

Naissance et (absence de) préjudice

Gilles GENICOT

Avocat au barreau de Liège, maître de conférences à l'Université de Liège



Samenvatting

Het Hof van Cassatie bevestigt voor de eerste keer dat de geboorte van een kind na een mislukte sterilisatie of een zwangerschapsafbreking die haar doel niet bereikt en niet opnieuw kan worden uitgevoerd op zich geen schade voor de moeder van dat kind vormt: zij bevindt zich daardoor niet in een minder gunstige situatie dan die waarin zij zich bevond vóór de fout. Het feit dat een vrouw zich in nood bevindt, omdat zij haar zwangerschap moet uitdragen en de schade ten gevolge van de geboorte van het kind dat zij heeft gedragen zijn twee schades die wezenlijk verschillend en van een verschillende aard zijn.

Men kan zich echter afvragen of deze principiële, onvoorwaardelijke en absolute bewering niet te idealistisch is. De wens om geen kind (of geen kind meer) te hebben wordt immers bij wet beschermd en vormt dus een wettig belang dat onrechtmatig kan worden geschonden. Zou het niet gerechtvaardigd zijn om toe te geven dat in bepaalde gevallen, op het ogenblik en in de omstandigheden waarin de geboorte plaatsvindt en niet 'op zichzelf beschouwd', de geboorte van een gezond kind niet noodzakelijk wordt ervaren als een heuglijke gebeurtenis door diegenen die, aangezien ze deze geboorte niet 'gepland' noch gewenst hadden, de mogelijkheid hadden deze te vermijden?

Résumé

La Cour de cassation affirme, pour la première fois, que la naissance d'un enfant à la suite, soit d'une stérilisation qui échoue, soit d'une interruption de grossesse qui n'atteint pas son but et ne peut plus être à nouveau entreprise, ne constitue pas en soi un préjudice pour sa mère : celle-ci ne se trouve pas, de ce fait, dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la faute. Le fait pour une femme en situation de détresse de devoir mener sa grossesse à terme et le dommage consécutif à la naissance de l'enfant qu'elle a porté sont deux préjudices essentiellement distincts et d'une nature différente.

On peut toutefois se demander si cette affirmation de principe, catégorique et absolue, n'est pas trop idéaliste. Le désir de ne pas (ou ne plus) avoir d'enfant est en effet protégé par la loi, et il constitue donc un intérêt légitime auquel il peut

être fautivement porté atteinte. Ne serait-il pas envisageable d'admettre que, dans certaines hypothèses, au moment et dans les circonstances où elle survient – et non « dans l'absolu » –, la naissance d'un enfant en bonne santé n'est pas forcément vécue comme un événement heureux par ceux qui, ne l'ayant ni « prévue » ni souhaitée, avaient la possibilité de l'éviter ?

Par l'arrêt rapporté, la Cour de cassation affirme, pour la première fois, que la naissance d'un enfant après l'échec d'une interruption de grossesse ne constitue pas en soi un préjudice pour sa mère, au motif que celle-ci ne se trouve pas, de ce fait, dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la commission du fait illicite. Il est permis de penser qu'il s'agit là d'une affirmation de principe.

1. Mme K. a souhaité procéder, le 26 août 2004, à une interruption volontaire de grossesse. Elle n'a pas été informée que cette intervention avait échoué. Ce n'est qu'après l'expiration du délai légal dans lequel une interruption volontaire de grossesse peut être réalisée qu'elle a appris qu'elle était toujours enceinte ; elle a, le 3 mars 2005, accouché d'une fille en bonne santé, la grossesse s'étant déroulée sans complications. L'hôpital et son assureur n'ont pas contesté que l'absence de communication de l'échec de l'IVG, en temps utile pour qu'une seconde intervention puisse être effectuée dans le délai légal, soit constitutive de faute, ce qui fut bien entendu judiciairement confirmé¹. Le litige a trait à la détermination de la consistance et du quantum du dommage subi par Mme K. en lien causal avec cette faute.

La Cour d'appel de Liège² avait retenu que, sans la faute commise dans le suivi post-opératoire, consistant en ce que ni la mère ni son médecin traitant ne furent avertis de l'échec de l'interruption volontaire de grossesse, Mme K. aurait été informée en temps utile de la situation et aurait pu faire procéder à une seconde intervention en vue de mettre un terme à sa grossesse dans le délai légal, et qu'il n'est pas douteux que, dans ce cadre, les médecins auraient redoublé de prudence et mis tout en œuvre pour s'assurer que le but recherché avait été atteint. Ainsi pouvait-il être affirmé avec certitude que le dommage indemnisable ne se serait pas produit en l'absence de la faute. Mais en quoi consiste ce dommage ?

1. Voir, dans le même sens, Riom, 6 juillet 1989, J.T., 1990, p. 643, note F. KÉFER ; R.G.A.R., 1991, n° 11.861, note I. CORBISIER : « Commet une négligence fautive le gynécologue qui s'abstient de s'assurer, avant l'expiration du délai dans lequel peut être pratiqué un avortement, du succès de l'intervention. »
2. Liège, 22 janvier 2009, J.L.M.B., 2009, p. 1161, note G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », pp. 1165 à 1182 ; cette revue, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS, « L'action en grossesse préjudiciable (wrongful pregnancy) », pp. 217 à 226.

Devant la Cour d'appel, Mme K. postulait l'indemnisation 1° des frais médicaux, hospitaliers et pharmaceutiques exposés en relation avec la conception puis la naissance, 2° de l'entretien complet de l'enfant jusqu'à la fin de sa formation, 3° des frais de garde et d'équipement et 4° de son dommage moral. La Cour d'appel ne lui alloua que 10 000 € en principal³ à titre de dommages matériel et moral confondus, liés au fait de devoir subir sa grossesse, et la débouta de sa réclamation relative à l'indemnisation des frais de garde, d'entretien et d'équipement et du dommage moral consécutifs à la naissance de l'enfant. Il fut en cela frappé de pourvoi par Mme K.

2. La considération principale justifiant cette décision tient en ce que, 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 », position que la Cour de cassation partage pleinement.

L'arrêt attaqué y ajoutait une étonnante « justification » subsidiaire, selon laquelle Mme 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. 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 ». Nous avons eu l'occasion d'exposer en quoi cette idée, intuitivement heurtante, est juridiquement inapte : pareille décision est parfaitement discrétionnaire et ne saurait en aucun cas être tenue pour fautive ; or, seule une faute de la victime est susceptible de rendre celle-ci partiellement responsable de son dommage⁴. Il aurait été précieux que l'arrêt liégeois soit en cela censuré ; mais cette considération était expressément qualifiée de surabondante, de sorte que les critiques dirigées à son encontre étaient irrecevables à défaut d'intérêt, la décision demeurant légalement justifiée par la considération principale reproduite ci-dessus. C'est ce que, très logiquement, la Cour de cassation retient à cet égard, et qui lui permet, par application d'un mécanisme propre à la technique de cassation, de ne pas se prononcer quant à la légalité intrinsèque et à la pertinence douteuse de cette idée assez saugrenue.

Pour le surplus, et donc pour l'essentiel, la haute juridiction délivre un message clair, auquel on pouvait s'attendre et qui

est largement approuvé (I). Il n'est, pour autant, pas interdit de le mettre quelque peu en perspective, et de tenter de questionner ce qui apparaît comme un postulat (II).

I. Un principe en apparence justifié

3. Le message de l'arrêt commenté est double, et complémentaire : premièrement, il n'est pas contradictoire d'indemniser le fait pour une femme en situation de détresse de devoir mener sa grossesse à terme, mais non le dommage consécutif à la naissance de l'enfant qu'elle a porté, car ces préjudices ont une nature différente : le dommage lié « au fait de devoir subir » une grossesse et celui entraîné par « la naissance d'un enfant » sont deux préjudices essentiellement

distincts, et la Cour d'appel de Liège a dès lors pu, sans se contredire, estimer que le premier était indemnisable, mais non le second. Deuxièmement, et il s'agit du principal enseignement de la décision, la notion légale de dommage – lequel consiste en l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime – suppose que la victime du fait illécite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant ; le juge qui constate que la mère a dû, en raison de la faute d'information du médecin, mener sa grossesse à terme et a donné naissance à un enfant « normal et en bonne santé », alors que, sans cette faute, elle aurait subi – avec succès – une seconde interruption volontaire de grossesse, peut parfaitement en déduire que les charges financières, les difficultés relationnelles prévisibles et les efforts accrus entraînés par cette naissance ne plaçaient pas la mère dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la commission du fait illicite, dans la mesure où « la naissance d'un enfant (...) ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice, même si la naissance est survenue après l'échec d'une intervention pratiquée en vue de l'interruption de la grossesse ». C'est un attendu de principe, clair et net.

4. C'est qu'en effet toutes les conséquences d'une faute ne constituent pas nécessairement un préjudice réparable, quoi qu'il en soit de la légitimité de l'intérêt lésé par l'acte fautif. Le dommage peut être défini comme « la différence négative existant entre deux situations, la première étant celle de la victime après la réalisation du fait dommageable et la seconde celle dans laquelle la victime se serait trouvée en l'absence de cet accident »⁵. Cette définition « souligne que le dommage n'est

« La naissance d'un enfant en bonne santé, issu de relations consenties, ne constitue pas en soi un dommage pour sa mère. »

3. Somme qui semble largement sous-évaluée, au regard des bouleversements majeurs qu'entraîne l'arrivée d'un enfant ; mais précisément, ce n'est pas ce que la Cour d'appel a voulu prendre en considération. Il n'est du reste pas exclu qu'il eût été possible d'obtenir transactionnellement davantage, l'assureur de l'hôpital n'ayant pas contesté la faute...

4. Voir G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, collection de la Faculté de droit de l'ULg, 2^e éd., 2016, pp. 672 à 676, et notre note précitée, *J.L.M.B.*, 2009, spéc. pp. 1179 à 1182 ; plus généralement, sur les décisions de la victime en matière de responsabilité médicale, voir notre étude « Le refus de soins entraînant une aggravation du préjudice causé par la faute d'un tiers : une hypothèse délicate et controversée », note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 15 janvier 2015, *cette revue*, 2015-2016, pp. 269 à 277.

5. L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, t. I, dossier 10, p. 4 et les réf. citées note 2 (mise en évidence ajoutée). Ces auteurs précisent que le dommage « se décompose en différents éléments et sous-éléments qui ne sont réparables que pour autant que chacun d'eux se présente comme 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 ».

réparable que lorsqu'il s'agit d'une différence *négative*, 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 »⁶. DE PAGE lui-même enseigne que « l'existence d'un préjudice (...), c'est-à-dire d'une *diminution* de biens, de richesses ou d'avantages (...), n'exige aucune explication spéciale. Il faut évidemment, pour qu'il y ait responsabilité, que la victime ait subi une *perte*, éprouvé une atteinte effective dans sa personne, ses biens ou ses intérêts »⁷.

Dans le même sens, le professeur DALCQ écrit, décrivant l'existence de certitude du préjudice, que « le dommage sera certain chaque fois que le juge aura la conviction que la victime se serait trouvée dans une situation meilleure si le défendeur n'avait pas commis la faute qui lui est reprochée »⁸. Il ajoute, quant à la question de savoir si le préjudice doit constituer une atteinte à un droit, à un intérêt juridiquement protégé ou simplement à un intérêt légitime, que « sous son aspect matériel, le dommage apparaît principalement comme une perte, une diminution de valeur. Il en résulte que dans de nombreux cas et pour ce qui concerne le préjudice matériel tout au moins, le dommage peut être déterminé par la comparaison entre l'état actuel de la victime et l'état hypothétique dans lequel elle se serait trouvée si le fait illicite ne s'était pas produit », bien qu'« il ne suffi(se) pas (que la victime) ait subi un dommage au sens matériel du mot pour qu'elle puisse faire valoir un droit à réparation »⁹. J. RONSE est du même avis : « volgens het gewone spraakgebruik (...), is schade elk nadeel, elk verlies, elke vermindering van iemands vermogen, zijn goederen, zijn persoon. Hieruit werd afgeleid dat de schade vastgesteld wordt door de vergelijking tussen twee toestanden : de toestand voor het schadegeval en deze waarin de benadeelde zich zou bevinden, indien het schadegeval niet gebeurd zou zijn (...). Nauwkeuriger wordt de schade ontleed als de uitkomst van de vergelijking tussen twee toestanden : de huidige toestand van de benadeelde zoals hij door de onrechtmatige daad veroorzaakt is, en de hypothetische toestand waarin hij verder gebleven zou zijn, moest het schadegeval zich niet hebben voorgedaan »¹⁰.

« Seule peut être indemnisée la différence négative entre la situation de la victime avant et après l'accident. »

5. En considérant que « la naissance d'un enfant normal et en bonne santé (et) issu de relations consenties, n'entraîne pas comme tel un dommage faisant naître un droit de réparation dans le chef de la mère », ou que « la naissance d'un enfant (...) ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice », même si elle survient après l'échec d'une IVG – laquelle témoigne de ce que l'enfant n'était pas désiré, dans l'absolu ou au moment et dans le contexte où la grossesse survient –, la Cour d'appel de Liège et la Cour de cassation indiquent, implicitement mais certainement, qu'à leurs yeux la différence entre la situation dans laquelle la mère se trouve et celle dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de la faute *n'est pas négative*, la naissance d'un enfant ne pouvant *en soi* être considérée comme un événement défavorable. Ce faisant, elles se situent dans la droite ligne de solutions jurisprudentielles classiques, approuvées par la doctrine¹¹. Il n'existe à notre connaissance aucune décision belge allouant à la mère ou aux parents un dommage moral *pour la naissance de l'enfant sensu stricto*, par opposition, éventuellement, à la souffrance psy-

chologique entraînée par l'obligation de subir une nouvelle intervention (stérilisation ou IVG si celle-ci est encore possible) ou liée au « fait de devoir subir » la grossesse.

Cette solution a, en France, depuis longtemps été élevée au rang de prin-

cipe, aux plus hauts niveaux juridictionnels¹². Dès le 2 juillet 1982, le Conseil d'État français a clairement décidé « que la naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès, en vue de l'interruption d'une grossesse (...), n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu, à moins qu'existent, en cas d'échec de celle-ci, des circonstances ou une situation particulières susceptibles d'être invoquées par l'intéressée », et, dans cette espèce, « il ne ressort pas de l'examen du dossier que (celle-ci) justifie de l'existence de circonstances ou d'une situation de cette nature »¹³. Neuf ans plus tard, la première chambre civile de la Cour de cassation française a pareillement posé « que l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse », et ce « en l'absence d'un dommage particulier

6. L. CORNELIS et I. VUILLARD, *op. cit.*, p. 5, n° 3 (mise en évidence ajoutée).

7. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2^e éd., p. 890, n° 949.

8. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Larcier, 1962, n° 2821.

9. R.O. DALCQ, *op. cit.*, n° 2869 et 2870.

10. J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Story-Scientia, 1984, p. 8, n°s 5.1 et 5.2.

11. La règle précitée a été exprimée par plusieurs juridictions de fond ; voir les réf. citées dans notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 671 et 672, et notre étude « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Liège ici attaqué, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1177 et 1178 ; *adde* E. DE KEZEL, « *Wrongful birth* en *wrongful life*. Een stand van zaken », *N.J.W.*, 2004, pp. 550 et 551.

12. Sur la situation en France, voir not. M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 285, spéc. pp. 303 à 306.

13. C.E. fr., 2 juillet 1982, *D.*, 1984, (sommaire), p. 21, obs. F. MODERNE et P. BON, et jur., p. 425, note J.-B. D'ONORIO ; *Gaz. Pal.*, 1983, 1, p. 193, note F. MODERNE ; *Rev. dr. sanit. et soc.*, 1983, p. 95, concl. PINAULT.

qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité »¹⁴. L'existence même, en pareil cas, d'un intérêt légitime est au demeurant discutée : d'éminents auteurs observent qu'« *a priori*, par rapport à un souhait de non maternité, l'existence d'un préjudice n'est guère contestable. Reste à savoir si c'est un *préjudice réparable*. La Cour de cassation ne le pense pas. (Sa) formule porte à considérer que, s'il y a eu dommage, celui-ci n'est pas réparable parce qu'il n'y a pas d'intérêt légitime à en demander la réparation. (...) Qui ne voit d'ailleurs sur quelle voie l'on s'aventurerait en considérant que l'enfant parfaitement constitué peut être un préjudice ? Ni ses parents, ni à plus forte raison lui-même ne sauraient se plaindre d'un préjudice inhérent à la seule naissance d'un être humain »¹⁵.

La Cour de cassation souscrit à ces enseignements récurrents : ni la notion légale de dommage réparable ni celle d'intérêt légitime n'ont été méconnues par la Cour d'appel de Liège, dès lors que ce qui ne consiste pas en 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 n'est pas susceptible d'être indemnisé. Mais, dans ce type d'espèces, la différence de situations est-elle réellement, toujours et par définition, positive ?

II. Un principe en réalité trop absolu ?

6. Dans un contexte juridique, et notamment législatif, autorisant la stérilisation (de même que la contraception) et dépénalisant l'avortement, la femme dispose d'une faculté juridiquement reconnue de refuser la procréation. Il est difficile de ne pas voir là, sinon un droit – et même, selon nous, un droit subjectif discrétionnaire –, du moins une *liberté*, un *intérêt* dont le droit reconnaît expressément la légitimité et dont, partant, la méconnaissance fautive devrait appeler réparation ; « 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 »¹⁶. Le désir de ne pas (ou ne plus) avoir d'enfant est bel et bien protégé par la

loi¹⁷ ; ne constitue-t-il dès lors pas *ipso facto* un *intérêt légitime* auquel il peut être fautivement porté atteinte ?

La question de savoir si, lorsqu'à la suite de l'échec d'une stérilisation ou d'une IVG, une naissance survient, la mère – ceci pour généraliser, car bien entendu il s'agit souvent des deux parents – peut rechercher la responsabilité du médecin en lui reprochant en quelque sorte d'avoir donné la vie « par sa faute », et ses enjeux complexes, tant juridiques qu'éthiques (même à s'en tenir à l'hypothèse d'un enfant parfaitement valide), sont explorés depuis longtemps par une doctrine nourrie¹⁸.

Si le principe même de l'action est admis de longue date, la *nature et l'étendue du préjudice* que la mère peut faire valoir faisaient, avant l'arrêt commenté, l'objet de controverses et d'appréciations jurisprudentielles diverses confinant à l'arbitraire. La détermination du dommage est assez simple lorsque la mère a pu faire procéder à une (nouvelle) IVG dans le délai légal, ou lorsqu'une (seconde) stérilisation peut être effectuée avant qu'une grossesse survienne – frais médicaux exposés pour l'intervention qui a échoué, éventuellement assortis d'un dommage moral modeste –, mais l'est nettement moins dans le cas contraire, *lorsque l'enfant est né*. Classiquement, les frais médicaux exposés seront remboursés, voire ceux entourant la naissance, mais en revanche aucun dommage *moral* ne sera alloué, pas plus qu'un préjudice matériel postérieur à la naissance. La justification de cette distinction est davantage éthique que proprement juridique : la naissance d'un enfant « normal et en bonne santé » ne saurait être considérée *en elle-même* comme un préjudice, comme une différence *négative* de situations, parce qu'elle apporte son lot de bienfaits, de joies et d'avantages qui sont de nature à « compenser » les difficultés qu'elle occasionne. 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 géniteurs¹⁹ ; il est parfois précisé que tel serait également le cas s'il n'est pas « issu de relations consenties », autrement dit s'il est le fruit d'un viol²⁰.

7. Si seule la morale vient finalement ici au secours des juges, c'est notamment parce qu'il n'est pas possible de s'appuyer, 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 procèdent²¹, dont il a parfois été

14. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 25 juin 1991, *D.*, 1991, jur., p. 566, note P. LE TOURNEAU ; *J.C.P.*, 1992, II, 21.784, note J.-F. BARBIÉRI, et I, 3593, 277, obs. P. MURAT ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 706, obs. J. HAUSER et p. 753, obs. P. JOURDAIN. La Cour rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 6 juillet 1989 (*J.T.*, 1990, p. 643, note F. KÉFER, « La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice ? »).

15. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12^e éd., 2008, t. 2, n° 187, p. 316 (parmi bien d'autres auteurs en ce sens) ; comparer notre note précitée, pp. 1176 à 1182.

16. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 290 et 304.

17. F. KÉFER (*op. cit.*, p. 645) relevait déjà qu'il paraît « téméraire » d'« opposer » 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 ? ».

18. Voir G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 655 et s., et la bibliographie reprise aux pp. 655 à 658 ; T. VANSWEEVELT, « Schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland kind », in *Handboek gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1394 à 1404.

19. Ce qui renvoie à la question, très proche mais néanmoins distincte, de l'enfant né handicapé à la suite d'une faute de dépistage prénatal ; voir l'autre arrêt rendu par la Cour de cassation le même jour que l'arrêt commenté, également publié dans ce numéro.

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

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

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 induit²². Il ne paraît en effet plus permis 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 propre²³ : il est désormais acquis que l'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire n'exclut pas l'existence d'un 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. Or, il ne résulte ni de l'article 203 du Code civil ni d'aucune autre disposition légale que les dépenses engagées pour l'entretien et l'éducation d'un enfant devraient rester *définitivement* à charge de ceux qui y sont obligés ou qui doivent l'exécuter, donc des parents. Cette jurisprudence concerne certes les débours d'un tiers, victime indirecte de la faute ; mais il peut en être déduit que les dépenses d'éducation et d'entretien de l'enfant sont susceptibles, exceptionnellement, de représenter dans le chef des parents un dommage indemnifiable, sans que la disposition précitée vienne rompre le lien de causalité avec la faute qui les a entraînées, ce qu'au demeurant la théorie de l'équivalence des conditions paraît imposer²⁴.

8. Il est permis de se demander si, ainsi proclamé d'une manière catégorique et absolue, le principe affirmé par l'arrêt commenté ne procède pas d'un certain idéalisme déconnecté de réalités parfois douloureuses, sur lesquels les raisonnements juridiques ne devraient pas faire l'impasse. Ne serait-il pas légitime d'admettre que, dans certaines hypothèses, *au moment et dans les circonstances où elle survient* (et non « dans l'absolu »), la naissance d'un enfant en bonne santé à la suite, soit d'une stérilisation qui échoue, soit d'une interruption de grossesse qui n'atteint pas son but – ou, ce qui revient au même, qui ne peut (plus) être entreprise à la suite d'un manquement fautif à l'obligation médicale d'information –, n'est pas forcément vécue comme un événement heureux par ceux qui, ne l'ayant ni « prévue » ni souhaitée, avaient la possibilité de l'éviter ? Ne pourrait-il pas y avoir alors place pour un dommage réel et non symbolique, en tout

cas matériel, qui, compte tenu du projet de vie des parents, devrait pouvoir être indemnisé, au-delà du modeste montant forfaitaire « à titre de dommages matériel et moral confondus (...) liés au fait de devoir subir la grossesse » qu'a retenu en l'espèce la Cour d'appel de Liège ?

Sauf à verser dans l'angélisme, force est d'admettre qu'une naissance non planifiée ne sera pas forcément vécue, au moment et dans les circonstances où elle survient, comme un événement heureux. Un bel arrêt montois l'illustre, dans une triste espèce où, après l'échec d'une vasectomie – le protocole histologique établissait qu'un seul des deux canaux déférents avait été sectionné et ligaturé –, un couple a mis au monde un enfant en bonne santé, mais onze mois seulement après la naissance d'un autre enfant gravement handicapé. Une faute d'information, quant à la nécessité d'un spermogramme de contrôle, fut retenue. Quant au dommage, la Cour d'appel énonce que « la conception, la grossesse et la naissance (de ce bébé) ont causé (aux parents) un préjudice moral » qualifié de « grave », lequel, dans pareil contexte éprouvant, « n'est pas compensé par le bonheur d'avoir un enfant en parfaite santé »²⁵. Les magistrats ne devraient pas se dispenser, ou être dispensés, 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 l'un d'eux 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.). Ainsi péremptoirement affirmé, le principe posé par l'arrêt commenté n'est pas aussi évident qu'il y paraît, et peut sembler tenir du postulat. Mais il faut admettre que, lorsqu'elle est confrontée au préjudice – souvent *de facto* déraisonnable – que la mère ou les parents allègue(nt), il est compréhensible que la jurisprudence fasse montre de prudence quant à sa nature et de mesure quant à son étendue.

« La naissance d'un enfant, au moment et dans les circonstances où elle survient, n'est pas toujours un événement heureux. »

22. C'est, singulièrement, la position qu'a adoptée la Cour d'appel de Liège dans deux arrêts des 10 mai 2001 (*cette revue*, 2001-2002, p. 247, note J. TER HEERDT) et 11 février 2002 (R.G.A.R., 2003, n° 13.691), qui refusent 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 ».
23. 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 ; 4 mars 2002, *Pas.*, n° 154 ; J.L.M.B., 2004, p. 239, note J. WILDEMEERSCH.
24. 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'* : 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, *cette revue*, 2001-2002, pp. 253 et 254.
25. Mons, 28 octobre 2011, J.L.M.B., 2012, p. 1091, note G. GENICOT ; *cette revue*, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT.

9. En conclusion, il est parfaitement admissible que l'on tienne compte des avantages et des bienfaits procurés par la naissance d'un enfant ; quoique non souhaitée, il est évident que celle-ci ne peut certainement pas être considérée comme un événement unilatéralement négatif. Mais, pour le surplus, on s'autorise à considérer qu'aucune des justifications avancées par la jurisprudence pour refuser d'imposer au médecin, à l'hôpital ou à leur assureur la prise en charge de frais qui, qu'on le veuille ou non, *découlent de leur faute* ne convainc pleinement. Ni l'article 203 du Code civil, ni bien entendu la décision de ne pas avorter ou abandonner l'enfant à la naissance ne sont susceptibles de rompre le lien causal. Quant à 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 –, elle semble devoir s'imposer juridiquement, à la faveur de l'arrêt commenté ; mais elle procède d'un postulat dogmatique et passablement idéaliste, qui ne saurait ravir les partisans de la rigueur causale. Il serait préférable d'examiner si, *in concreto*, la naissance *dans les circonstances où elle est survenue* entraîne un préjudice, *non pas en elle-même*, mais en tant qu'elle oblige les parents à des dépenses imprévues et/ou à une réorganisation précipitée et difficile de leur vie. Car, qu'on le veuille ou non, la naissance entraîne dans leur chef divers désagréments, certes adoucis par la joie de la parentalité, mais qui existent et ne devraient pas pouvoir être purement et simplement escamotés, comme y invite pourtant, fermement, la Cour de cassation.