004, p. 1346, obs. D. MAZEAUD, *J.C.P.*, 2004, I, 101, n° 9, obs. G. VINEY, *R.T.D.C.*, 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, *R.G.D.A.*, 2003, p. 506, note J. LANDEL ; Cass. fr., 19 mars 1997, *R.T.D.C.*, 1997, p. 632, obs. J. HAUSER et p. 675, obs. P. JOURDAIN ; Cass. fr., 3 mai 2006, *D.*, 2006, IR, 1403, obs. GALLMEISTER, *R.T.D.C.*, 2006, p. 562, obs. P. JOURDAIN.

60. E. DE KEZEL, " Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken ", *N.j.W.*, 2004, p. 550, qui cite « cependant exceptionnellement *contra* » l'arrêt liégeois du 10 mai 2001 précité, qui reprend la même motivation que la décision commentée.

61. A.-C. VAN GYSEL, " La responsabilité du violeur pour les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant né de son crime ", note sous Bruxelles, 8 mai 1985, *J.T.*, 1986, p. 254.

62. F. KÉFER, " La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement constitue-t-elle un préjudice ? ", note sous Riom, 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, p. 645.

civil, ni la décision de ne pas avorter ou abandonner l'enfant à la naissance ne sont susceptibles de rompre le lien causal. D'autre part, l'idée qu'une naissance est forcément *et dans tous les cas* un événement heureux – alors qu'elle bouleverse profondément la vie des parents, que rien ne contraint quiconque à avoir des enfants et qu'il est possible de l'éviter par la contraception, la stérilisation ou l'avortement – procède d'un postulat mâtiné d'angélisme qui ne peut ravir les partisans de la rigueur causale. En se bornant à affirmer cela, les juges négligent (à tort, pensons-nous) d'examiner si, *in concreto*, la naissance *dans les circonstances où elle est survenue* pouvait entraîner un préjudice, *non pas en elle-même*, mais en tant qu'elle contraint la mère ou les parents à des dépenses imprévues et/ou à une réorganisation précipitée de sa (leur) vie. En l'espèce, après avoir décidé que, sans la faute commise, madame K. n'aurait pas mis son second enfant au monde, il est regrettable que la cour d'appel ait escamoté purement et simplement le fait que cet événement entraîne dans son chef divers désagréments, certes compensés par la joie de la maternité, mais qui existent.

Conclusion

15. L'arrêt commenté peut être approuvé quant à l'application qu'il fait de la théorie de la perte d'une chance liée à une faute médicale consistant en l'absence d'information quant à un aspect absolument décisif : l'échec d'une intervention qui n'est légalement possible qu'endéans un délai strict. En revanche, on perçoit bien l'embarras de la cour d'appel lorsqu'elle doit évaluer le dommage subi. Si l'on peut comprendre la réticence des juges à inclure dans le préjudice indemnisable *l'ensemble* des frais d'éducation et d'entretien de l'enfant, on se plaît à souhaiter que celle-ci revête un habit juridiquement adéquat et conforme aux principes du droit de la responsabilité civile, auxquels des considérations « morales » ne devraient pas faire ombrage, et qu'ils prennent soin d'affiner une approche souvent trop dogmatique de la question.

Plus généralement, force est de constater que l'étendue du dommage réparable, dans le cadre des actions en *wrongful pregnancy* (ou *conception*), *wrongful birth* ou *wrongful life*, demeure floue. L'absence de lignes directrices claires conduit les cours et tribunaux à juger plus ou moins « en équité », en déterminant quels frais et charges leur paraissent « raisonnablement » pouvoir être imputés au médecin fautif. Cette disparité entre les décisions, et le caractère aléatoire de l'indemnisation (légitime) des victimes qu'elle induit, ne sont propices ni à une appréhension sereine et stable de ces litiges, ni à l'indispensable sécurité juridique⁶³. Il serait opportun que la question, sous le double angle du lien causal et du préjudice, soit clairement posée à la Cour de cassation ; il n'est au demeurant pas exclu que l'espèce commentée lui donne l'occasion de se prononcer.

GILLES GENICOT⁶⁴

Avocat au barreau de Liège
Maître de conférences à l'U.Lg.

63. Sur laquelle, *La sécurité juridique*, Jeune barreau de Liège, 1993 ; *Le principe de sécurité juridique*, études réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahier du Conseil constitutionnel français n° 11, 2001, disponible en ligne sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr> ; F. POLLAUD-DULIAN, " A propos de la sécurité juridique ", *R.T.D.C.*, 2001, p. 487 ; *adde Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008.

64. L'auteur est membre du Comité consultatif de bioéthique et de la Commission de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie. Il s'exprime bien entendu à titre purement personnel.