

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ?, note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004

Putz, Audrey; Marchetti, Romain; Montero, Etienne

Published in:

Revue Générale de Droit Civil Belge = Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Putz, A, Marchetti, R & Montero, E 2006, 'La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ?', note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004', *Revue Générale de Droit Civil Belge = Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, numéro 2, pp. 117-132.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Tribunal de première instance de Bruxelles

21 avril 2001

RESPONSABILITÉ MÉDICALE – RECEVABILITÉ – DOMMAGE RÉPARABLE – LIEN DE CAUSALITÉ – PREUVE

Anomalie génétique du fœtus non détectée – Action des parents en leur nom propre – Action au nom de l'enfant mineur – Vie préjudiciable – Lésion d'un droit subjectif – Intérêt légitime – Théorie de l'équivalence des conditions – Perte d'une chance

L'action en réparation introduite au nom de l'enfant né gravement handicapé contre des médecins, auxquels il est reproché diverses fautes médicales sans lesquelles les parents auraient reçu une information complète au sujet de l'état de santé de leur enfant leur permettant de prendre la décision de recourir à un avortement thérapeutique, tend à la réparation d'une vie préjudiciable même si l'indemnisation postulée est limitée aux conséquences du handicap.

Le préjudice de l'enfant consiste dans l'atteinte à un droit qui est pour lui le prolongement ou, plus exactement, un élément du droit de la femme, dont il faisait indissociablement partie au stade de sa conception, d'interrompre sa grossesse dans les conditions déterminées par l'article 350 du Code pénal. À tout le moins, la disposition légale précitée confère à l'enfant à naître un intérêt à ne pas être placé dans la situation d'avoir à vivre avec un handicap très grave et incurable, intérêt dont, une fois né, il peut se prévaloir en vue de la réparation d'un dommage.

La circonstance que des dommages et intérêts ne permettent pas de remettre l'enfant dans l'état de non-existence qui eût été ainsi le sien n'est pas relevante dès lors que les dommages et intérêts n'ont pas nécessairement et toujours pour fonction de remettre la victime dans l'état qui était le sien avant l'acte fautif, mais se limitent, parfois, à atténuer les conséquences de l'état préjudiciable consécutif à la faute.

L'établissement d'un lien causal entre les fautes reprochées et le dommage postulé n'implique pas qu'il soit démontré, avec certitude, que la mère aurait eu recours à l'avortement thérapeutique si elle avait été correctement informée de l'état du fœtus. Démontrer l'existence d'un lien de causalité suppose uniquement d'établir qu'existait une liberté d'avorter et que cette liberté a disparu du fait de la faute du médecin. À supposer les fautes établies de même que le défaut d'information fautif en résultant, il serait de fait simultanément établi, avec la certitude requise, que la mère de l'enfant a, à tout le moins, été privée de la possibilité de recourir à cet avortement et, par voie de conséquence, que l'enfant a perdu une chance de ne pas vivre gravement et incurablement handicapé.

L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 est d'application au médecin préposé, même en raison des fautes commises dans l'exercice de son art de guérir.

MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID – ONTVANKELIJKHEID – HERSTELBARE SCHADE – OORZAKELIJK VERBAND – BEWIJS

Niet ontdekte genetische afwijking van de foetus – Vordering van de ouders in eigen naam – Vordering in naam van het minderjarig kind – Schadelijk leven – Schending van een subjectief recht – Wettig belang – Leer van de gelijkwaardigheid van de voorwaarden – Verlies van een kans

Een vordering tot herstel wordt, in naam van het kind dat zwaar gehandicapt ter wereld kwam, ingeleid tegen de geneesheren aan wie uiteenlopende medische fouten worden aangewreven, zonder welke de ouders helemaal op de hoogte zouden zijn geweest van de gezondheidstoestand van hun kind, wat hen in de mogelijkheid zou hebben gesteld om hun toevlucht te nemen tot een therapeutische abortus. Die vordering strekt ertoe herstel te bekomen voor een schadelijk leven, ook al wordt de gevorderde schadevergoeding beperkt tot de gevolgen van de handicap.

Voor het kind bestaat de schade uit de schending van een recht dat voor hem het verlengde is- of meer bepaald een onderdeel van het recht van de vrouw, met wie hij onlosmakelijk een eenheid vormde ten tijde van zijn verwekking, om de zwangerschap te onderbreken onder de voorwaarden die door het artikel 350 van het Strafwetboek worden bepaald. Op zijn minst heeft het kind dat moet geboren worden er belang bij, als gevolg van de voornoemde wettelijke bepaling, dat het niet in een situatie terechtkomt waarin het met een zeer ernstige en ongeneeslijke handicap moet leven, belang dat het – eenmaal het geboren is – kan invoeren om het herstel van de geleden schade te bekomen.

De omstandigheid dat de schadevergoeding het niet zal mogelijk maken dat het kind teruggeplaatst wordt in de staat van niet-bestaan die op die manier de zijne zou zijn geweest, is niet pertinent aangezien de schadevergoeding niet altijd en noodzakelijk de taak heeft om het slachtoffer terug te plaatsen in de staat die de zijne was vóór de fout, maar zich soms beperkt tot het verzachten van de gevolgen van de nadelige staat die voortvloeit uit de fout.

Het vaststellen van een oorzakelijk verband tussen de aangerekende fouten en de ingeroepen schade houdt niet in dat met zekerheid is bewezen dat de moeder haar toevlucht zou hebben genomen tot een therapeutische zwangerschapsafbreking als ze behoorlijk was ingelicht over de staat van de foetus. Het bewijs leveren van het bestaan van een oorzakelijk verband veronderstelt alleen dat wordt vastgesteld dat

*er een vrijheid*om te aborteren bestond en dat die vrijheid is verdwenen door het feit van de fout van de geneesheer. In de veronderstelling dat de fouten komen vast te staan, als-ook het schuldige gebrek aan voorlichting die daaruit voortvloeide, zou het eigenlijk gelijktijdig komen vast te staan, met de nodige zekerheid, dat de moeder van het kind op zijn minst werd beroofd van de mogelijkheid om haar toevlucht te nemen tot die vruchtafwijzing en bijgevolg dat het kind een kans heeft verloren om niet te leven met een ernstige en ongeneeslijke handicap.*

Het artikel 18 van de wet van 3 juli 1978 is van toepassing op de aangestelde geneesheer, zelfs wegens de fouten begaan in de uitoefening van zijn geneeskunde.

I. – Objet des demandes

Attendu que M. F. et son épouse, Mme C., agissant en leur double qualité, poursuivent la condamnation de Mme M.-F., de l'A.S.B.L. Cliniques universitaires Saint-Luc, de Mme K., de M. B., de l'A.S.B.L. Clinique Saint-Pierre et de la S.A. AGF Belgium Insurance solidairement, *in solidum*, ou l'un à défaut de l'autre, à leur payer, d'une part, à chacun d'eux en leur nom personnel, € 1 à titre provisionnel, sur un dommage évalué, sous réserve de modification en cours d'instance, à € 500.000, outre € 1 provisionnel pour leur dommage moral et, d'autre part, en leur qualité de représentants légaux de Guillaume, € 25.000 provisionnels, sur un dommage évalué, sous réserve de modification, à € 400.000, tous montants à majorer des intérêts compensatoires et des intérêts judiciaires moratoires sur le principal cumulé des intérêts compensatoires, jusqu'à la date du paiement effectif, outre les dépens;

Qu'ils sollicitent, avant dire droit quant à leur dommage définitif et celui de Guillaume, la désignation d'un expert-médecin avec pour mission, en substance, d'évaluer ce préjudice, telle que cette mission est plus amplement décrite dans leurs conclusions de synthèse;

Qu'elles concluent à l'irrecevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre le docteur M.-F. et, à tout le moins, au non-fondement de la demande formée par les demandeurs en leur nom personnel et à l'irrecevabilité ou à tout le moins au non-fondement de la demande formée par ceux-ci en leur qualité de représentants légaux de Guillaume;

(...)

II. – Le cadre du litige

Attendu que le litige s'inscrit dans le cadre suivant:

M. F. et son épouse sont les parents de l'enfant

Guillaume, atteint de trisomie 21, né le 12 septembre 1992 à la Clinique Saint-Pierre d'Ottignies, dont la responsabilité civile et professionnelle, en ce compris celles des médecins travaillant pour son compte, est assurée par la S.A. AGF Belgium Insurance;

Mme C. a été suivie durant sa grossesse par le docteur K.;

le docteur K., diplômée en médecine de l'Université catholique de Louvain, effectuait alors un stage de formation pratique à la clinique Saint-Pierre, dans le cadre du troisième cycle d'étude relatif à la licence en gynécologie obstétrique organisée par l'Université précitée; ce stage était effectué sous l'autorité du docteur W., maître de stage (convention de stage de médecin spécialiste du 11 septembre 1991);

en juin 1992, au cours de la trente et unième semaine de gestation, le docteur K. a observé, à l'échographie, une dimension anormalement petite de l'humérus et du fémur du fœtus;

elle a prescrit une ponction amniotique qui a été réalisée par le docteur B., en présence du docteur M.-F.;

les analyses du liquide prélevé ont été confiées par le docteur B. au centre de génétique médicale des cliniques universitaires Saint-Luc et réalisées par le docteur M.-F., généticienne, exerçant au sein dudit centre en qualité d'employée;

la demande d'examen, dont il n'est pas contesté qu'elle a été remplie par le docteur M.-F., portait sur un "caryotype sur cellules amniotiques" et sur une "culture de cellules amniotiques", le motif indiqué de la demande d'examen étant un "nanisme";

le docteur M.-F. expose que ce motif a été indiqué par elle conformément aux renseignements oraux qui lui ont été communiqués; elle produit un document qu'elle a rédigé après la ponction et à la suite d'un entretien avec Mme C., sur lequel est indiqué "Diagnostic: nanisme achondropl?";

par courrier daté du 27 juillet 1992, le docteur M.-F. a adressé les résultats de l'analyse au docteur B., le protocole d'examen indiquant:

"Indication: nanisme.

Le caryotype des cellules amniotiques est 46,XY apparemment normal et de sexe masculin pour les 11 mitoses analysées. Les examens que nous avons effectués détectent les anomalies chromosomiques majeures et des malformations telles que le spinabifida ouvert, l'omphalocèle ou autre. Il subsiste toujours un risque de malformation de l'ordre de 2% qui est le risque observé dans la population en général. Une enquête génétique ne nous a pas permis d'identifier d'affections à caractère héréditaire pour laquelle il y aurait un risque accru pour l'enfant dont la grossesse est en cours. Conclusions: caryotype fœtal: 46,XY, apparemment normal de sexe masculin";

la grossesse s'est poursuivie normalement jusqu'à la naissance de Guillaume le 12 septembre 1992, aujourd'hui âgé de 11 ans;

une suspicion de trisomie 21 s'est révélée à l'examen

du nouveau-né, suspicion dont la réalité a été confirmée par une analyse sanguine; les parents de Guillaume reprochent, en leur double qualité, diverses fautes médicales aux différents intervenants médicaux et soutiennent que sans ces fautes, ils auraient reçu une information complète au sujet de l'état de santé de leur enfant qui leur aurait permis de prendre la décision de recourir à une interruption volontaire de grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant gravement handicapé.

III. – Discussion

Quant à la recevabilité des demandes des consorts F.-C. agissant en leur nom personnel

Attendu qu'aucune des parties défenderesses ne conteste la recevabilité de ces demandes, hormis le docteur M.-F., laquelle soulève cependant un moyen qui a trait au fondement de la demande, tiré de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, et qui sera dès lors examiné dans ce cadre;

Que plus particulièrement, et contrairement à ce qu'ont pu comprendre les demandeurs, il ressort de l'examen des conclusions des parties défenderesses que celles-ci ne contestent pas que Mme C. se trouvait dans les conditions légales pour avorter;

Que cette absence de contestation a encore été réaffirmée à l'audience précitée, les parties défenderesses entendant simplement mettre en exergue la difficulté psychologique de procéder à un avortement thérapeutique après six mois de grossesse, soit lorsque l'enfant est viable, et à une époque où, selon elles, les avortements thérapeutiques étaient rares, la loi sur l'avortement ne datant que du 3 avril 1990, ce que démentent toutefois les travaux préparatoires de cette loi (il ressort de ces travaux préparatoires ([*Pasin.* 1991, I, pp. 661 et s.] que le législateur est intervenu en raison précisément du nombre d'avortements médicaux pratiqués en Belgique [15.000 cas d'avortements pratiqués ouvertement par an selon le rapport fait au nom des commissions réunies de la justice et de la santé publique et de l'environnement par Mmes MAYENCE-GOOSSENS et LIETEN-CROES, *Pasin.* 1991, I, p. 669]);

Que les conditions de l'article 350 du Code pénal sont réunies, la trisomie 21 étant une affection d'une particulière gravité, comme le démontre par ailleurs l'élaboration du triple test, effectué, selon les parties, à la quinzième semaine de gestation, soit après le délai de douze semaines visé par l'article 350, alinéa 2, 1°, a dudit Code, destiné à dépister cette anomalie en vue d'une éventuelle interruption volontaire de grossesse;

Que cette affection est incurable;

Qu'enfin, le législateur n'a prévu aucun délai ultime pour l'avortement thérapeutique, lequel peut donc intervenir

jusqu'à la fin de la grossesse, et donc même si le fœtus est viable hors du corps de la mère (voy. les travaux préparatoires, *Pasin.* 1991, I, pp. 730 et s.).

Quant à la recevabilité de la demande introduite au nom de l'enfant mineur Guillaume

Attendu que l'A.S.B.L. Cliniques universitaires Saint-Luc et le docteur M.-F. allèguent l'irrecevabilité de la demande formée à leur encontre par les demandeurs, en leur qualité de représentants légaux de Guillaume, sur le fondement d'un défaut d'intérêt légitime à agir (art. 17 C. jud.);

Qu'ils soutiennent que nul ne peut légitimement se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance;

Que les demandeurs contestent demander, au nom de leur enfant, l'indemnisation de la naissance ou de la vie de Guillaume, mais bien l'indemnisation des conséquences du handicap dont souffre celui-ci, de sorte que la question à trancher ne serait pas, selon eux, celle de "naître ou ne pas naître" (voy. en ce sens notam., Cass. fr. (ass. plén.) 17 novembre 2000, *Bull.*, n° 9, p. 15, arrêt dit *Perruche*; Cass. fr. (ass. plén.) 28 novembre 2001, arrêt dit *Lionel*, n° 486, inédit; Cass. fr. (ass. plén.) 13 juillet 2001, trois arrêts, *Dalloz* 2001, 2325, note P. JOURDAIN; R. DALCQ, "Commentaires", *Journ. proc.*, n° 404, 15 décembre, pp. 11 et s.; Y.-H. LELEU, "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche*", *R.G.A.R.* 2002, n° 13466; D. SALAS, "L'arrêt *Perruche*, un scandale qui n'a pas eu lieu", *Dalloz, Rec.*, hors-série justices, mai 2001, pp. 14 et s.; P. JOURDAIN, "Chronique en matière d'obligations et de contrats spéciaux", *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 624; P. KAYSER, "Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?", *Dalloz, chron.*, 2001, pp. 1889 et s.);

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

Que si le dommage ne doit pas être une suite directe et immédiate de la faute, encore le lien les unissant doit-il revêtir un caractère de nécessité;

Attendu que le handicap est le désavantage quelconque ou l'infirmité qui met un être en état d'infériorité, soit en l'espèce la trisomie 21;

Qu'il n'est pas contesté que cet handicap n'est pas consécutif à une erreur médicale, mais bien à une anomalie chromosomique et donc à un dysfonctionnement génétique étranger aux fautes médicales reprochées;

Qu'il n'est pas davantage contesté que cette anomalie est incurable et qu'aucun acte médical n'aurait pu positivement y remédier avant la naissance de l'enfant;

Que ce mal était donc comme tel acquis et réalisé d'une manière certaine avant la naissance de Guillaume et, par voie de conséquence, avant les fautes reprochées;

Qu'il s'ensuit que ce n'est pas le handicap, mais bien le fait de vivre gravement et incurablement handicapé parce que né comme tel, qui constitue le seul préjudice susceptible de se trouver dans une relation de causalité nécessaire avec les fautes reprochées (voy. en ce sens, A. SÉRIAUX, "Perruche et autres – La Cour de cassation entre mystère et mystification", *Dalloz*, chron., 2002, pp. 1996 et s.; Civ. Mons 6 octobre 1993, inédit, R.G., n° 91637, décision citée par R.O. DALCQ, "Problèmes actuels en matière de causalité", in *L'indemnisation du préjudice*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, p. 199 et par J.-L. FAGNART, "L'évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun", *R.G.A.R.* 1994, n° 12248; M. DEGUERGUE, "Le point de vue du publiciste sur l'arrêt *Perruche*", *Gaz. Pal.*, Rec. mars-avril 2002, pp. 664 et s.; N. GOMBAULT, "La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus", *Gaz. Pal.* 1996, pp. 816 et s.);

Attendu que l'action en réparation introduite au nom de Guillaume tend bien à la réparation d'une vie préjudiciable même si l'indemnisation postulée est limitée aux conséquences du handicap;

Attendu que les défenderesses soutiennent que "si un être humain, dès sa conception, est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques" (citant Bordeaux 26 janvier 1995, *J.C.P.* 1995, 4, 1568; égalem. en ce sens, en Angleterre, arrêt *Mac Kay/Essex area health authority de 1982*; voy. égalem. en France J. BONNEAU, "Logique juridique et éthique, l'arrêt *Perruche*", *Gaz. Pal.*, Rec. novembre-décembre 2001, pp. 1880 et s. et réf. cit.; C.E. fr., *Quarez*, 14 février 1997, *Les petites affiches*, n° 64, 1997; voy. en Belgique, la doctrine citée par J.-L. FAGNART, "To be or not to be?", *Journ. proc.*, n° 404, décembre 2000, pp. 19 et s., spéc. note 25, p. 21; A. GOSSERIES, "Faut-il couper les ailes à l'arrêt *Perruche*?", *R.I.E.J.* 2002.48, cet auteur exceptant toutefois le cas d'une vie en dessous du seuil de toute dignité humaine);

Qu'elles soutiennent qu'un tel droit subjectif n'existe pas dans la mesure où il suppose une volonté inexistante au stade prénatal (cet argument méconnaît le principe *infans conceptus pro nato habetur*, qui permet de faire acquérir des droits à l'enfant vivant et né viable dès sa conception) et qu'il ne serait pas légitime;

Attendu que le dommage ne consiste pas uniquement dans la lésion d'un droit ou plus précisément dans la lésion d'un droit civil, c'est-à-dire un droit consacré par des lois civiles et protégé par une action en justice;

Que le dommage peut également consister dans la perte d'un simple avantage ou dans l'atteinte à un intérêt, pourvu que celui-ci soit stable et légitimé (Cass. 28 octobre 1942, *Pas.* 1942, I, 261; Cass. 26 septembre 1949, *Pas.* 1950, I, 19; Cass. 2 mai 1955, *Pas.*, I, 950; Cass. 17 juin 1975, *Pas.*, I, 999);

Attendu qu'aux termes de l'article 350 du Code pénal (tel que modifié par la loi du 3 avril 1990, entrée en vigueur le 15 de ce même mois), la femme enceinte a le droit d'interrompre sa grossesse avant la fin de la douzième semaine de celle-ci;

Que ce droit est par ailleurs reconnu même au-delà de cette période de conception lorsque la poursuite de la grossesse met gravement en péril la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue incurable au moment du diagnostic;

Qu'il n'est pas contesté que la demanderesse se trouvait dans les conditions légales d'un avortement thérapeutique; que ces conditions étaient effectivement remplies en l'espèce;

Que le préjudice de l'enfant consiste dans l'atteinte à un droit qui est pour lui "le prolongement ou, plus exactement, un élément du droit de la femme", dont il faisait indissociablement partie au stade de sa conception, d'interrompre sa grossesse dans les conditions déterminées par la loi (J.-L. AUBERT, "Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être", *Dalloz* 2001, p. 481 cité par P. KAYSER, *o.c.*) et dont, en l'espèce, la demanderesse affirme qu'elle l'aurait exercé si elle avait été correctement informée sur l'état de son fœtus ou, à tout le moins, dont il est certain, à supposer les fautes établies, qu'elle a été privée du choix de l'exercer (perte d'une "chance" au sens attribué à ce terme en droit de la responsabilité) (l'argument brandi par certains, aux termes duquel un tel droit reviendrait à admettre qu'un enfant handicapé puisse un jour faire un procès en responsabilité à sa mère parce qu'elle a préféré le laisser vivre, bien qu'elle ait été informée du handicap dont il était atteint, alors que la loi n'autorisait à interrompre cette grossesse, n'est pas relevant, dès lors "que la liberté de choix que la loi donne à la mère exclut que sa décision, dans un sens ou dans l'autre, puisse être considérée comme constitutive d'une faute" [R.O. DALCQ, *o.c.*, *Journ. proc.* 2000, pp. 11 et s.]);

Qu'à tout le moins, la disposition légale précitée confère à l'enfant à naître un intérêt à ne pas être placé dans la situation d'avoir à vivre avec un handicap très grave et incurable (voy. en ce sens G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., n°s 248 et s., cité par P. KAYSER, "Responsabilité civile – Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?", *Dalloz* 2001,

n° 24, chron. doct., p. 1891), intérêt dont, une fois né, il peut se prévaloir en vue de la réparation d'un dommage;

Qu'en restreignant à des conditions très strictes le droit de la mère d'avorter après la douzième semaine de conception, le législateur a pris en considération non seulement l'intérêt de la mère, mais aussi celui de l'être en devenir qu'il a entendu ainsi protéger;

Qu'en tout état de cause, la théorie de "l'illicéité relative" en matière aquilienne – aux termes de laquelle les règles de droit sont destinées à protéger spécifiquement certaines catégories de personnes de sorte que seules ces personnes seraient fondées à réclamer en justice la réparation du préjudice subi à la suite d'un acte commis en violation de l'une ou l'autre de ces règles, à l'exclusion de personnes non visées par ces règles de droit à qui l'acte aurait également commis un préjudice – a été expressément condamnée par la Cour de cassation (voy. notam., Cass. 28 avril 1972, *Pas.*, I, 797);

Attendu qu'en autorisant l'avortement sans limite de temps, en cas d'affection d'une particulière gravité et incurable, le législateur belge a lui-même accepté l'idée que l'absence de vie peut, dans certains cas, être préférable à une vie gravement altérée et que le seul fait de vivre n'efface pas le préjudice lié au handicap (voy. en ce sens, Y.-H. LELEU, *o.c.*, R.G.A.R. 2002, n° 13466);

Attendu que ni l'ordre public (la tentation de l'eugénisme avancée par certains [voy. les nombreuses références citées dans le rapport du conseiller SARGO précédant l'arrêt dit *Perruche*, *Rev. trim. D.H.* 2001, pp. 1221 et s., spéc. pp. 1237 et 1238], en ce que "le préjudice de non-avortement n'est pas neutre. Il relève d'une logique d'élimination des "anormaux" qui heurte la conscience juridique" [concl. av. gén. J. SAINT-ROSE préc. Cass. fr. 17 novembre 2001, *Dalloz* 2001, p. 318] n'est pas pertinente "et relève davantage de l'insulte", l'eugénisme impliquant une dimension collective, nécessairement criminelle, alors que la loi du 3 avril 1990 est pour la femme une loi de responsabilité "et ce que l'on serait tenté d'appeler une "loi d'épouvantable solitude" – malgré le dispositif d'assistance qu'elle prévoit – qui la laisse désespérément seule face à un choix douloureux entre tous", rapport précité de M. le conseiller SARGOS, spéc. n° 44, p. 1238) (il n'existe pas, en droit positif belge, de disposition légale qui consacrait cette illégitimité, à l'instar du droit français [L. 10 janvier 2002] ou anglais [Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976]; les propositions de loi déposées le 17 janvier 2002 par le parlementaire D. Bacquelaine, le 13 mai 2003 par ce même parlementaire et M. Maingain et le 19 septembre 2003 par le sénateur A. Destexhe n'ont pas, à ce jour, été adoptées) ni les bonnes mœurs – considérés comme un ensemble de règles de conduite ou d'ordre strictement moral, résultant des habitudes, des usages et des traditions communément admises par le corps social et qui sont sanctionnées par le droit – n'impliquent que l'intérêt légitime ainsi consacré

par le législateur belge à ne pas vivre gravement et incurablement handicapé devient illégitime par le seul fait de la naissance (voy. en ce sens, outre les décisions précitées, Hof 's-Gravenhage [Pays-Bas] 26 mars 2003, *Juristenkrant* 2003, liv. 69, 8);

Attendu que l'action introduite à leur encontre méconnaît, selon les défenderesses, l'égalité dignité humaine;

Qu'en d'autres termes, en estimant que sa vie ne mérite pas d'être vécue, Guillaume ne respecterait pas sa propre dignité et, par extension, celle de tous ceux qui subissent le même sort;

Que toutefois, appliquée à la parole de Guillaume "l'obligation qui lui serait faite d'être 'digne' aboutirait à ce paradoxe inouï: empêcher un enfant handicapé de souhaiter la mort à une vie invivable et, s'il se rebiffe devant cette injonction, le traiter de barbare au nom de la transcendance qui, paraît-il l'habite. Et le comble serait atteint lorsqu'on le stigmatiserait de porter atteinte à l'humanité de tous les handicapés: de victime, il serait transformé en bourreau!" (B. EDELMAN, "L'arrêt *Perruche*: une liberté pour la mort?", *Dalloz* 2002, chron., doc., pp. 2349 et s.) (du reste "les auteurs qui paraissent peu favorables à la décision de l'arrêt [*Perruche*] ou qui émettent une opinion mitigée reconnaissent que la société a le devoir de soulager par une aide appropriée les souffrances des handicapés. La charité plutôt que la justice. Mais la dignité du handicapé est-elle mieux respectée par ceux qui le transforment en assisté social que par ceux qui lui reconnaissent un droit de créance contre les professionnels de la santé publique n'ayant pas su prévenir sa naissance dans les conditions où celle-ci aurait dû être prévisible?" [F. RIGAUX, "Observations – Du bon et du mauvais usage de l'alternative", *Rev. trim. D.H.* 2001, pp. 1258 et s.]; voy. égalem. en ce sens le rapport de M. le conseiller SARGOS qui se demande "où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques?", rapport précité, n° 48, p. 1240);

Que, nul ne conteste l'intérêt légitime des parents de l'enfant à agir en réparation d'une naissance préjudiciable (*wrongful birth*), alors même que leur préjudice, s'il leur est personnel, n'est qu'une conséquence du préjudice de leur enfant et qu'"en indemnisant les parents, on accepte nécessairement de faire abstraction de la vie qui, sans la faute commise, n'aurait pas existé" (rapport précité de M. le conseiller SARGOS, n° 46, p. 1239; voy. en ce sens égalem., F. RIGAUX, *o.c.*, p. 1266; R.O. DALCQ, *o.c.*, p. 13; P. KAYSER, *o.c.*, p. 1892.);

Que les défenderesses semblent également contester la légitimité de l'intérêt de l'enfant à agir, au motif que "l'enfant mongol est généralement heureux de vivre";

Qu'il n'appartient pas au juge, ni *a fortiori* à un expert comme le sollicitent les parties défenderesses, de fixer des critères objectifs distinguant la vie acceptable de celle qui ne l'est pas ("une telle prétention méconnaît la réalité. Dans le monde qui est le nôtre, on rencontre 'même des tziganes heureux'. On rencontre parfois des paraplégiques débordant de dynamisme, de joie et de projets. On rencontre aussi des riches bien portants qui ont 'la nausée', au sens sartrien, de la vie et qui finissent par se suicider. L'envie de vivre ne répond pas à des critères objectifs. C'est une appréciation individuelle et subjective que chacun porte sur sa propre vie. Nul n'a le droit de décider pour autrui si la vie de celui-ci vaut d'être vécue" [J.-L. FAGNART, *o.c.*, p. 23, se référant, d'une part, au titre d'un film des années 1960 et, d'autre part, à l'ouvrage de M. ALBWACH, *Les causes du suicide*, Paris, Alcan, 1930]), seul Guillaume étant apte et habilité à porter un jugement sur la vie qui est la sienne;

Attendu qu'il est ainsi établi que Guillaume disposait d'un intérêt légitime, juridiquement protégé comme tel, à ne pas vivre gravement et incurablement handicapé, justifiant l'action en réparation introduite aujourd'hui pour son compte;

Attendu que les parties défenderesses soutiennent que l'action en réparation de cette vie préjudiciable n'en demeurerait pas moins irrecevable, au motif que la réparation implique, par définition, le rétablissement du préjudicié dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise et que l'enfant ne peut demander la suppression pure et simple de cette vie préjudiciable (voy. en ce sens, J.-L. FAGNART, "L'évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun", *R.G.A.R.* 1994, n° 12248);

Qu'il n'est certes pas contestable que la réparation par équivalent n'est que subsidiaire d'une réparation en nature et qu'une réparation en nature, par les auteurs présumés des fautes, serait à ce jour et en l'état actuel du droit positif belge, non seulement impossible mais également illicite;

Que toutefois, la réparation par équivalent est également admise lorsque la réparation en nature n'est plus possible;

Qu'en l'espèce, cette réparation en nature était possible au moment où les fautes reprochées, à les supposer établies, ont été commises, dès lors qu'une interruption de grossesse aurait pu être légalement pratiquée et qu'elle aurait permis à Guillaume de ne pas exister;

Que la circonstance que des dommages et intérêts ne permettraient pas de remettre l'enfant dans l'état de non-existence qui eût été ainsi le sien, n'est pas davantage relevante, dès lors que les dommages et intérêts n'ont pas nécessaire-

ment et toujours pour fonction de remettre la victime dans l'état qui était le sien avant l'acte fautif, mais se limitent, parfois, à atténuer les conséquences de l'état préjudiciable consécutif à la faute (voy. notam., Y.-H. LELEU, *o.c.*, n° 19; M. FABRE-MAGNAN, "Avortement et responsabilité médicale", *Rev. trim. dr. civ.* 2001, pp. 285 et s.);

Que les défenderesses croient enfin pouvoir soutenir, en vue selon elles de démontrer le caractère aberrant de la demande, "qu'une réparation en nature est toujours possible et qu'il est loisible au handicapé de recouvrer l'état qui aurait été le sien sans la faute commise ...";

Qu'en d'autres termes, les défenderesses soutiennent que la réparation par équivalent ne serait pas, en l'espèce, admissible, dès lors que le suicide de Guillaume lui assurerait une réparation en nature; qu'il est des arguments dont l'indignité mériterait certes réparation, le Tribunal n'étant toutefois, en l'état, saisi, à ce propos, d'aucune demande;

(...)

Attendu qu'il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'action de Guillaume, telle qu'elle a été introduite pour son compte, est recevable.

Quant au fondement des demandes

a. Responsabilité du docteur M.-F.

Attendu que le docteur M.-F. prétend au bénéfice de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, aux termes duquel les travailleurs, dont les employés, ne répondent à l'égard des tiers que de leur faute lourde, de leur faute intentionnelle ou de leur faute légère habituelle;

Attendu qu'il ressort des documents produits que le docteur M.-F. exerce ses activités médicales dans le cadre d'un contrat de travail d'employé conclu le 1^{er} mars 1978 avec les cliniques universitaires Saint-Luc pour une durée indéterminée;

Qu'il ressort par ailleurs de l'exposé des faits ci-dessus qu'aucun contrat n'est intervenu entre le docteur M.-F. et les demandeurs, cette dernière étant intervenue dans le cadre d'une demande d'analyse faite au centre génétique médical de cet hôpital;

Que les demandeurs ne prétendent pas que le docteur M.-F. aurait commis une faute lourde, une faute intentionnelle ou une faute légère habituelle;

Qu'ils soutiennent, cependant, que l'article 18 de la loi précitée ne serait pas applicable aux médecins lorsqu'ils commettent une faute dans l'exercice de l'art de guérir *sensu stricto* au motif que "la responsabilité est liée à l'essence même de l'activité du médecin; qu'il n'est pas concevable qu'un médecin qui jouit d'une liberté absolue dans l'exer-

cice de l'acte thérapeutique vis-à-vis du malade puisse opposer qu'il n'assume aucune responsabilité à son égard pour des fautes médicales légères inhabituelles" (Liège 28 mai 1998, *J.L.M.B.* 1999, p. 268, citant R.O. DALCQ, "Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales?", in *Mélanges Baugniet*, pp. 91 et s., ainsi que, du même auteur "Sécurités, assurances, solidarité", in *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1983, p. 335);

Attendu que le médecin peut travailler dans un lien de subordination, en ce compris dans le cadre de l'exercice de son art de guérir *sensu stricto*, l'indépendance dont dispose celui-ci dans cet exercice n'étant pas incompatible avec un lien de subordination (voy. Cass. 22 février 1968, *Pas.*, I, 777; Cass. 16 octobre 1972, *Pas.* 1973, I, 165);

Que l'article 18 de la loi précitée est dès lors d'application au médecin préposé, même en raison des fautes commises dans l'exercice de son art de guérir (voy. Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité médicale du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n^{os} 600 à 667 et réf. cit.);

Attendu qu'il s'ensuit que les demandes seront déclarées non fondées à l'encontre du docteur M.-F.

(...)

b. Responsabilité des autres parties défenderesses

Attendu qu'il appartient aux demandeurs, qui entendent rechercher la responsabilité des docteurs K. et B. sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, de démontrer l'existence d'une faute dans le chef de ces médecins, d'un dommage et d'un lien causal certain entre ce dommage et les fautes reprochées;

Qu'il appartient aux demandeurs, qui entendent rechercher la responsabilité des cliniques universitaires Saint-Luc et de la clinique Saint-Pierre sur le fondement de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil, de démontrer, en outre, la qualité de préposés des médecins précités et, s'agissant de la responsabilité des cliniques universitaires Saint-Luc en sa qualité de commettant du docteur M.-F., de démontrer, dans le chef de cette dernière, l'existence d'une faute en relation causale certaine avec le dommage allégué;

Qu'à cet égard, le Tribunal constate que le statut du docteur B. n'est pas précisé (préposé? préposé des cliniques universitaires Saint-Luc et/ou de la clinique Saint-Pierre? indépendant?), pas plus que celui du maître de stage du docteur K. (préposé de la clinique Saint-Pierre?);

Attendu que les relations unissant le médecin et/ou l'hôpital au patient sont de nature contractuelle; que les fautes reprochées ne sont pas constitutives d'une infraction pénale;

Que le Tribunal constate toutefois qu'aucune des parties ne conteste que les conditions d'un cumul ou d'un concours de responsabilités sont en l'espèce réunies, conditions qui ne relèvent pas de l'ordre public;

Attendu que les défendeurs contestent, par contre, toute responsabilité dans leur chef;

Qu'ils contestent, ainsi, tant les fautes qui leurs sont reprochées, que l'existence d'un lien causal entre celles-ci et les dommages dont la réparation est poursuivie;

Attendu qu'une erreur de diagnostic ne constitue pas par elle-même une faute professionnelle lorsqu'un médecin normalement prudent et diligent aurait pu se tromper en présence d'un même cas et dans les mêmes circonstances;

Que l'obligation des médecins est en effet une obligation de moyen, laquelle implique seulement que soient donnés au patient des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science;

Que l'erreur de diagnostic ne devient condamnable que lorsqu'elle résulte d'une négligence ou d'un défaut de précaution du médecin, dès lors qu'en agissant avec la prudence requise, le médecin eût pu l'éviter (Liège 26 mars 1991, *Pas.*, II, 132; ainsi notamment, l'absence de dépistage d'une anomalie fœtale est fautive lorsqu'elle résulte d'un manquement du médecin aux règles inhérentes au suivi de la grossesse – lesquelles impliquent, entre autres, que des investigations approfondies soient menées en cas de malformations constatées et que, en cas de doute sur l'exactitude du diagnostic, l'examen soit renouvelé ou l'avis d'un confrère demandé, tous les moyens d'investigation en son pouvoir devant être mis en œuvre – de sa négligence en présence d'indices révélateurs d'une anomalie fœtale ou encore de pratiques non conformes aux données actuelles, c'est-à-dire à l'époque des faits, de la science [voy. L. FINEL, "La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales", *Dalloz* 1997, pp. 223 et s. et réf. cit.], ainsi, également, commet une faute le gynécologue ou l'échographiste qui ne réalise pas les échographies aux dates recommandées par les conférences du consensus lorsque celles-ci étaient réalisables à ces dates, celui qui utilise un matériel insuffisamment performant pour le type d'actes réalisés ou qui ne dispose pas de la compétence suffisante pour ce faire, ou encore celui qui réalise l'échographie de manière hâtive ou qui ne pratique pas un examen complet du fœtus lequel consiste "non seulement à réaliser les biométries systématiques, mais encore obligatoirement une étude morphologique organe par organe, en précisant si la structure est vue ou non" [Trib. gde inst. Pontoise 12 avril 1994, cité par N. GOMBAULT, "La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus", *Gaz. Pal.* 1996, pp. 816 et s.]; ainsi de même, manque à son obligation d'information, le généticien qui n'assortit pas les résultats négatifs de l'examen du caryotype de réserves sur le degré de fiabilité à accorder à

son examen [Trib. gde inst. Montpellier 15 décembre 1989, *J.C.P.* 1990, II, 21556]);

Attendu, en l'espèce, que les demandeurs reprochent aux docteurs K. et B. de ne pas avoir décelé, avant la naissance de Guillaume, l'anomalie chromosomique dont il était atteint, alors que les données acquises de la science à l'époque des faits permettaient, selon eux, de déceler l'existence ou non de cette anomalie (échographies, triple test, ponction amniotique, ...);

Qu'ils soutiennent que cette absence de détection provient d'un défaut fautif de suivi de la grossesse de la demanderesse, ainsi que d'un manquement aux règles de l'art dans le cadre des examens qui ont été réalisés par ces médecins, tant avant qu'après l'examen de la ponction amniotique réalisée à la trente et unième semaine de gestation;

Qu'ils reprochent ainsi aux docteurs K. et B., notamment:

de ne pas avoir effectué, vers la quinzième semaine de grossesse, le triple test habituellement, selon eux, réalisé pour détecter si la future mère porte un fœtus affecté de la trisomie 21;

de n'avoir effectué, après le résultat de la ponction amniotique et jusqu'à l'accouchement, aucun examen complémentaire, aucun examen de contrôle, ni aucun suivi rapproché, notamment sérologique, toutes mesures qui, selon eux, s'imposaient nonobstant le résultat négatif de cette ponction compte tenu des résultats de l'échographie lesquels avaient mis en évidence un fémur et un humérus anormalement petits;

Qu'ils reprochent également, semble-t-il au seul docteur K. un défaut fautif d'information, au motif que ce médecin, en les rassurant sur l'état du fœtus, leur a fait croire que l'ensemble des examens avaient été effectués en vue de déceler les maladies génétiques dont pouvait être atteint leur enfant, en ce compris la trisomie 21;

Que les demandeurs font grief au docteur M.-F. de ne pas avoir objectivé l'anomalie génétique de trisomie 21 dont était atteint le fœtus dans le cadre de son examen de la ponction amniotique, examen dont ils soutiennent qu'il n'a pas été réalisé et interprété selon les règles de l'art;

Qu'ils lui reprochent ainsi de ne pas avoir réalisé cet examen de manière suffisamment approfondie et, plus spécialement, de ne pas avoir réalisé tous les examens et coupes nécessaires en vue d'établir l'origine possible des os trop courts du fœtus;

Qu'ils lui reprochent également de ne pas avoir posé un diagnostic prudent et réservé, soutenant que la mention "apparemment normal" figurant dans le protocole d'examen constitue une formule type utilisée par les généticiens lorsque le résultat de l'analyse est "simplement normal" et que la mention d'un "risque de malformation subsistant de

l'ordre de 2%" correspond à un risque observé dans la population en général, de sorte que le docteur M.-F. n'aurait pas, ce faisant, émis de réserve particulière concernant leur enfant, lequel se distinguait de cette "population normale" en raison d'une suspicion d'anomalie génétique fondée sur des données acquises d'os anormalement courts;

Qu'ils soutiennent que même à admettre, comme le soutient le docteur M.-F., ce qu'ils contestent, que son examen portait sur la recherche d'un problème d'achondroplasie, encore celle-ci aurait-elle commis une faute, d'une part, en ne demandant pas de renseignements complémentaires aux gynécologues et, d'autre part, en n'attirant pas leur attention sur le caractère restrictif de la demande d'examen;

Qu'ils soutiennent également, toujours dans cette hypothèse où il faudrait admettre que l'indication de nanisme, comme motif de la demande d'examen, serait synonyme d'achondroplasie, que les docteurs B. et K. auraient également commis une faute en raison du caractère sélectif, limité et erroné de cette indication médicale;

Attendu que si ces diverses fautes sont alléguées avec vraisemblance, elles ne le sont toutefois pas, à ce stade de la procédure, avec la certitude requise pour qu'une condamnation puisse en résulter;

Que le seul document produit par les demandeurs, à l'appui de leurs affirmations, est un rapport du docteur C. lequel affirme qu'il lui "semble évident qu'une erreur s'est glissée dans l'interprétation du test de la ponction amniotique par le docteur Freund ou par la personne médecin qui a analysé les coupes", évidence qu'il déduit toutefois du seul caractère erroné du diagnostic; que ce médecin ne se prononce pas sur les autres fautes reprochées;

Que par ailleurs, les divers arguments d'ordre médical avancés par les parties défenderesses pour réfuter toute faute dans leur chef (absence de généralisation du triple test à l'époque des faits, fiabilité réduite de ce test, existence de trisomies en mosaïque, ...) ne paraissent pas, au vu des documents produits, dont la littérature scientifique, dénués de toute vraisemblance, le Tribunal étant cependant sans compétence pour pouvoir en apprécier le bien-fondé;

Qu'il s'indique, en conséquence, de recourir à une mesure d'expertise, telle que ci-après plus amplement décrite au dispositif du présent jugement;

Attendu que c'est à tort que les parties défenderesses soutiennent que même à supposer les fautes qui leur sont reprochées établies, encore les demandeurs n'en resteraient pas moins en défaut d'établir un lien causal entre ces fautes et leur préjudice, ainsi que celui de leur enfant mineur, dès lors qu'ils ne démontreraient pas, avec la certitude requise, qu'ils auraient recouru à l'avortement thérapeutique s'ils avaient été informés de l'anomalie de trisomie 21 affectant Guillaume;

Que l'établissement d'un lien causal entre les fautes reprochées et le dommage postulé n'implique pas qu'il soit démontré, avec certitude, que la demanderesse aurait eu recours à l'avortement thérapeutique si elle avait été correctement informée;

Que "démontrer l'existence du lien de causalité suppose uniquement d'établir qu'existait une liberté d'avorter et que cette liberté a disparu du fait de la faute du médecin" (M. FABRE-MAGNAN, "Avortement et responsabilité médicale", *Rev. trim. dr. civ.* 2001, pp. 312-313, n° 29);

Qu'à supposer les fautes établies de même que le défaut d'information fautif en résultant, il serait de fait simultanément établi, avec la certitude requise, que la demanderesse a, à tout le moins, été privée de la possibilité de recourir à cet avortement et, par voie de conséquence, que Guillaume a, dans la même mesure, perdu une chance de ne pas vivre gravement et incurablement handicapé;

Qu'en d'autres termes, les demandeurs et leur enfant mineur ont, à tout le moins mais certainement, perdu la possibilité d'éviter un préjudice grave consistant en une naissance et une vie entachées de séquelles graves et irréversibles, la perte d'une chance constituant un dommage certain (voy., I. DURANT, "À propos du lien qui doit unir la faute au dommage", in *Droit de la responsabilité – Morceaux choisis*, C.U.P., Université de Liège, pp. 7 et s. et spéc. pp. 25 et 35 à 40);

Attendu que la question de la certitude du choix qui aurait été celui de la demanderesse relève de l'étendue du dommage dont la réparation peut être postulée et non du lien causal;

Qu'à cet égard, c'est à tort que les parties défenderesses s'opposent à la mission d'expertise sollicitée par les demandeurs, agissant en leur double qualité, quant au dommage subi par eux et leur enfant;

Que d'une part et même à admettre que la perte d'une chance serait seule établie, encore l'indemnisation de celle-ci, même si elle s'effectue *ex aequo et bono*, doit-elle s'apprécier le plus concrètement possible, en fonction du préjudice grave que l'on a perdu la chance d'éviter;

Que d'autre part, il n'est pas acquis, à ce stade de la procédure, que le préjudice serait nécessairement limité à la seule perte d'une chance;

Attendu que la preuve du choix qui aurait été celui de la mère peut être rapportée par présomptions;

Que le Tribunal constate que:

la demanderesse avait, lors d'une grossesse précédente, déjà eu recours à une interruption de grossesse, consistant en une réduction embryonnaire dans le ca-

dre d'une grossesse de sextuplés (dossier médical produit par le docteur K.);
deux enfants sont nés de cette grossesse, dont un enfant handicapé moteur;
la demanderesse s'est soumise à la ponction amniotique, laquelle présente, pour le fœtus, un risque;

Que la circonstance que la grossesse en était, au moment de la ponction amniotique à près de huit mois, n'est pas en soi et dès à présent nécessairement de nature à exclure un choix certain d'interrompre celle-ci;

Que d'une part, la demanderesse reproche également aux défendeurs de ne pas avoir décelé cette anomalie en début de grossesse;

Que d'autre part, il ressort des explications données par la demanderesse à l'audience précitée, que le Tribunal n'est pas en possession de tous les éléments lui permettant d'apprécier la certitude d'une interruption de grossesse même à huit mois de gestation; que cet élément d'appréciation, relatif au déroulement d'une grossesse ultérieure, doit pouvoir être produit devant ce Tribunal par les demandeurs (s'ils le souhaitent, eu égard au caractère douloureux de cet événement), dans le respect bien entendu du principe du contradictoire;

Que la circonstance que malgré ses "presque 35 ans" la demanderesse n'a pas demandé la réalisation du triple test, ni une ponction amniotique à quatre mois et n'a pas demandé à être fixée rapidement dans les jours qui ont suivi "certains signes d'appel d'une anomalie", n'est pas pertinente;

Que c'est en effet aux médecins qu'il incombe de déterminer et de prescrire les examens qui sont nécessaires et non au patient, ignorant de la science médicale, à les demander, que c'est également eux qui maîtrisent le cours des examens et donc les délais dans lesquels ils peuvent être pratiqués;

Qu'en outre et ce disant, les parties défenderesses se contredisent puisqu'elles sous-entendent ainsi que de tels examens s'imposaient, alors qu'elles soutiennent, au titre de la faute, qu'elles ne devaient pas les pratiquer.

Par ces motifs:

Le Tribunal,

Statuant contradictoirement;

Les déclare non fondées à l'encontre du docteur M.-F.;

Avant de statuer plus avant sur le surplus de leur fondement, ainsi que sur les demandes incidentes subsidiaires,

Désigne, en qualité d'experts judiciaires, MM. (

lesquels, réunis en collège, ont pour mission de: (...)

Du 21 avril 2004 – Tribunal de première instance de Bruxelles – 72^{ème} chambre civile

Siég.: Bervelt (juge unique)

Plaid.: Mes Evrard, de Callatay, Morel *loco* Muylaert, Salières *loco* van Drooghenbroeck et Valvekens

La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un préjudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?

Romain MARCHETTI

Assistant aux F.U.N.D.P. (Namur).

Etienne MONTERO

Professeur aux F.U.N.D.P. (Namur).

Audrey PÜTZ

Assistante aux F.U.N.D.P. (Namur) et avocate au Barreau de Nivelles.

La vie, voyez-vous, ça n'est jamais si bon ni si mauvais qu'on croit.

MAUPASSANT¹

1 Introduction. – Les progrès accomplis en génétique humaine nourrissent des espoirs de guérison de nombreuses maladies et infirmités. On ne peut que s'en réjouir. D'une part, la thérapie génique somatique ouvre des perspectives séduisantes². D'autre part, le perfectionnement des techniques de dépistage des maladies génétiques favorise une médecine prédictive.

Mais la médaille a son revers. Le développement de la médecine prédictive s'accompagne d'une "montée en puissance de l'idéologie de la prévention"³. À mesure que se perfectionnent les outils d'observation, de dépistage et de prédiction, le seuil de tolérance face à l'infirmité et au handicap ne cesse de baisser. La multiplication, voire une certaine systématisation, des tests génétiques (DPN ou DPI en cas de Fivète) présente un effet potentiellement pervers. Dès lors qu'elles étaient détectables et évitables, les maladies, tares et autres "anormalités" risquent de devenir insupportables, et pour les intéressés, et pour leurs géniteurs, et – ce qui est sans doute plus grave – pour la collectivité⁴.

Ces propos trouvent une illustration dans l'affaire dont a été saisi le Tribunal civil de Bruxelles et qui a donné lieu à un

jugement du 21 avril 2004. En l'espèce, les parents d'un enfant né handicapé agissaient non seulement en leur nom propre, mais aussi au nom de leur enfant, pour réclamer réparation de leur préjudice respectif résultant d'une erreur de diagnostic ayant eu pour effet de tromper les parents sur la "normalité" de leur enfant à naître.

Le problème soumis à la sagesse du juge bruxellois rappelle évidemment l'affaire *Perruche*, qui a suscité des réactions et des commentaires aussi nombreux que contrastés⁵. Il s'agit, dans cette note, d'apprécier la manière dont la jurisprudence belge aborde, après l'affaire *Perruche*, les délicates questions de responsabilité civile que pose la naissance d'un enfant handicapé à la suite d'une erreur médicale ayant empêché les parents de recourir à une interruption volontaire de grossesse⁶. À cet égard, nous pouvons relever les interrogations suivantes: quel est le fondement des responsabilités encourues? L'enfant né handicapé subit-il un dommage réparable? Ce préjudice, à supposer qu'il soit réparable, présente-t-il un lien causal certain avec les fautes

4. Dès l'instant où cette dernière a investi massivement dans la prévention, la naissance d'un enfant handicapé déjoue ses calculs. Ayant déjà payé pour cet enfant, en finançant la prévention, sera-t-elle disposée à payer une seconde fois pour sa prise en charge, tout au long de sa vie? L'intervention de la Caisse maladie au procès *Perruche*, aux fins de récupérer son débours financier considéré comme indu, peut être interprété comme un signal négatif en ce sens.

5. En France: Cass. fr. 17 novembre 2000, *J.C.P.* 2000, II 10 438, p. 2309, précédé du rapport de M. P. SARGOS, conseiller à la Cour de cassation et des conclusions de M. J. SAINTE-ROSE, avocat général à la Cour de cassation, note de F. CHABAS; C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU et 26 professeurs et chercheurs des facultés de droit, "La vie humaine peut-elle être un préjudice?", *D.* 2000, n° 44; G. MÉMETEAU, "L'action de vie dommageable", *J.C.P.* 2000, I 279, pp. 2275-2280; G. VINEY, "Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la Justice dans l'opinion", *J.C.P.* 2001, I 287, pp. 65-66; P.-Y. GAUTIER, "Les distances du juge" à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile", *J.C.P.* 2001, I 287, pp. 66-68; J. SAINTE-ROSE, "La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé. Conclusions orales prises dans l'affaire P...", *D.* 2001, pp. 316-320; D. MAZEAUD, note sous Cass. fr. 17 novembre 2000, *D.* 2001, pp. 332-336; P. JOURDAIN, note sous Cass. fr. 17 novembre 2000, *D.* 2001, pp. 336-339; J.-L. AUBERT, "Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)", *D.* 2001, pp. 489-491; L. AYNÈS, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", *D.* 2001, pp. 492-496; P. KAYSER, "Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?", *D.* 2001, pp. 1889-1892; P. JOURDAIN, "Préjudice de l'enfant né handicapé: l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence *Perruche* mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions", note sous Cass. fr. 13 juillet 2001, *D.* 2001, pp. 2326-2327; A. SÉRIAUX, "Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification", *D.* 2002, pp. 1996-2000.

En Belgique: R.O. DALCQ et J. DALCQ, "Commentaires", *Journ. proc.* 2000, n° 404, pp. 11-16; J.-J. AMY, "Murphy veille", *Journ. proc.* 2000, n° 404, pp. 17-18; J.-L. FAGNART, "To be or not to be?", *Journ. proc.* 2000, n° 404, pp. 19-24; F. RIGAUX, "Du bon et du mauvais usage de l'alternative", note sous Cass. fr. 17 novembre 2000, *Rev. trim. D.H.* 2001, pp. 1258-1267; Y.-H. LELEU, "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche'", *R.G.A.R.* 2002, n° 13466¹-13466⁵; G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *R.G.D.C.* 2002, pp. 79-98.

6. Voy. déjà en Belgique, avant l'affaire *Perruche*, Civ. Mons 6 octobre 1993, *R.G.* n° 91637, commenté par R.O. DALCQ, "Problèmes actuels en matière de causalité", in *L'indemnisation du préjudice corporel*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1996, p. 203 et s., n° 19 et s.

1. Issu de son roman *Une vie*, Paris, Gallimard, 1999, p. 1.
2. Les thérapies géniques tendent à prévenir ou à guérir certaines maladies à travers la modification délibérée de l'ADN contenu dans les cellules. On distingue, à cet égard, les thérapies géniques sur les cellules somatiques (qui modifient les cellules n'ayant pas la capacité de transmettre leur matériel génétique à la descendance) et les thérapies géniques sur les cellules germinales (qui, elles, modifient le génome de l'individu qui sera conçu et celui de sa descendance).
3. À ce sujet, voy. C. HENNAU-HUBLET, "Le droit médical, aux confins d'intérêts, de droits et de valeurs souvent concurrents", *Rev. dr. santé* 1998-99, p. 102.

médicales? À défaut, peut-on recourir à la théorie de la perte d'une chance?

Avant d'apprécier de façon critique les réponses apportées par le jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 21 avril 2004 à ces différentes questions, il convient de résumer les faits et l'enseignement à retirer du jugement précité.

2 Résumé de l'affaire. – Dans le cadre de sa grossesse, Mme C. est suivie par le docteur K., stagiaire en gynécologie sous l'autorité du docteur W. à la Clinique Saint-Pierre d'Ottignies. Suite à une échographie réalisée par le docteur K. en juin 1992, ce dernier décèle une dimension anormalement petite du fémur et de l'humérus du fœtus et prescrit donc une ponction amniotique. Le docteur B. effectue cette ponction et confie alors les analyses du liquide prélevé au centre de génétique médicale des Cliniques universitaires Saint-Luc. C'est le docteur M.-F., généticienne dudit centre, exerçant en qualité d'employée, qui examine les analyses. Les résultats sont envoyés au docteur B. et indiquent que le fœtus ne présente pas d'anomalies génétiques et qu'il est apparemment normal. C'est ainsi que le 12 septembre 1992 naît à la Clinique Saint-Pierre d'Ottignies un bébé prénommé Guillaume, qui, contre toute attente, se révèle être trisomique.

Les parents de Guillaume intentent alors un recours en responsabilité civile contre les médecins, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, et contre les deux hôpitaux, sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du même Code. Ils reprochent aux différents médecins d'avoir commis des fautes médicales, sans lesquelles ils auraient reçu une information correcte relative à la trisomie de l'enfant à naître, ce qui leur aurait permis de recourir à une interruption volontaire de grossesse (I.V.G.).

Deux actions différentes sont donc intentées: celle des parents agissant en leur nom propre, et celle de Guillaume, représenté par ses parents, aux fins d'obtenir réparation de leur préjudice respectif résultant des fautes médicales.

Alors que la recevabilité de l'action des parents agissant en leur nom personnel ne soulève aucun problème, les Cliniques universitaires Saint-Luc et le docteur M.-F. font valoir que celle introduite au nom de Guillaume est irrecevable à défaut d'intérêt légitime à agir. Le Tribunal civil de Bruxelles, au terme d'une argumentation particulièrement touffue, estime toutefois que l'action de Guillaume est recevable, notamment au motif que l'article 350 du Code pénal lui confère un intérêt à ne pas être placé dans la situation de devoir vivre avec un handicap incurable et très grave.

Quant au fond de l'affaire, le juge distingue la responsabilité du docteur M.-F. et celle des autres parties défenderesses. La généticienne (le docteur M.-F.) invoque l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, ayant été engagée dans les liens d'un contrat de travail d'employée à durée indéterminée le 1^{er} mars 1978 au sein des Cliniques universitaires Saint-

Luc. Le Tribunal fait droit à sa demande au motif que rien n'empêche de reconnaître au médecin-préposé le bénéfice de l'article 18 pour les fautes commises dans l'exercice de son art.

En ce qui concerne la responsabilité des docteurs K. et B., les parents de Guillaume leur font grief d'avoir commis des fautes d'abstention, pour n'avoir pas pratiqué le triple test habituellement effectué vers la quinzième semaine de grossesse et pour n'avoir pas réalisé des examens complémentaires après les résultats de la ponction amniotique. En outre, dans le cadre de la responsabilité des cliniques universitaires Saint-Luc en leur qualité de commettant du docteur M.-F., ils reprochent audit docteur de ne pas avoir accompli et interprété l'examen de la ponction amniotique selon les règles de l'art. Plus précisément, ils déplorent qu'elle n'ait pas réalisé tous les examens et coupes nécessaires pour détecter l'origine des os trop courts du fœtus. Les médecins soutiennent, pour leur part, qu'ils n'ont commis aucune faute parce qu'il n'y avait pas de généralisation du triple test à l'époque des faits, que la fiabilité de ce test est assez réduite et qu'il existe des trisomies en mosaïque. Tout en admettant que les arguments développés par les parties ne sont pas dénués de vraisemblance, le juge s'estime incompétent pour apprécier le bien-fondé de ceux-ci. Aussi décide-t-il de surseoir à statuer et ordonne une mesure d'expertise.

Pour contester leur responsabilité, les médecins soutiennent également que s'ils ont commis des fautes, celles-ci ne sont toutefois pas en lien causal avec le dommage des parents et celui de Guillaume puisque ces derniers ne démontrent pas que, correctement informés, ils auraient recouru à un avortement thérapeutique. Aux yeux du Tribunal, il est toutefois indubitable que la mère a été privée de la possibilité de recourir à une I.V.G. et, que, dès lors, Guillaume a également perdu une chance de ne pas naître avec un handicap grave et incurable. En outre, le Tribunal précise qu'il n'est pas acquis, à ce stade de la procédure, que les préjudices doivent être limités à la seule perte d'une chance vu qu'on ne peut exclure que la mère aurait certainement recouru à un avortement thérapeutique si elle avait été correctement informée.

3 Plan de l'exposé. – Comme déjà suggéré, l'objet de cette note est de se focaliser sur les points de droit tranchés par le jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 21 avril 2004 qui nous semblent prêter le flanc à la critique.

Le premier point est consacré à l'analyse du fondement des actions intentées par les parents en leur nom propre et en tant que représentants légaux de Guillaume. Il s'agit d'envisager quel aurait été le sort des responsabilités dans l'affaire commentée si les médecins avaient contesté la réunion des conditions du concours des responsabilités.

Le deuxième point aborde les éléments constitutifs de la responsabilité civile des médecins: les fautes médicales, le lien causal et le dommage. Il importe de préciser que les questions relatives à l'établissement des fautes seront abordées tant vis-à-vis du droit d'action de la mère que de celui de l'enfant. Par contre, les développements concernant l'exigence causale et le dommage seront axés principalement sur l'action de l'enfant.

Le troisième point envisage, quant à lui, la situation de la mère confrontée à l'impossibilité d'établir avec la certitude requise le lien causal entre la faute des médecins et son dommage. Plus précisément, il s'agit de s'interroger sur l'admissibilité du recours à la théorie de la perte d'une chance dans une telle situation.

1. Le fondement des actions en responsabilité civile

4 Observations liminaires. – Il ressort clairement de cette affaire que le fondement des actions en responsabilité civile intentées contre les médecins est l'article 1382 du Code civil. Cette base légale peut se justifier *a priori* concernant le droit d'action de l'enfant. En revanche, il est permis de se demander si elle constitue le fondement adéquat de l'action des parents. En effet, les relations nouées entre les parents et l'un des médecins n'étaient-elles pas de nature contractuelle? Cette interrogation n'est pas anodine dans la mesure où l'existence d'un contrat ne permet d'agir sur une base extracontractuelle que moyennant le respect des conditions fixées par la théorie du concours des responsabilités⁷.

En outre, peut-on exclure qu'aucun contrat n'ait été conclu par les parents avec l'hôpital? Même si le jugement n'est pas très explicite à ce sujet, il semble reconnaître l'existence d'un tel contrat⁸. Pourtant, à supposer un contrat "all-in"⁹ conclu entre l'hôpital et la mère de Guillaume, le sort des responsabilités aurait été différent puisque les médecins seraient alors apparus comme des agents d'exécution de l'hôpital et auraient pu bénéficier d'une immunité de responsabilité civile.

Avant d'envisager l'incidence de ces questions en l'espèce, il convient de préciser que la doctrine majoritaire estime que le problème du concours ne concerne pas l'ordre public. Dès lors, à défaut de contestation à cet égard, le juge ne pouvait le soulever d'office¹⁰. Selon une autre opinion,

toutefois, le juge avait la possibilité, tout en respectant le principe du contradictoire¹¹, de requalifier la cause de l'action en modifiant, par exemple, la qualification de la faute soulevée devant lui¹².

Enfin, précisons que nous raisonnons en supposant les fautes médicales établies, alors que ce point n'est pas tranché à ce stade de la procédure.

5 L'existence d'un contrat "all-in" entre la mère de Guillaume et l'hôpital? – La conclusion d'un contrat médical entre un des médecins et la mère de Guillaume ne fait pas obstacle à la conclusion d'une convention entre cette dernière et l'hôpital. Dans ce cas, la responsabilité de l'hôpital pour le fait des médecins ne serait pas envisageable¹³. En revanche, l'hypothèse abordée ici est tout autre puisqu'on suppose que la mère de Guillaume s'en est remise à la Clinique Saint-Pierre d'Ottignies pour pratiquer la ponction amniotique et analyser les résultats de cet examen. Elle aurait alors conclu un contrat "all-in" avec l'hôpital, c'est-à-dire une seule convention portant sur les "soins" normaux (l'hébergement, les repas, les soins pré- et post-opératoires) ainsi que sur les actes médicaux proprement dits¹⁴. Mais l'hôpital étant un être désincarné¹⁵, il aura dû nécessairement recourir à des agents d'exécution (médecins, infirmiers, personnel paramédical) pour honorer ses obligations contractuelles.

Dans cette hypothèse, la mère de Guillaume aurait dû, en principe, mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'hôpital pour l'indemnisation de son dommage propre puisqu'il assume les manquements aux obligations résultant du contrat, même s'ils ont été commis par ses agents d'exécution¹⁶. Toutefois, pouvait-elle agir contre les médecins,

7. Sur cette théorie, voy. notamment B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions", Vol. 2, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, liv. 3bis, Diegem, Kluwer, 2003, spéc. pp. 20-34; P. WÉRY, "Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente", *R.G.D.C.* 1998, spéc. pp. 82-92.
8. Ceci résulte de l'attendu suivant: "Attendu que les relations unissant le médecin et/ou l'hôpital au patient sont de nature contractuelle (...)".
9. Sur cette notion, voy. T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 430, n° 745.

10. E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintissenrecht", *R.W.* 1992-93, p. 1227; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *T.P.R.* 1995, p. 1515, n° 195; P. WÉRY, *o.c.*, p. 91.
11. La question de savoir si le juge doit respecter le principe du contradictoire est néanmoins controversée. Voy. à ce sujet, J. VAN COMPENOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985-1996). Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 1997, spéc. pp. 538-544, n°s 52-56.
12. B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions", Vol. 2, *o.c.*, p. 20, n° 76.
13. En effet, premièrement, l'hôpital n'assume aucune responsabilité contractuelle pour les actes médicaux, deuxièmement, sa responsabilité extracontractuelle sur la base de l'art. 1384, al. 3, du Code civil n'est pas possible puisque le médecin, ayant conclu un contrat médical, ne peut avoir le statut de préposé.
14. T. VANSWEEVELT, *o.c.*, p. 430, n° 745.
15. Cf. Lord DENNING, "The hospital authorities cannot, of course, do it by themselves: they have no ears to listen through the stethoscope, and no hands to hold the surgeon's knife. They must do it by the staff which they employ", in *Cassidy/Ministry of Health* (1951) 1 *All E.R.* 575, en particulier 585 B.
16. V. SIMONART, "La quasi-immunité des organes de droit privé", *R.C.J.B.* 1999, p. 745, n° 14. *Contra*: P.-H. DELVAUX, "La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation", *J.T.* 1987, p. 419, n° 12. Pour cet auteur, il s'agirait d'une application implicite de la théorie de la représentation.

agents d'exécution de l'hôpital, sur un fondement aquilien (art. 1382 C. civ.)?

Cette question nous renvoie à la jurisprudence inaugurée par le fameux arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973¹⁷. Il en résulte que la responsabilité de l'agent d'exécution peut être engagée sur une base extracontractuelle uniquement si les deux conditions du concours sont remplies¹⁸. En d'autres termes, la mère de Guillaume ne dispose pas d'une action contractuelle contre les médecins mais uniquement d'une action quasi-délictuelle à condition que les fautes des médecins s'analysent comme un manquement non à l'obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence s'imposant à tous et que son dommage soit différent de celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

En réalité, la doctrine reste divisée sur la manière d'interpréter la première des conditions. Selon certains auteurs¹⁹, l'action aquilienne ne serait envisageable que si la faute est totalement étrangère à l'exécution du contrat. Pour d'autres²⁰, en revanche, le concours serait autorisé si la faute contractuelle constitue aussi la violation de l'obligation générale de prudence. Remarquons que la première thèse confère à l'agent d'exécution une immunité plus large que la seconde.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que, dans l'affaire commentée, les médecins auraient pu bénéficier de l'immunité puisque le dommage subi par la mère de Guillaume consiste dans la privation de l'avantage qu'elle pouvait légitimement attendre de la correcte exécution de la convention, à savoir obtenir une information exacte sur l'état du fœtus.

ment attendre de la correcte exécution de la convention, à savoir obtenir une information exacte sur l'état du fœtus.

Encore faut-il préciser que la prohibition du concours ne vaut pas lorsque la faute contractuelle est en même temps constitutive d'une infraction pénale²¹, ce qui est généralement le cas en matière de responsabilité médicale. Néanmoins, en l'espèce, les fautes médicales (contractuelles) ne constituaient pas une infraction pénale permettant d'agir automatiquement sur la base de l'article 1382 du Code civil²².

6 L'existence d'un contrat médical entre les médecins et la mère de Guillaume? – On pourrait imaginer que la mère de Guillaume ait choisi d'être suivie durant sa grossesse par le docteur K., stagiaire en gynécologie à la Clinique Saint-Pierre d'Ottignies. Dès lors, il est possible de concevoir qu'un contrat médical ait été conclu entre eux. Le statut du docteur K. permet-il la conclusion d'une telle convention? Nous en doutons. En effet, le médecin assistant clinicien candidat spécialiste²³ (ci-après le MACCS) peut endosser deux statuts: celui de préposé²⁴ ou celui d'élève²⁵. Selon le cas, l'éventuel contrat médical conclu avec sa patiente ne l'est pas en son nom propre.

À supposer que le docteur K. soit considéré comme un préposé²⁶, ce dernier ne pourrait engager sa responsabilité que sur un fondement aquilien (art. 1382 C. civ.). Par définition, le préposé n'agit pas en son nom et pour son compte puisqu'il est placé sous l'autorité du commettant et qu'il lui revient seulement d'exécuter la mission qui lui a été confiée par ce dernier. Il ne peut donc pas contracter avec les patients de l'hôpital en son nom propre. Seul ce dernier ou

17. Cass. 7 décembre 1973, *Pas.* 1974, I, p. 376, *R.W.* 1993-94, col. 1597, obs. J. HERBOTS, *R.G.A.R.* 1974, n° 9317, obs. J.-L. FAGNART; Cass. 3 décembre 1976, *R.W.* 1977-78, col. 1303, note A. VAN OEVELEN, *R.G.A.R.* 1978, n° 9908, *R.C.J.B.* 1978, p. 431, note R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF; Cass. 15 septembre 1977, *Pas.* 1978, I, p. 57, *R.C.J.B.* 1978, p. 426, note R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *R.G.A.R.* 1979, n° 10041; Cass. 8 avril 1983, *Pas.* 1983, I, p. 834; *R.W.* 1983-84, col. 163, note J. HERBOTS; Cass. 13 avril 1984, *Pas.* 1984, I, p. 1022; Cass. 26 octobre 1990, *Pas.* 1991, I, p. 216, *R.C.J.B.* 1992, p. 497, note R.O. DALCQ.

18. B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions", Vol. 2, *o.c.*, p. 36, n° 99.

19. R. RASIR, "Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne", *J.T.* 1976, pp. 164-165; R.O. DALCQ, "Examen de jurisprudence (1973-1979). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle", *R.C.J.B.* 1980, pp. 355-356; R. KRUTHOF, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen", *T.P.R.* 1983, p. 610; M. VAN QUICKENBORNE, "Réflexions sur le dommage purement contractuel", note sous Cass. 14 octobre 1985, *R.C.J.B.* 1988, pp. 344-345; A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen", *R.W.* 1994-95, pp. 799-800; P. WÉRY, *o.c.*, pp. 87-89.

20. J. VAN RYN, "Responsabilité aquilienne et contrat", *J.T.* 1975, pp. 505-506; J. HERBOTS, "Quasi-délictuelle aansprakelijkheid en overeenkomsten", *T.P.R.* 1980, p. 1083; X. DIEUX, "Le contrat: instrument et objet de dirigisme?", in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1984, pp. 310-311; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, p. 210; B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions", Vol. 2, *o.c.*, pp. 24-25, n° 83.

21. Cass. 25 avril 1983, *Pas.* 1983, I, p. 958; Cass. 1^{er} juin 1984, *Pas.* 1984, I, p. 1202, *J.T.* 1985, p. 256; Cass. 26 octobre 1990, *Pas.* 1991, I, p. 216, *R.C.J.B.* 1992, p. 497, note R.O. DALCQ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 908-909; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, *o.c.*, pp. 1523-1526.

22. Ceci ressort clairement du jugement: "(...) que les fautes reprochées ne sont pas constitutives d'une infraction pénale".

23. Pour une définition du MACCS, voy. I. LUTTE, "Le statut et la responsabilité du médecin candidat spécialiste et du maître de stage", note sous Liège 7 avril 2000, *Rev. dr. santé* 2001-02, p. 47.

24. En jurisprudence: Bruxelles 27 octobre 1988, *R.G.A.R.* 1990, n° 11687; Mons 28 juin 1994, *Rev. dr. santé* 1995-96, p. 294; Liège 10 janvier 1995, *Rev. dr. santé* 1995-96, p. 217; Liège 23 décembre 1997, *R.G.A.R.* 1999, n° 13168; Liège 28 mai 1998, *J.L.M.B.* 1999, I, p. 268; Mons 13 janvier 2000, *Rev. dr. santé* 2000-01, p. 379; Liège 7 avril 2000, *Rev. dr. santé* 2001-02, p. 42; Trib. trav. Charleroi 3 décembre 2001, *J.T.T.* 2002, p. 198. En doctrine: I. LUTTE, *o.c.*, p. 49, n° 11; T. VANSWEEVELT, *o.c.*, p. 401, n° 678.

25. En jurisprudence: Liège 28 mai 1998, *J.L.M.B.* 1999, I, p. 268. En doctrine: I. LUTTE, *o.c.*, pp. 49-50; T. VANSWEEVELT, *o.c.*, pp. 402-403, n° 681-682.

26. Concernant les MACCS, il existe deux arrêtés qui fournissent des indices de sa subordination juridique: 1) l'A.R. du 18 mars 1983 modifiant l'A.R. du 28 novembre 1969, *M.B.* 30 mars 1983, lui-même modifié par l'A.R. du 13 février 1987 modifiant l'art. 15 bis de l'A.R. du 28 novembre 1969, *M.B.* 21 février 1987 et 2) l'A.R. du 30 avril 1999 fixant les critères généraux d'agrégation des médecins spécialistes, des maîtres de stage et des services de stage, *M.B.* 29 mai 1999, modifié par l'A.M. du 12 mars 2003, *M.B.* 9 avril 2003.

le médecin maître de stage est en mesure de conclure pareil contrat²⁷. Dès lors, si le docteur K. avait conclu un contrat avec la mère de Guillaume, il n'aurait plus agi comme préposé, mais comme indépendant, ce qui serait incompatible avec son statut. À la réflexion, il nous semble plus cohérent de considérer le docteur K. comme un agent d'exécution – préposé – de son commettant²⁸. Par conséquent, il n'assume pas les manquements aux obligations contractuelles vis-à-vis de la mère de Guillaume et sa responsabilité extracontractuelle ne peut pas être engagée vu qu'il bénéficie de l'immunité de l'agent d'exécution, les conditions du concours n'étant pas réunies en l'espèce.

Si l'on considère plutôt le docteur K. comme un élève, rien n'empêche alors d'imaginer qu'il ait conclu un contrat médical, en son nom propre, avec la mère de Guillaume. Dans ce cas, il engage uniquement sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de sa patiente. En effet, il ne paraît pas possible d'agir contre lui sur la base de l'article 1382 du Code civil au motif que le dommage causé par sa faute n'est pas différent de celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Qu'en est-il des deux autres médecins? À nouveau, la mise en cause de leur responsabilité dépend de l'existence ou non d'une relation contractuelle entre le docteur K. ou son commettant et la mère de Guillaume. En effet, si un contrat médical a été conclu entre ces personnes, le docteur B. et le docteur M.-F. sont alors des agents d'exécution du docteur K. ou de son commettant. Leur responsabilité extracontractuelle ne peut être engagée puisqu'ils bénéficient de l'immunité. À l'inverse, s'il n'existe aucun contrat médical entre le docteur K. ou son commettant et la mère de Guillaume, leur responsabilité ne peut être qu'aquillienne puisqu'il ne semble pas que des contrats médicaux distincts puissent avoir été noués entre eux et la mère de Guillaume. La seule possibilité pour ces deux médecins d'échapper à l'action en responsabilité intentée contre eux sur la base de l'article 1382 du Code civil est de démontrer qu'ils travaillent pour l'hôpital dans les liens d'un contrat de travail. De la sorte, ils pourraient bénéficier de l'immunité prévue par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978. Tel est d'ailleurs l'argument invoqué, avec succès, par le docteur M.-F.

Cette disposition peut évidemment s'appliquer aux médecins salariés car il n'est plus contesté à l'heure actuelle qu'un médecin hospitalier peut exercer sa profession dans

un état de subordination, caractéristique essentielle du contrat de travail²⁹.

7 L'enfant peut-il se prévaloir de la violation de l'obligation contractuelle unissant le médecin et/ou l'hôpital à sa mère? – Qu'un contrat médical ait été conclu entre le docteur K. (s'il est considéré comme élève) ou le commettant du docteur K. (s'il est considéré comme préposé) et la mère de Guillaume ou que cette dernière ait noué un contrat "all-in" avec l'hôpital, une interrogation s'impose: l'enfant disposait-il d'un recours aquilien contre les médecins, alors qu'il invoque la violation d'une obligation contractuelle? C'est le problème de la coexistence des responsabilités qui est ici posé³⁰.

En réalité, la solution ne dépend pas de la nature du contrat. En effet, dans l'hypothèse du contrat "all-in", les médecins sont des agents d'exécution de l'hôpital mais vis-à-vis des tiers, ils ne jouissent plus de l'immunité de responsabilité civile³¹. Ainsi, ils sont susceptibles d'engager leur responsabilité extracontractuelle à l'égard de Guillaume à condition que leur manquement aux obligations contractuelles assumées par l'hôpital s'analyse aussi comme la violation de l'obligation générale de prudence s'imposant à tous. Il en va de même dans l'hypothèse d'un contrat médical conclu entre la mère de Guillaume et le commettant du docteur K., étant donné que les docteurs K., B. et M.-F. sont des agents d'exécution du commettant du docteur K. La règle s'applique pareillement si le docteur K. – alors considéré comme un élève – a conclu un contrat médical avec la mère de Guillaume, même si seuls les docteurs B. et M.-F. sont des agents d'exécution du docteur K. Bref, dans ces trois hypothèses, Guillaume ne peut mettre en cause la responsabilité extracontractuelle des médecins que si leur faute contractuelle constitue aussi une faute aquillienne.

27. T. VANSWEEVELT, *o.c.*, p. 361, n° 594.

28. Le commettant doit-il être le médecin maître de stage ou l'hôpital? La réponse à cette question dépend de chaque cas d'espèce. Toutefois, dans la majorité des cas, il s'agit de l'hôpital. Cf. Liège 10 janvier 1995, *Rev. dr. santé* 1995-96, p. 217 (hôpital privé); Liège 28 mai 1998, *J.L.M.B.* 1999, I, p. 268 (hôpital privé); Mons 13 janvier 2000, *Rev. dr. santé* 2000-01, p. 379 (hôpital public: C.P.A.S.); Liège 7 avril 2000, *Rev. dr. santé* 2001-02, p. 42 (hôpital privé); Trib. trav. Charleroi 3 décembre 2001, *J.T.T.* 2002, p. 198 (hôpital public). En raison des éléments fournis par le jugement, nous ne sommes pas en mesure de déterminer qui a cette qualité vis-à-vis du docteur K.

29. En jurisprudence, notamment: Cass. 22 février 1968, *Pas.* 1968, I, p. 777, *R.D.S.* 1968, p. 22; Cass. 16 octobre 1972, *Pas.* 1973, I, p. 165; Cass. 7 septembre 1981, *Pas.* 1982, I, p. 22; Cass. 3 février 1986, *Pas.* 1986, p. 654.

En doctrine, notamment: C. GOSSENS et P. MONFILS, note sous Civ. Bruxelles 28 janvier 1961, *R.C.J.B.* 1965, p. 151; X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, 2^{ème} éd., t. II, Bruxelles, Larcier, 1972, pp. 83-84, n° 681; P. HENRY, "La responsabilité civile du médecin", in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Acte du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, 8 mai 1992, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1993, p. 54; J.-L. FAGNART, "Aspects actuels de la responsabilité médicale", in *Droit et médecine*, Formation permanente C.U.P., Vol. XI, Liège, 1996, p. 301, n° 141; T. VANSWEEVELT, *o.c.*, n° 600-667.

30. Sur cette question, voy. P. WÉRY, *o.c.*, pp. 98-102; B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Les relations entre la responsabilité aquillienne et les contrats. Fatales attractions", Vol. 1, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, liv. 3, Diegem, Kluwer, 2003, pp. 25-39.

31. Cass. 25 octobre 1990, *R.C.J.B.* 1992, p. 493, note R.O. DALCQ, *R.G.A.R.* 1992, n° 11990.

Or, une faute contractuelle ne s'analyse pas automatiquement en une faute aquilienne³². "Ce qu'il convient de vérifier, c'est donc que les prétentions du tiers ont bien une source *juridiquement* différente du contrat, même si c'est l'inexécution de celui-ci qui est, en fait, la cause de son dommage"³³. Précisément, en l'espèce, Guillaume pouvait-il invoquer une source juridique distincte du contrat? En d'autres termes, le manquement contractuel reproché aux médecins se doublait-il d'une faute aquilienne à l'égard de l'enfant?

En principe, l'obligation d'information découlant du contrat médical s'impose seulement à l'égard de la mère. D'autant qu'il s'agit ici d'une information très particulière destinée à éclairer cette dernière quant à l'opportunité d'exercer son droit – discrétionnaire – de procéder à une I.V.G. Toutefois, selon une jurisprudence bien établie, même si l'information est destinée au cocontractant, "elle peut, en certaines circonstances, soit concerner directement un tiers, soit influencer les tiers qui peuvent légitimement croire en son exactitude"³⁴. Si le tiers souffre un dommage causé par l'information erronée, il pourra rechercher la responsabilité aquilienne du débiteur contractuel de l'information, même s'il n'en était pas le destinataire. En l'espèce, on ne conçoit évidemment pas de soutenir que la légitime confiance de Guillaume a été trompée. En revanche, il était indéniablement concerné par l'information. Encore s'éloigne-t-on des hypothèses habituellement rencontrées en jurisprudence, dans lesquelles le tiers subit un préjudice en tant qu'il était *visé* par l'information. On songe, par exemple, aux cas où un dispensateur de renseignements commerciaux délivre, à tort, un renseignement défavorable sur un tiers qui, de ce fait, perd une opportunité. Ce tiers peut sans conteste invoquer une source indépendante du contrat, l'obligation générale de prudence qui impose à chacun de ne pas répandre de fausses informations sur le compte d'autrui. Rien n'est tout à fait comparable en l'espèce. On conviendra qu'on est ici dans une situation singulière.

Mais il y a plus. Au moment où il agit en responsabilité, l'enfant se pose en victime de l'information erronée en ce qu'elle a eu pour effet de le priver du "bénéfice" d'une I.V.G. ... grâce à laquelle il n'aurait pas accédé à la vie ... et n'aurait pas pu agir en responsabilité. Autrement dit, c'est au *bénéfice* de son *préjudice* – cette vie dont il ne veut pas – qu'il peut ester en justice! Premier paradoxe.

Par ailleurs, suivant le raisonnement du Tribunal, s'il peut invoquer un préjudice consistant en l'atteinte à son droit à

l'I.V.G., c'est parce qu'il "faisait indissociablement *partie* de sa mère au stade de la conception" et qu'à ce titre, le droit de cette dernière d'interrompre sa grossesse était en quelque sorte son droit (*infra*, n° 15). Autrement dit, il se prévaut de sa position de *tiers*, tout en faisant valoir un droit qu'il tenait du fait de n'être *pas distinct de sa mère*. Second paradoxe.

Au total, l'action *ex delicto* de l'enfant n'apparaît concevable qu'à la faveur de divers tours de passe-passe!

II. Les éléments de la responsabilité civile

a) Les fautes médicales

8 **La nature des fautes.** – L'obligation d'information à charge des médecins s'analyse en une obligation de moyens et ce, qu'un contrat médical ou un contrat "all-in" ait été conclu ou non. Ce point est incontestable et incontesté. Les demandeurs se sont d'ailleurs évertués à relever les manquements imputables à la négligence des médecins. Concrètement, ils leur reprochent les fautes suivantes:

aux docteurs K. et B.:

- le fait de ne pas avoir réalisé le triple test permettant de déceler si le fœtus est atteint d'une trisomie 21;
- le fait de ne pas avoir pratiqué, après le résultat négatif de la ponction amniotique, des examens complémentaires qui s'imposaient selon eux en raison de l'anomalie détectée à l'échographie (fémur et humérus anormalement petits);
- le fait d'avoir limité l'examen de la ponction amniotique à la recherche d'un problème d'achondroplasie;

au docteur M.-F.:

- le fait de ne pas avoir réalisé tous les examens et coupes nécessaires en vue d'établir l'origine des os trop courts;
- le fait de ne pas avoir posé un diagnostic plus prudent et réservé sur les résultats de la ponction amniotique;
- le fait de ne pas avoir attiré l'attention des docteurs K. et B. sur le caractère restrictif de la demande d'examen portant uniquement sur la recherche d'un problème d'achondroplasie.

Cette énumération confirme qu'aucune obligation de résultat ne pesait sur les médecins et qu'il fallait examiner si leur erreur n'aurait pas été commise par des médecins normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances de fait. En d'autres termes, des médecins consciencieux et attentifs procurant des soins conformément aux données acquises de la science auraient-ils agi de la même façon? Cette question est discutable et a été discutée par les parties.

9 **L'appréciation des fautes par le juge.** – Le juge a choisi de recourir à une mesure d'expertise afin d'apprécier

32. P. WÉRY, *o.c.*, p. 99; B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions", Vol. 1, *o.c.*, pp. 26-27, n° 34.

33. X. DIEUX et D. WILLERMAIN, "La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard des tiers", in *Les contrats de service*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 214, n° 3.

34. B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions", Vol. 1, *o.c.*, p. 28, n° 38.

au mieux le caractère fautif ou non du comportement des médecins. Il est donc trop tôt pour conclure à la mise en cause de leur responsabilité.

b) L'exigence causale

10 Anomalie congénitale et causalité. – Qu'en est-il de l'existence d'un rapport de causalité entre la faute et le dommage? L'erreur de diagnostic a-t-elle causé le préjudice de l'enfant né handicapé? Il y a plusieurs manières de raisonner. Soit on considère que le préjudice est le seul handicap. Il est incontestable que les fautes du laboratoire et des médecins – à les supposer établies – sont postérieures au handicap congénital dont l'enfant est affecté. Elles ne sauraient donc en être la cause. Le préjudice de l'enfant résulte d'une anomalie chromosomique, acquise dès la conception, et sur laquelle la médecine n'avait aucun pouvoir en l'état actuel des connaissances. Ainsi, pareil raisonnement semble inspiré de la théorie de la causalité efficiente³⁵, dont on sait qu'elle n'est pas à l'honneur en notre droit. Parmi les divers éléments ayant contribué à la survenance du dommage, celle-ci considère que seuls certains produisent, par leur action propre, l'effet dommageable, tandis que d'autres ne sont pas regardés comme des causes *proprio sensu*. Cette théorie invite, en définitive, à retenir comme seule cause du dommage celle qui a le plus puissamment contribué à sa réalisation et à écarter les simples *conditions* ou *occasions* du dommage. Sans influence positive sur la production de l'effet, ces dernières se bornent à lever un obstacle, permettant ainsi à la cause de déployer ses effets. En l'espèce, même si la trisomie 21 avait été diagnostiquée, la médecine eût été impuissante à y remédier. Par conséquent, suivant ce schéma de raisonnement, l'anomalie chromosomique est la cause efficiente du préjudice, tandis que les fautes médicales constituent tout au plus une condition, une circonstance, ayant favorisé ou libéré le jeu de la véritable cause du dommage.

11 Le lien de causalité selon la théorie de l'équivalence des conditions. – L'analyse est différente si l'on apprécie l'existence du lien causal à l'aune de la théorie de l'équivalence des conditions, qui a la faveur de notre Cour de cassation. L'erreur de diagnostic entretient cette fois un rapport de causalité avec l'état de diminution mentale dans lequel se trouve l'enfant. En effet, le test de la condition *sine qua non*, conduit à tenir que, sans les fautes médicales, les parents, dûment informés, auraient procédé à une I.V.G. de sorte que l'enfant ne serait pas né et, partant, n'aurait pas eu à souffrir le handicap qui est le sien. Remarquons qu'on est obligé de considérer que c'est le fait d'accéder à la vie qui constitue le préjudice dont l'enfant, par la voix de ses parents, réclame réparation.

Encore peut-on soutenir qu'une fois admis le rapport de causalité entre les fautes médicales et la naissance, les res-

ponsables sont tenus d'indemniser toutes les conséquences dommageables de leur faute. On conclura ici que le préjudice s'étend dès lors à la vie handicapée elle-même et inclut les éventuels frais supplémentaires et souffrances morales qui sont censés accompagner celle-ci. Cette solution découle, sans grand artifice, d'une application classique des principes relatifs au lien de causalité et à l'évaluation de l'étendue du préjudice. Pourvu toutefois que le préjudice invoqué puisse être considéré comme un dommage réparable (*infra*, n° 15).

12 Appréciation de la certitude causale. – D'aucuns pourraient encore opposer au raisonnement tenu jusqu'ici l'absence de certitude causale dans la mesure où il n'est pas absolument certain que les parents auraient fait le choix d'interrompre la grossesse. Il est vrai qu'en dépit des intentions exprimées par les parents de recourir à l'I.V.G. en cas de diagnostic positif, ceux-ci pouvaient toujours se raviser et décider, une fois mis en situation, de mener la grossesse à terme. L'objection n'est toutefois pas décisive dans la mesure où la doctrine considère que la certitude du lien causal ne doit pas être absolue³⁶. Il est ici question, comme en toutes matières³⁷, d'une certitude judiciaire: il faut, mais il suffit, que l'existence du lien causal présente un degré élevé de vraisemblance, considéré comme satisfaisant par le juge du fond. Dès l'instant où l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage est tenue pour suffisamment établie, le responsable est tenu de réparer l'intégralité du préjudice résultant de sa faute.

Le jugement sur la causalité est souvent une affaire d'opportunité plus que de science. Il n'est pas rare que les juges tranchent "par sentiment"³⁸: s'ils veulent indemniser, ils découvriront sans peine un rapport de causalité. Leur décision sera contestable, mais néanmoins acceptable, chaque fois que le fait générateur n'est pas totalement étranger au préjudice³⁹. Le débat sur la causalité ne saurait occulter la vraie question dans cette affaire: y a-t-il dommage réparable?

c) Le dommage constitué par le fait d'être né handicapé

13 Les éléments du dommage. – La notion de dommage comporte deux éléments: un élément de fait – le préjudice – et un élément de droit – la lésion d'un droit. Le préjudice, seul, ne suffit pas. Sans lésion d'un droit subjectif, il peut y avoir préjudice, mais non dommage réparable. Les auteurs

35. Cf. R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, t. II, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1935, p. 35 et s.

36. I. DURANT, "À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage", in *Droit de la responsabilité – Morceaux choisis*, Formation permanente C.U.P., vol. 68, Liège, Larcier, 2004, pp. 7-68, spéc. p. 27, n° 12, et les références.

37. Aucune preuve juridique ne confère une certitude absolue, mais seulement une probabilité. Étymologiquement, prouver vient du latin *probare*, dont dérivent aussi les termes probable, probabilité...

38. Selon une formule de P. ESMEIN, "Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité", *D.* 1964, chron. XXX, p. 205.

39. Rapp. L. AYNÈS, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", *D.* 2001, p. 494, n° 14.

insistent nettement sur ce point⁴⁰. Examinons, tour à tour, ces deux éléments.

14 La naissance avec un handicap: un préjudice? – L'enfant affecté du syndrome de DOWN peut-il faire état d'un préjudice? Subit-il une perte, une atteinte effective dans sa personne, ses biens ou ses intérêts⁴¹? L'hésitation est permise. Perd-il quelque chose d'acquis ou qui lui soit dû? Où l'on voit déjà le problème car pour perdre, il faut avoir ou, au moins, être de ce monde. Mais il y a plus. La preuve de l'existence d'un préjudice incombe à celui qui l'invoque. En l'espèce, ce qui est gênant, c'est que le préjudice lié au déficit de naissance de l'enfant est invoqué, non par l'intéressé lui-même, dont on peut douter qu'il ait articulé pareille plainte, mais par ses représentants légaux, à la faveur d'une fiction juridique. À cet égard, le jugement commenté relève "qu'il n'appartient pas au juge, ni *a fortiori* à un expert (...), de fixer des critères objectifs distinguant la vie acceptable de celle qui ne l'est pas", pour conclure que "seul Guillaume [est] apte et habilité à porter un jugement sur la vie qui est la sienne".

On n'est pas obligé d'adhérer à cette analyse. D'une part, on ne saurait s'abriter derrière la fiction de la représentation pour faire accroire que c'est bien l'enfant qui décide, alors qu'en réalité – tant en stricte analyse juridique qu'en fait –, ce sont ses parents qui décident pour lui, à sa place. D'autre part, le juge doit apprécier, fût-ce de façon marginale, si la preuve de l'existence du préjudice est effectivement rapportée. "En cas de doute sur l'existence du dommage, le juge ne peut en ordonner la réparation"⁴². Pour reconnaître l'existence d'un préjudice dans le chef de l'enfant, on n'échappe donc pas à la nécessité d'un jugement porté sur la qualité de vie d'autrui. Est-ce vraiment gênant? D'aucuns font valoir qu'en matière d'accidents entraînant des dommages corporels, personne ne conteste que, suivant une jurisprudence bien établie, des handicaps de toute nature, sont regardés comme des préjudices indemnisables⁴³. Dans ces hypothèses, effectivement, aucune protestation ne s'élève pour dénoncer une atteinte portée à la dignité du handicapé. Néanmoins, force est d'admettre que l'existence du préjudice s'apprécie alors par rapport à un état antérieur: une personne était saine et, suite à un accident, elle se retrouve en chaise roulante ou privée d'un bras ou encore d'un œil ... Il serait faux et indécent de nier qu'elle a souffert un préjudice. On conviendra que l'appréciation est plus délicate s'agissant d'une maladie congénitale. D'autant qu'en l'espèce, l'erreur du diagnostic prénatal n'a nullement provoqué ou aggravé le handicap de l'enfant, qui ne pouvait que naître handicapé ou ne pas naître, mais en

aucun cas naître en bonne santé. Or, on considère traditionnellement qu'il y a préjudice lorsque le fait générateur de la responsabilité place un tiers dans une situation pire que celle dans laquelle il se trouvait avant le fait (et, de surcroît, qu'il avait droit à ce que sa situation ne fût pas empirée⁴⁴). Il est de jurisprudence constante que la réparation du dommage consiste à replacer la victime dans la situation qui était la sienne avant la survenance du fait dommageable⁴⁵, ce qui est ici strictement inconcevable.

Mais, enfin, il n'est pas interdit d'être novateur. Il a été écrit, à juste titre, que la Cour de cassation française, en son arrêt du 17 novembre 2000, avait admis, *implicitement mais certainement*, que pour un enfant handicapé, la naissance peut être en soi un préjudice, ce qui revient à consacrer une conception nouvelle et extensive de cette notion. On déplore d'ailleurs qu'elle ne s'en soit guère expliquée, préférant se réfugier derrière un attendu aussi laconique que sibyllin donnant à penser que tout se jouait sur le seul terrain de la causalité. Il s'est néanmoins trouvé des auteurs pour approuver la Cour de cassation d'avoir ainsi "[consacré] un nouveau type de dommage, qui ne réunit pas les caractéristiques classiques du dommage réparable"⁴⁶, en procédant à "un dépassement de la notion classique du préjudice limité à une simple perte par rapport à un état antérieur"⁴⁷. Soit.

Cela étant, si l'on peut penser qu'il est indigne de juger, à la place de l'intéressé, que sa vie de trisomique constitue un préjudice, on peut tout aussi bien estimer, à l'inverse, que le refus de prise en considération d'un préjudice reviendrait à nier la souffrance de l'enfant. On peut comprendre que pareille négation puisse apparaître contraire à la dignité humaine⁴⁸. Admettons donc, *volens nolens*, que préjudice il y a *in casu*, tout en étant conscient, d'une part, que cette conclusion ne peut faire l'économie d'un double jugement porté sur la vie d'un autre – et celui des parents, et celui du juge –, d'autre part, qu'elle est acquise au prix d'une conception inédite de la notion de préjudice.

15 La vie préjudiciable: un dommage réparable? – Encore faut-il que ce préjudice ouvre un droit à réparation. C'est ici que le bât blesse, à notre avis.

En effet, un dommage n'est réparable que s'il consiste en une atteinte portée à un droit subjectif ou, suivant l'état

40. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 946, n° 948 et p. 947, n° 950; F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. XX, Bruxelles, Bruylant, 1881, n° 404.

41. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 947, n° 949.

42. *Ibid.*

43. Cf., p. ex., Y.-H. LELEU, "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche'", *R.G.A.R.* 2002, n° 13466³, n° 16.

44. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 947, n° 950.

45. Cass. 15 mars 1985, *Pas.* 1985, I, p. 878, *R.W.* 1984-85, col. 2617, note M. VAN QUICKENBORNE; J.-L. FAGNART, "L'évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun", *R.G.A.R.* 1994, n° 12.248, n° 17.

46. J.-L. AUBERT, "Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)", *D.* 2001, p. 491.

47. P. JOURDAIN, note sous Cass. fr. 17 novembre 2000, *D.* 2001, p. 337, obs. in *Rev. trim. dr. civ.* 2001, p. 149.

48. Même si nous pensons, pour notre part, que le préjudice, en sa composante morale, tient, *in casu*, au vécu subjectif des parents plus qu'à celui de l'enfant trisomique lui-même.

actuel de notre droit, à un *intérêt stable et légitime*. Ce point a été négligé par maints commentateurs des décisions de justice rendues dans le cadre d'actions de *wrongful life*. Quelques auteurs ont néanmoins bien perçu que tel était le véritable nœud de tout le débat relatif à l'admission des actions de vie préjudiciable⁴⁹.

Cette exigence semble ne pas avoir échappé au jugement commenté. Se référant à J.-L. AUBERT, il croit pouvoir considérer que le "préjudice de l'enfant consiste dans l'atteinte à un droit qui est pour lui 'le prolongement ou, plus exactement, un élément du droit de la femme', dont il faisait indissociablement partie au stade de sa conception, d'interrompre sa grossesse dans les conditions déterminées par la loi". Autrement dit, la législation sur l'interruption volontaire de grossesse conférerait, implicitement, à l'enfant à naître un droit à être avorté de manière à ne pas être placé dans la situation d'avoir à vivre avec un handicap très grave et incurable. Tel serait précisément le droit subjectif lésé⁵⁰, dont l'enfant pourrait se prévaloir, une fois né, afin d'obtenir la réparation de son dommage.

Une personne peut-elle réclamer le droit de ne pas naître? Nous ne le pensons pas. La vie est de l'ordre du don, qui "échappe par nature aux prérogatives de l'individu". Elle est reçue, sans que personne n'ait le pouvoir de l'exiger, ni de la nier originairement⁵¹. L'admission d'un tel droit suppose que la qualité de sujet de droit soit reconnue à l'enfant à naître. On n'imagine pas un droit subjectif... sans sujet, sans titulaire dudit droit. L'objection n'embarrasse nullement le Tribunal qui appelle à la rescousse "le principe *infans conceptus pro nato habetur*, qui permet de faire acquérir des droits à l'enfant vivant et né viable dès sa conception". Cette réponse est fragile. Elle méconnaît le contexte et la nature des droits ainsi reconnus à l'enfant conçu. Ledit principe se déduit d'une série de dispositions qui, toutes, concernent exclusivement des droits patrimoniaux⁵². En

tout cas, on ne saurait, sans artifice, en tirer argument en faveur du droit à ne pas naître.

Au demeurant, il est piquant de constater qu'on dénie au *nasciturus* le droit à la vie, mais qu'on s'empresse de lui reconnaître celui de ne pas naître. En d'autres termes, on ne lui reconnaît une personnalité juridique que pour justifier sa suppression ou, à défaut, la revendication d'un droit à la réparation de son existence⁵³. Il est à tout le moins paradoxal, sinon contradictoire, que la qualité de sujet de droit soit reconnue à l'enfant conçu dans le seul but de faire admettre qu'il avait le droit de ne pas exister. Donc qu'il n'aurait pas dû avoir le droit d'ester en justice⁵⁴.

J.-L. AUBERT a bien vu, sans s'en émouvoir, que l'octroi d'une indemnisation à l'enfant passe par la reconnaissance d'un nouveau droit de la personnalité⁵⁵. Encore faut-il que ce nouveau droit subjectif, de création prétorienne, soit juridiquement tenable. Or, le droit de "bénéficier" d'une I.V.G. ne saurait lui être reconnu, sans que soit fondamentalement remis en cause le caractère discrétionnaire de ce droit – ou de cette liberté⁵⁶ – dans le chef de la mère⁵⁷. Qui aurait, en effet, le devoir de respecter un tel droit (ou un tel intérêt, supposé légitime)?

Seule la mère peut décider si l'enfant doit, oui ou non, accéder à la vie. À ce jour, tout le monde s'accorde, en effet, pour reconnaître que le recours à l'I.V.G. est, et doit rester, une prérogative purement discrétionnaire de la femme de sorte qu'elle ne saurait être contrainte dans un sens ou dans un autre. Rien n'y fait: en admettant que l'enfant ait un droit de regard sur sa naissance, on accrédite l'idée que la demande d'une I.V.G. n'est plus le fruit d'une décision personnelle de la mère, mais d'une décision partagée entre celle-ci et l'enfant⁵⁸.

De plus, sauf à ne pas prendre au sérieux ce nouveau droit reconnu au *nasciturus*, la cohérence implique que ce dernier puisse rechercher la responsabilité de ses parents pour avoir lésé son droit, en ayant refusé de procéder à des tests de dépistage ou en ayant décidé de poursuivre une grossesse nonobstant un verdict alarmant.

49. On se plaît à renvoyer, en particulier, aux remarquables études de L. AYNÈS, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", *D.* 2001, pp. 492-496 et de G. GÉNICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *R.G.D.C.* 2002, pp. 79-98.

50. De toute évidence, il ne peut réclamer réparation du préjudice qui résulterait de la lésion fautive de son "droit" de naître sans handicap. L. AYNÈS, *o.c.*, p. 495, n° 19. Cf. aussi, Bordeaux 26 janvier 1995, *J.C.P.* 1995, IV, p. 1568, *Rev. trim. dr. civ.* 1995, p. 863, obs. J. HAUSER.

52. *Contra*: N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997. Cet auteur soutient que la législation sur l'interruption volontaire de grossesse est parfaitement compatible avec la reconnaissance d'une personnalité juridique à l'enfant *in utero* et, singulièrement, avec le droit à la vie dont il serait titulaire dès la conception. Cette thèse nous paraît osée. Dès l'instant où la femme ne doit justifier d'aucun motif pour accéder à l'I.V.G., durant les 12 premières semaines, hormis un état de détresse – notion "inobjectivable par essence", donc insusceptible de contrôle judiciaire, avait dit le Conseil d'État, qui recommandait dès lors de supprimer cette fausse condition –, il est clair que l'embryon se trouve en dehors du champ du droit. Au-delà de cette période, il nous paraît peu cohérent de reconnaître à l'enfant conçu la qualité de sujet de droit, tout en permettant – sous conditions cette fois – la suppression du sujet et, avec lui, du droit subjectif. En ce sens, voy., not., les références citées par l'auteur, *o.c.*, pp. 382-383, notes 959, 960 et 961.

53. G. MÉMETEAU, "L'action de vie dommageable", *J.C.P.*, 2000 G, I 279, p. 2279.

54. M.-A. HERMITTE, "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gaz. Pal.* 24-25 octobre 1997, p. 75.

55. J.-L. AUBERT, *o.c.*, p. 490.

56. Nous n'entrons pas ici dans la discussion sur le fait de savoir si la législation sur l'I.V.G. crée un droit subjectif ou une liberté, résultant d'une simple *tolérance*, au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d'une I.V.G. dont la décision n'appartient qu'à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir".

57. Comp., *mutatis mutandis*, avec Orléans 5 février 1999, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, p. 80, obs. J. HAUSER. Statuant sur renvoi dans l'affaire Perruche, la Cour d'appel d'Orléans remarquait, à la faveur d'un raisonnement juridiquement impeccable, que l'enfant "qui n'avait aucune chance de venir au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d'une I.V.G. dont la décision n'appartient qu'à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir".

58. M.-A. HERMITTE, *o.c.*, p. 78; G. GÉNICOT, *o.c.*, p. 92.

Où l'on voit qu'il n'est pas si absurde de craindre pareille évolution sous prétexte qu'il existe aujourd'hui un consensus pour estimer que l'I.V.G. ressortit à une liberté discrétionnaire de la mère en manière telle que le choix de recourir à l'I.V.G. ne saurait s'analyser en une faute. Aujourd'hui, peut-être – au moins en droit car, dans les faits, on n'ignore pas l'existence de possibles pressions sociales – mais demain?

Qui peut affirmer qu'il ne se trouvera pas des juges pour analyser le choix de mettre au monde un enfant handicapé en un abus de la liberté de l'I.V.G.? De quel droit, dira-t-on, une femme se permet-elle d'imposer une vie malheureuse à un enfant, portant ainsi atteinte à son droit de "bénéficiaire" d'une I.V.G.? Conjecture absurde? Pas si sûr. On reconnaît aujourd'hui qu'il n'existe pratiquement plus de droit "absolu" ou "discrétionnaire", dont le titulaire pourrait faire n'importe quel usage sans avoir aucun compte à rendre⁵⁹. À telle enseigne que, désormais, un abus de droit est pratiquement possible en toutes matières. Qui peut affirmer que ce dernier bastion de droit discrétionnaire ne cédera jamais? Qui peut affirmer que la référence à la maxime de LOYSEL "Qui peut et n'empêche, pesche"⁶⁰, que d'aucuns brandissent pour convaincre que les fautes médicales sont causales⁶¹, ne jouera jamais contre la mère? Qui peut affirmer que des esprits toujours plus nombreux ne seront pas gagnés, demain, à des considérations de ce genre: "Puisque le handicapé léger ou profond, notamment victime d'une erreur médicale, a la possibilité d'obtenir des indemnités réparatrices, l'enfant dont les parents ont décidé, ont choisi, que malgré tout il viendrait au monde avec un handicap a le droit d'engager la responsabilité de sa mère et celle de ses parents. L'enfant handicapé, parce qu'il naît avec un handicap qu'il n'accepte pas, a par conséquent la faculté d'ester en justice contre ses ascendants. Son argumentation sera simple: 'Je n'ai pas demandé à naître et surtout à naître handicapé. Vous êtes responsables de mon handicap par votre choix. Vous êtes débiteurs envers moi à tous les plans et notamment matériel'. Les américains ont déjà engagé des procédures à ce plan. Personnellement, je considère celles-ci juridiquement recevables parce que 'permettre à un enfant handicapé de venir au monde est une faute parentale et peut-être même le témoignage d'un égoïsme démesuré'⁶²."

En réalité, personne ne peut dire de quoi l'avenir sera fait et écarter d'un revers de la main – comme le fait le Tribunal à la suite de plusieurs auteurs – les craintes exprimées par une doctrine imposante⁶³ et auxquelles certaines décisions donnent déjà corps⁶⁴.

La logique perverse du jugement commenté induit une autre conséquence inquiétante, soulignée par plusieurs auteurs. La pression des actions en responsabilité aura d'inévitables répercussions sur les pratiques médicales. Trop exposés au risque de responsabilité, les médecins – gynécologues biologistes, échographistes ... – seront enclins à observer scrupuleusement un principe de précaution et s'estimeront en devoir, dans leur intérêt, de signaler tous les soupçons et éventualités de risques d'anomalie. Le prix à payer sera l'angoisse des parents, voire un recours inconsidéré à l'I.V.G. (dans le cadre du diagnostic prénatal) et une sélection extrêmement rigoureuse (dans le cadre de la Fivète)⁶⁵.

Il est admis, aujourd'hui, que le dommage résulte de la lésion d'un simple intérêt, pourvu qu'il soit légitime. Force est de reconnaître que cette nuance ne change rien à l'analyse *juridique* conduite jusqu'ici. Au demeurant, "la loi ne définit pas ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas. L'appréciation du caractère légitime d'un intérêt se fait donc par rapport à des critères extrajuridiques qui sont essentiellement d'ordre moral"⁶⁶. Il n'y a donc pas lieu de s'offusquer que ce genre de décisions suscite des considérations de nature philosophique. Contrairement à ce que l'on a parfois écrit⁶⁷, il n'y a pas confusion des genres: que cela plaise ou non, l'analyse juridique commande, ici, de s'avancer sur le terrain éthique et sociologique. Et il est permis d'estimer, à bon droit, que l'intérêt invoqué par l'enfant est "contraire à la dignité humaine"⁶⁸ et "socialement pernicieux"⁶⁹. Dans des affaires comme celle qui nous occupe, on ne saurait du reste s'abriter derrière une analyse de pure technique juridique, en feignant d'ignorer les implications anthropologiques et l'impact social des décisions rendues.

59. Cf. P. VAN OMMESLAGHE, "Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi", note sous Cass. 10 septembre 1971, *R.C.J.B.* 1976, p. 303 et s., spéc. p. 326, qui souscrit à l'opinion selon laquelle "il ne serait pas possible de définir *a priori* une catégorie de droits discrétionnaires qui demeureraient étrangers à la théorie de l'abus de droit".

60. *Institutes coutumières*, n° 792.

61. Voy., p. ex., Y.-H. LELEU, *o.c.*, n° 13466⁴, n° 20, *in fine*.

62. Opinion exprimée par H. CAILLAVET et jointe à l'Avis n° 68 du Comité Consultatif National d'Éthique (France) sur le thème "Handicaps congénitaux et préjudice", www.ccne-ethique.fr. Cet auteur a bien vu l'implacable dialectique dans laquelle on s'engage: 1° le droit de l'enfant à demander réparation se fonde sur le droit de la femme à recourir à l'I.V.G.; 2° ce droit à ne pas naître handicapé, il va le faire peser sur sa mère, qui sera moralement tenue de procéder à son élimination.

63. Parmi d'autres, C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU et 26 professeurs et chercheurs des facultés de droit, "La vie humaine peut-elle être un préjudice", *D.*, 2000, n° 44; J.-L. FAGNART, "To be or not to be?", *Journ. proc.*, 2000, n° 404, p. 24.

64. Voy. le récent jugement du T.G.I. Reims 10 octobre 2005, *inédit*, qui accorde à deux enfants, de 7 et 11 ans, une indemnité substantielle pour le préjudice subi à la suite de la naissance de leur sœur trisomique.

65. J.-L. FAGNART, "To be or not to be?", *o.c.*, p. 23.

66. J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Dossier du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 22, n° 10; *Idem*, "L'évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun", *R.G.A.R.* 1994, n° 12248.

67. Voy., p. ex., Y.-H. LELEU, *o.c.*, n° 11.

68. Parmi d'autres, G. GÉNÉCOT, *o.c.*, pp. 92 et s., n° 33 et s., qui développe une belle argumentation en ce sens.

69. P. MURAT, obs. sous Cass. fr. (ass. plén.) 17 novembre 2000, in J. RUBELLIN-DEVICHI, "Chronique de droit de la famille", *J.C.P.*, G, I 293, p. 255, n° 7.

16 Le préjudice des parents: un préjudice par ricochet? – Dans les débats entourant, en France, la célèbre affaire *Perruche*, dans une situation comparable à la nôtre, un argument fort a été avancé: le préjudice des parents étant un préjudice “par ricochet”, on comprendrait mal qu’il soit indemnisé, tandis que celui de l’enfant, victime directe, ne le serait pas⁷⁰. L’argument est un trompe-l’œil: on n’est pas obligé d’estimer les parents victimes par ricochet.

Les parents ne peuvent évidemment pas se plaindre du handicap de leur enfant, qui procède exclusivement de son patrimoine génétique et est étranger aux fautes des défenseurs. En empêchant la mère de recourir à l’I.V.G., elles sont plus exactement la cause de l’accession de l’enfant à la vie, lequel se trouve être affecté d’une anomalie génétique. Ainsi, le seul préjudice des parents résulte de l’atteinte portée à la liberté de la mère d’interrompre sa grossesse. C’est parce qu’elle a été privée, en raison des fautes médicales, du droit de décider si oui ou non, l’enfant devait naître, qu’une indemnisation lui est due. En d’autres termes, les parents invoquent donc un préjudice “direct”, même s’il n’est pas incongru de considérer, à l’heure de procéder à son évaluation *in concreto*, qu’il s’étend à toutes les conséquences dommageables des fautes commises, telles celles liées à la vie de l’enfant (charges financières accrues...). Mais c’est là une conséquence de l’atteinte portée, au droit propre – qui plus est, éminemment personnel, même discrétionnaire – de la mère, et non à celui de l’enfant⁷¹.

III. La théorie de la perte d’une chance

17 Introduction. – Une autre question soulevée par le juge et qui se situe aux frontières entre le dommage et le lien causal mérite notre attention: la théorie de la perte d’une chance. Après une brève analyse de cette théorie à la lumière de la décision annotée, nous confronterons cet enseignement traditionnel à un arrêt récent de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004⁷². Nous reviendrons ensuite sur le jugement commenté au regard de l’arrêt de la Cour de cassation.

18 Les conceptions restrictive et extensive de la théorie de la perte d’une chance. – Au départ créée pour pallier l’absence de dommage certain, cette théorie a été utilisée ensuite pour contourner le défaut de causalité certaine entre la faute et le préjudice réellement subi. Un bref rappel de ces deux conceptions n’est pas inutile⁷³.

Dans sa conception restrictive, la théorie de la perte d’une chance permet à la victime d’obtenir une indemnisation lorsque, à défaut de pouvoir démontrer *un préjudice certain*, elle est en mesure de prouver qu’elle a perdu l’espoir d’obtenir un avantage. À titre d’illustration, on cite souvent l’hypothèse du cavalier qui n’a pas pu participer à une course hippique en raison d’un accident causé par la faute d’un tiers ou du retard du transporteur de son cheval⁷⁴. Le cavalier ne pourrait être indemnisé si le dommage dont il demande réparation résidait dans le fait de ne pas avoir gagné la course. En effet, dans ce cas, le dommage n’est pas certain, mais purement hypothétique: il ne peut être affirmé de façon certaine que sans la faute du transporteur, le cheval aurait remporté la compétition. Par contre, il est certain que le cavalier a, en tout cas, perdu une chance de gagner la course. Le recours à la théorie de la perte d’une chance permet ainsi à la victime de bénéficier d’une indemnisation dont elle serait en principe privée, faute de dommage certain. Il lui incombe toutefois de démontrer qu’elle avait une chance sérieuse d’obtenir l’avantage dont elle se prévaut et qu’elle l’a définitivement perdue en raison de la faute d’un tiers⁷⁵.

Envisagé de manière extensive, le concept de “perte d’une chance” vise la perte, dans le chef de la victime, de la possibilité d’éviter la survenance d’un risque tel qu’un décès, une infirmité, une faillite, etc.⁷⁶ Le recours à la théorie de la perte d’une chance se justifie ici par le fait que la victime ne peut démontrer avec certitude *le lien causal* entre la faute d’un tiers et le dommage réellement subi. Afin de lui permettre d’obtenir une réparation – fût-elle partielle – de son dommage, le recours à la théorie de la perte d’une chance a été étendu. Depuis quelques années, la jurisprudence admet que la victime puisse invoquer un autre dommage – celui consistant en la perte d’une chance d’éviter la réalisation du préjudice réellement subi – dont le rapport de causalité avec la faute ne prête plus à discussion. On “substitue” ainsi au préjudice subi un autre dommage de manière à contourner une incertitude causale qui empêcherait toute indemnisation de la victime⁷⁷.

La conception extensive de la perte d’une chance est principalement invoquée en matière de responsabilité médicale. Il s’avère en effet souvent très difficile pour la victime d’une faute médicale d’apporter la preuve d’une causalité certaine entre la faute du médecin et le dommage subi. Par le recours au concept de la perte d’une chance, la victime ne se voit pas privée de toute indemnisation. La théorie de la perte d’une chance de guérison ou de survie a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du

70. G. VINEY, “Chronique de responsabilité civile” *J.C.P.*, G, 1997, I 4025, p. 242, n° 20.

71. En ce sens, F. CHABAS, note sous Cass. fr. (ass. plén.) 17 novembre 2000, *J.C.P.* 2000, II 10.438, p. 2310; D. MAZEAUD, note sous Cass. fr. (ass. plén.) 17 novembre 2000, *D.* 2001, p. 334.

72. Cass. 1^{er} avril 2004, *J. dr. jeun.* 2004, liv. 239, p. 44, note, R.W. 2004-05, p. 106, note I. BOONE, *J.T.* 2005, p. 357, note N. ESTIENNE, *R.G.D.C.* 2005, p. 368, précédé d’une note de C. EYBEN, *N.J.W.* 2005, p. 628, précédé d’une note S. LIERMAN.

73. Pour une analyse plus détaillée et illustrée, voy. notamment I. DURANT, *o.c.*, spéc. pp. 33-45, n° 19-28; C. EYBEN, “La théorie de la perte d’une chance défigurée ou revisitée?”, *R.G.D.C.* 2005, pp. 308-315, n° 2-18.

74. Pour d’autres exemples, voy. notamment Civ. Liège 24 juin 1991, *J.L.M.B.* 1991/817, cité par D. PHILIPPE, I. DE LA SERNA et G. SCHAMPS, “Inédits du droit de la responsabilité civile”, *J.L.M.B.* 1992, p. 1457; Civ. Verviers 29 octobre 2002, *J.L.M.B.* 2003, p. 1665, note J. BUYLE; Bruxelles 9 avril 2003, *J.T.* 2003, p. 581, Bruxelles 22 juin 2004, *R.G.A.R.* 2005, n° 14026.

75. C. EYBEN, *o.c.*, p. 309, n° 5.

76. I. DURANT, *o.c.*, p. 35, n° 20.

77. *Ibid.*, p. 37, n° 21.

19 janvier 1984⁷⁸ et est aujourd'hui largement admise tant par la jurisprudence belge⁷⁹ que française⁸⁰.

Il importe de préciser que l'octroi d'une réparation intégrale n'est toutefois envisageable que lorsque le dommage dont il est demandé réparation consiste tantôt en la non-obtention d'un gain espéré, tantôt en la survenance d'un risque. Par contre, la réparation du dommage consistant en la perte de l'espoir d'obtenir un gain (conception restrictive) ou en la perte d'une possibilité d'éviter la réalisation d'un risque (conception extensive) ne permet pas d'allouer une telle indemnisation à la victime⁸¹. Il ne fait nul doute que l'évaluation de la perte d'une chance n'est guère aisée pour le juge. Ce dernier prend en principe en considération la valeur du gain perdu ou du risque survenu et octroie à la victime un pourcentage de cette valeur dont l'ampleur augmente de manière proportionnelle aux probabilités d'obtention du gain ou de non-survenance du risque envisagé⁸².

C'est à la conception extensive de la perte d'une chance qu'il convient de rattacher le jugement commenté. Le juge précise à cet égard: "Que l'établissement d'un lien causal entre les fautes reprochées et le dommage postulé n'implique pas qu'il soit démontré, avec certitude, que la demanderesse aurait eu recours à l'avortement thérapeutique si elle avait été correctement informée; Que démontrer l'existence d'un lien de causalité suppose uniquement d'établir qu'existait une liberté d'avorter et que cette liberté a disparu du fait de la faute du médecin; Qu'à supposer les fautes établies de même que le défaut d'information fautif en résultant, il serait de fait simultanément établi, avec la certitude requise, que la demanderesse a, à tout le moins, été privée de la possibilité de recourir à cet avortement et, par voie de conséquence, que Guillaume a, dans la même mesure, perdu une chance de ne pas vivre gravement et incurablement handicapé (...); Attendu que la question de la certitude du choix qui aurait été celui de la demanderesse relève de l'étendue du dommage dont la réparation peut être postulée et non du lien causal (...); Que d'autre part, il n'est pas acquis, à ce stade de la procédure, que le préjudice serait nécessairement limité à la seule perte d'une chance; Que la preuve du choix qui aurait été celui de la mère peut être rapportée par présomptions (...)"⁸³.

En d'autres termes, même si le jugement commenté n'est pas très clair sur ce point, pour obtenir la réparation intégrale de leur dommage⁸⁴, il incombe aux demandeurs d'apporter la preuve que si la mère de l'enfant avait été correctement informée, elle aurait certainement avorté. En cas d'incertitude quant au choix de la demanderesse, seule la perte d'une chance de ne pas vivre gravement handicapé pourrait faire l'objet d'une indemnisation. Nous ne pouvons cependant approuver le Tribunal de première instance de Bruxelles lorsqu'il précise que "la question de la certitude du choix qui aurait été celui de la demanderesse relève de l'étendue du dommage dont la réparation peut être postulée et non du lien causal". C'est au contraire l'incertitude causale qui justifie le recours à la théorie de la perte d'une chance, dans sa conception extensive. En effet, c'est en raison de l'existence d'un doute quant à la décision qu'aurait prise la mère de l'enfant qu'un lien causal certain entre les fautes des médecins et la survenance du risque ne peut être établi et que seule la perte d'une chance de ne pas naître et de ne pas vivre gravement handicapé peut faire l'objet d'une indemnisation. La question de la certitude du choix de la mère de l'enfant relève dès lors bien de l'établissement du lien causal, duquel découle l'étendue du dommage réparable.

19 L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004. – La théorie de la perte d'une chance a été au centre d'une importante affaire dans laquelle la Cour de cassation s'est prononcée récemment en chambres réunies. L'analyse de cet arrêt se justifie par le fait qu'aux yeux de certains commentateurs, la Cour a condamné l'interprétation extensive donnée à la notion de perte d'une chance.

Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit: Mlle B., de nationalité marocaine, arrive en Belgique en septembre 1979 pour y poursuivre des études à l'Université de Liège. Peu de temps après son arrivée, elle fait la connaissance de M. V. Ce dernier se montre extrêmement brutal à son égard et lui inflige, à diverses reprises, de nombreux sévices. Mlle B. décide dès lors de rompre toutes relations avec celui-ci et trouve refuge dans un foyer d'accueil. M. V. ne peut accepter cette décision et tente de renouer le contact avec Mlle B., tout en la molestant et en proférant de graves menaces à son encontre. La nuit du 21 au 22 février 1980, Mlle B. est agressée par M. V. à proximité du foyer d'accueil. Ce dernier projette sur son visage et sur son corps de l'acide sulfurique (du vitriol). Le 27 mai 1982, il est condamné par la Cour d'assises de Liège aux travaux forcés à perpétuité.

Par exploits signifiés les 11 et 12 août 1981, Mlle B. et ses parents assignent l'État belge et la Ville de Liège en réparation du préjudice subi. Ils invoquent, à l'appui de leur demande, que les différentes plaintes circonstanciées relatives au comportement et menaces de mort réitérées de M. V.,

78. Cass. 19 janvier 1984, R.G.A.R. 1986, n° 11084¹, note T. VANSWEEVELT.

79. Anvers 30 juin 1997, *Rev. dr. santé* 1999-2000, p. 126; Civ. Louvain 7 novembre 1997, *Rev. dr. santé* 1998-99, p. 226; Anvers 22 mars 1999, *Rev. dr. santé* 2000-01, p. 298; Bruxelles 24 mars 1999, *Rev. dr. santé* 2000-01, p. 305; Mons 23 décembre 1999, *Rev. dr. santé* 2000-01, p. 371; Anvers 30 avril 2001, *Rev. dr. santé* 2002-03, p. 171; Civ. Mons 12 février 2004, R.G.A.R. 2005, n° 14028¹; Civ. Bruxelles 21 avril 2004, J.T. 2004, p. 716; Civ. Dinant 27 juin 2005, R.G.D.C. 2005, p. 491.

80. Voy. notamment les références citées par G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 197-204, n°s 370-373.

81. I. DURANT, *o.c.*, pp. 34-35, n° 20.

82. *Ibid.*, pp. 41-44, n°s 24-27.

83. Nous soulignons.

84. À supposer les fautes établies.

déposées tant auprès de la police communale que du Parquet, seraient restées sans effet. Les autorités publiques auraient ainsi manqué à leur mission de maintien de la sécurité publique et de prévention des infractions, en s'abstenant de prendre une quelconque mesure de nature, soit à empêcher Mlle B. d'être agressée, soit à empêcher M. V. de nuire. Ces carences seraient l'une des causes du dommage subi par Mlle B.

Par jugement du 15 septembre 1992, le Tribunal de première instance de Liège les déboute de leur demande, concluant à l'absence de faute des autorités publiques concernées⁸⁵. Mlle B. et ses parents interjettent appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Liège⁸⁶. La Cour reçoit les demandes, les dit partiellement fondées et condamne l'État belge et la Ville de Liège à réparer *in solidum* la moitié du dommage subi par chacune des parties appelantes. L'État belge et la Ville de Liège se pourvoient en cassation. En leur principal moyen, ils font valoir que le dommage subi par Mlle B. réside dans les conséquences de l'agression dont elle a été victime et que la Cour d'appel ne pouvait déduire des faits de la cause l'existence d'un lien de causalité certain entre les carences et le dommage subi. La Cour de cassation, par un arrêt du 19 juin 1998, fait droit à leur demande et casse l'arrêt de la Cour d'appel de Liège précité⁸⁷.

La Cour d'appel de Bruxelles, à laquelle l'affaire fut renvoyée, déclare fondées les demandes de Mlle B. et de ses parents⁸⁸. L'État belge et la Ville de Liège se pourvoient à nouveau en cassation en invoquant que la Cour d'appel de Bruxelles ne pouvait substituer au dommage subi par Mlle B. un autre dommage consistant dans la perte d'une chance d'être agressée. La Cour d'appel de Bruxelles aurait ainsi violé la notion légale de dommage ainsi que celle de lien causal en retenant un rapport de causalité entre les carences des autorités publiques et la perte d'une chance d'éviter l'agression.

La Cour de cassation, en chambres réunies⁸⁹, casse l'arrêt de la Cour, en motivant sa décision comme suit: "(...) Attendu qu'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*; Que ce lien suppose que sans la faute, le dommage n'eût pu se produire *tel qu'il s'est produit*; Que 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; (...) Attendu que ni par ces considérations ni par aucune autre, l'arrêt attaqué n'exclut que, sans la faute des demandeurs, le dommage invoqué par les défendeurs eût pu

se produire *tel qu'il s'est réalisé*; Qu'il ne justifie dès lors pas légalement sa décision de condamner les demandeurs *in solidum* à réparer ce dommage à raison de quatre-vingts pour cent de ce montant (...)"⁹⁰.

L'affaire est finalement renvoyée devant la Cour d'appel de Mons⁹¹, qui était tenue de se conformer à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par celle-ci (art. 1120 C. jud.). La Cour condamne l'État belge et la Ville de Liège à réparer le dommage subi par la victime et ses parents suite à l'agression. Elle estime, en effet, que la preuve d'un lien causal certain entre la faute des autorités et l'agression est apportée à suffisance, abandonnant le terrain de la perte d'une chance suivi par les Cours d'appel de Liège et de Bruxelles. La Cour précise à cet égard qu'"en raison de la très grande proximité dans le temps entre l'époque où les fautes ont été commises, d'une part, et la réalisation du dommage dont la réparation est demandée, d'autre part, il est démontré que sans ces fautes, M. V. aurait certainement été mis hors d'état de mener jusqu'au bout sa résolution criminelle et n'aurait pas pu commettre l'agression litigieuse au moment et dans les circonstances où il l'a commise, de sorte que le dommage ne serait pas survenu tel qu'il est arrivé". Ainsi, après de longues années de procédure, la victime est enfin indemnisée.

20 Comment interpréter l'arrêt du 1^{er} avril 2004?

– La Cour de cassation sanctionne-t-elle dorénavant le recours à la théorie de la perte d'une chance envisagée dans sa conception extensive? De nombreux doutes subsistent à cet égard. En effet, contrairement à l'avocat général Th. WERQUIN⁹², la Cour ne condamne pas *expressis verbis* cette conception. Un certain flou juridique demeure dès lors tant que la Cour de cassation ne se prononce pas précisément sur ce point.

Selon certains auteurs, la Cour de cassation, en recourant aux termes "dommage réellement subi", semblerait ne plus admettre la conception extensive de la notion de perte d'une chance. La Cour aurait opéré "*un revirement indirect de sa jurisprudence*", aussi regrettable soit-il⁹³.

90. Nous soulignons.

91. Mons 10 octobre 2005, *J.T.* 2005, p. 717.

92. L'avocat général condamne en effet clairement la conception extensive de la perte d'une chance. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 1^{er} avril 2004, il écrit notamment: "On ne saurait donc nier qu'il s'agit d'un artifice de raisonnement inventé dans le but d'éviter l'obstacle que l'exigence d'une causalité certaine est susceptible d'opposer à certaines demandes d'indemnisation dirigée contre l'auteur d'une faute médicale (prouvée) par la victime d'un dommage (également établi). (...) La perte d'une chance est un préjudice imaginaire intercalé entre la faute et le seul préjudice effectif. La théorie de la perte d'une chance de guérison ou de survie est le résultat de l'emploi vicieux de l'expression 'perte d'une chance'".

93. N. ESTIENNE, "L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004: une chance perdue pour les victimes de fautes médicales?", note sous Cass. 1^{er} avril 2004, *J.T.* 2005, p. 359. Voy. également en ce sens, I. BOONE, "Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband", *R.W.* 2004-05, p. 92; F. DELOBBE et C. DELVAUX, "La perte de chance de guérison ou de survie, un préjudice imaginaire", in *Droit médical*, Formation permanente C.U.P., vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 267-289.

85. Ce jugement n'a, à notre connaissance, pas été publié.

86. Liège 27 novembre 1996, *Journ. proc.* 1996-97, n° 318, p. 22.

87. Cass. 19 juin 1998, *Pas.* 1998, I, p. 324.

88. Bruxelles 4 janvier 2001, *Journ. proc.* 2001, n° 410, p. 22.

89. Cass. 1^{er} avril 2004, *J. dr. jeun.* 2004, liv. 239, p. 44, note, *R.W.* 2004-05, p. 106, note I. BOONE, *J.T.* 2005, p. 357, note N. ESTIENNE, *R.G.D.C.* 2005, p. 368, précédé d'une note de C. EYBEN, *NjW* 2005, p. 628, précédé d'une note S. LIERMAN.

Selon une autre opinion, la Cour n'aurait opéré aucun revirement jurisprudentiel. Tout au plus aurait-elle condamné le mauvais usage qui aurait été fait de la théorie de la perte d'une chance par la Cour d'appel de Bruxelles. La motivation développée par le juge d'appel pour contester l'existence d'un lien causal entre les carences des autorités mises en cause et l'agression donnerait à penser que tout espoir d'éviter celle-ci était vain. Ainsi, il ressortirait des considérations de la Cour que la chance perdue d'échapper à l'agression était purement hypothétique. Dès lors, la Cour-Cour n'aurait pas dû octroyer la réparation de cette perte d'une chance qui ne paraissait pas suffisamment sérieuse. Par ailleurs, la Cour d'appel aurait procédé de façon lapidaire à l'évaluation de cette chance en estimant que si des mesures adéquates avaient été prises, Mlle B. aurait eu 80% de chance d'éviter l'agression. La Cour d'appel aurait ainsi "mal appliqué la théorie de la perte d'une chance se contentant d'ordonner la réparation partielle du préjudice réellement subi alors que le lien causal unissant la faute reprochée et ce préjudice réellement subi faisait défaut"⁹⁴.

Pour notre part, nous sommes plus enclins à considérer – à l'instar de la Cour d'appel de Mons – que la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en cette matière. Cette interprétation s'appuie sur différents éléments.

Tout d'abord, la Cour motive sa décision en recourant, à plusieurs reprises, à la notion de "dommage réellement subi" ou encore de "dommage tel qu'il s'est produit ou réalisé", termes qui sont nettement empruntés de l'avis préalable du Ministère public et des moyens invoqués par les demandeurs en cassation. Il peut être raisonnablement déduit de l'usage de ces termes que la Cour estime qu'en cas de survenance d'un dommage, seul celui-ci peut faire l'objet d'une réparation, à l'exclusion de tout autre.

Par ailleurs, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas fait, selon nous, un mauvais usage de la théorie de la perte d'une chance. La Cour d'appel reconnaît en effet qu'aucun lien de causalité certain ne peut être démontré entre, d'une part, les fautes de l'État belge et de la Ville de Liège, d'autre part, le dommage subi par la victime. La Cour poursuit et précise cependant qu'il existe un rapport causal certain, quant à lui, entre lesdites fautes et la perte d'une chance de ne pas être agressée et que c'est ce dommage qui doit être indemnisé. Il est vrai que sa motivation pour exclure tout lien causal entre les fautes reprochées et l'agression pouvait donner à douter aussi de l'intensité du lien causal entre ces fautes et le dommage consistant en la perte d'une chance pour la victime d'échapper à l'agression. Du coup, l'évaluation faite par la Cour, selon laquelle la victime aurait eu 80% de chance de ne pas être agressée si les demandeurs en cassation avaient adopté le comportement d'un bon père de famille, pouvait surprendre ... Cependant, cette évaluation peut s'expliquer

par le fait que la Cour d'appel, à laquelle l'affaire fut renvoyée suite au premier arrêt de la Cour de cassation, a probablement souhaité clarifier les problèmes soulevés et opérer une nette distinction entre le dommage réparable et celui qui ne l'était pas, afin d'éviter que son arrêt soit cassé ultérieurement⁹⁵. Cela n'empêche que la perte d'une chance d'éviter l'agression ne peut pas être considérée comme hypothétique. La cassation ne se justifiait pas, à notre avis, dès lors que la Cour d'appel de Bruxelles ne semble pas avoir méconnu les règles légales régissant la matière. Que du contraire. En outre, l'évaluation de l'ampleur de la perte d'une chance n'est pas chose aisée (*supra*, n° 18). Le juge apprécie souverainement au regard des faits qui lui sont soumis le pourcentage de chance qu'aurait eu la victime de ne pas voir se réaliser le dommage. En l'espèce, la Cour d'appel se réfère "aux motifs ci-avant exposés" pour justifier sa position, à savoir les nombreuses plaintes et les divers préjudices dont la victime avait fait état et la passivité des autorités publiques face à ceux-ci. Le récit de ces motifs constitue d'ailleurs la majeure partie de l'arrêt de la Cour. À nouveau, aucune cassation ne s'imposait à cet égard, la Cour d'appel ayant à suffisance motivé sa décision.

L'arrêt précité de la Cour d'appel de Mons du 10 octobre 2005⁹⁶ paraît confirmer l'analyse selon laquelle seul le dommage réellement subi peut être indemnisé. En effet, lorsqu'elle aborde la notion de "dommage", la Cour précise que "le dommage établi de la victime n'est nullement la perte d'une chance d'éviter l'agression, mais bien l'atteinte grave effectivement portée à son intégrité physique". Se référant aux conclusions de l'avocat général Thierry WERQUIN, la Cour ajoute que "la référence au concept 'vicieux' de la perte d'une chance induit un élément d'aléa qui s'oppose à la notion de certitude". À l'instar de la Cour de cassation, la Cour d'appel semble ainsi condamner le recours à la conception extensive de la perte d'une chance. Cependant, elle estime, à juste titre, que, dans le cas qui lui est soumis, un rapport causal certain est établi entre les fautes des autorités et l'agression et octroie dès lors à la victime la réparation du dommage subi. En l'absence d'une telle certitude causale, il y a tout lieu de croire que la victime n'aurait bénéficié d'aucune indemnisation.

95. Le premier arrêt rendu le 27 novembre 1996 par la Cour d'appel de Liège et qui fut cassé par la Cour de cassation n'est en effet pas très clair. La Cour d'appel n'opère pas de réelle distinction entre les différents dommages, à savoir l'agression et la perte d'une chance dans le chef de la victime de ne pas être agressée, et laisse subsister un doute quant à la certitude causale en précisant, à plusieurs reprises, que le dommage ne se serait "peut-être" pas produit, tout en omettant de préciser qu'il existait cependant un lien causal certain entre la faute et la perte d'une chance de ne pas être agressée. L'on peut dès lors comprendre la raison pour laquelle la Cour de cassation a cassé cet arrêt (C. EYBEN, *o.c.*, p. 317, n° 26). Il convient cependant de préciser que la Cour de cassation motive son arrêt en utilisant déjà les termes "dommage réellement subi". L'on pourrait dès lors considérer que, dès le départ, la Cour n'envisageait pas qu'un autre dommage que celui qui s'est réellement réalisé puisse être réparé. C'est d'ailleurs ce que soulève l'avocat général WERQUIN dans ses conclusions précédant l'arrêt du 1^{er} avril 2004 (p. 3, points a à c, desdites conclusions).

96. Mons 10 octobre 2005, *J.T.* 2005, p. 717.

Le revirement de jurisprudence que la Cour de cassation a vraisemblablement opéré, même s'il peut se justifier, laisse songeur.

De fait, l'extension de la théorie de la perte d'une chance permet de justifier l'octroi d'une indemnisation dans de nombreuses hypothèses où la victime en serait privée si seul le dommage *réalisé* en lien causal avec la faute était susceptible d'une réparation. L'abandon de cette conception extensive risque dès lors de priver nombre de victimes de toute indemnisation. Il est évidemment essentiel de bien circonscrire les cas dans lesquels la victime est en droit d'être indemnisée. Il ne faudrait pas, en effet, que le recours à cette théorie permette une indemnisation indue de la victime. Il convient à cet égard de trouver un juste milieu entre la logique juridique et l'aspiration humaine, aussi justifiée soit-elle, de mettre en avant la personne préjudiciée. Le juge doit dès lors vérifier, en toutes hypothèses, que la chance perdue est bien sérieuse dans le cas qui lui est soumis et justifier le montant alloué à la victime, sans que celui-ci ne puisse être équivalent à celui dont elle aurait bénéficié en cas de réparation intégrale de son dommage ... Le recours à la théorie de la perte d'une chance ne peut en effet permettre à la victime d'obtenir, de manière déguisée, la même réparation que celle dont elle aurait bénéficié si elle avait réussi à apporter la preuve d'une faute en lien causal certain avec le dommage réellement subi.

En outre, juridiquement, la conception extensive du concept de perte d'une chance ne paraît pas inacceptable. On ne peut nier que l'extension de cette théorie constitue un artifice instauré pour favoriser l'indemnisation de la victime. Toutefois, celui-ci ne nous paraît excéder les limites possibles de l'interprétation de la généralité des termes de l'article 1382 du Code civil. De plus, cette indemnisation n'est pas automatique. La victime doit toujours apporter la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal les unissant. L'abandon de cette théorie risque par contre d'entraîner des conséquences nettement plus critiquables. Il n'est en effet pas irréaliste de penser qu'en certaines circonstances, les juges pourraient avoir tendance à se satisfaire d'un lien causal plus lâche de manière à ne pas priver la victime de toute indemnisation. En agissant de la sorte, non seulement le principe de la certitude causale ne serait pas respecté, mais en outre, de nombreuses personnes veraient leur responsabilité aggravée. En effet, dans plusieurs situations, elles devraient indemniser l'intégralité du dommage subi par la victime alors qu'en application de la théorie de la perte d'une chance, seul un pourcentage de ce dommage serait mis à leur charge.

Il paraît dès lors plus sûr et plus équitable de maintenir la conception extensive de la théorie de la perte d'une chance. Espérons que la Cour de cassation belge s'inspirera de son homologue français⁹⁷ et continuera d'appliquer celle-ci.

21 Quid du jugement commenté au regard de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004? – Le recours à

la théorie de la perte d'une chance, envisagée de manière extensive, présente en l'espèce un intérêt pour les parents dans l'hypothèse où le juge estimerait qu'ils ne démontrent pas à suffisance que la mère aurait avorté si elle avait été correctement informée du handicap de l'enfant. Malgré cette incertitude causale, le juge précise en effet qu'ils pourraient à tout le moins bénéficier d'une indemnisation en raison de la perte d'une chance d'"éviter un préjudice grave consistant en une naissance et une vie entachées de séquelles graves et irréversibles". Le juge envisage par ailleurs l'application de cette théorie au profit de l'enfant pour les mêmes raisons. Quelques considérations méritent d'être apportées à *cet égard*.

Il convient tout d'abord de souligner qu'il est impossible de déterminer avec certitude qu'une mère aurait avorté si elle avait été correctement informée par son médecin des risques que son enfant naisse avec un handicap. Un doute subsistera toujours. Il est vrai qu'une certitude judiciaire suffit (*supra*, n° 12). Cependant, rares sont les situations dans lesquelles la preuve d'un tel lien causal peut être considérée comme à suffisance rapportée. On peut imaginer que si une mère avait déjà avorté par le passé (ce qui est le cas en l'espèce) et qu'elle avait clairement manifesté sa volonté d'avorter à nouveau dans des circonstances identiques (ce qui peut être prouvé, notamment, par des témoignages), le juge pourrait estimer, à bon droit, le lien causal suffisamment établi, sans besoin d'invoquer la théorie de la perte d'une chance. Toutefois, dans de nombreuses hypothèses, cette théorie sera d'un grand secours, à défaut d'un lien causal certain entre la faute et la survenance du dommage.

Eu égard à l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 précité, la possibilité pour les demandeurs de recourir à la perte d'une chance est cependant discutable. Si la Cour de cassation a bien opéré un revirement de jurisprudence en cette matière, les demandeurs devraient apporter la preuve d'un lien causal certain avec le dommage réellement subi, ce qui n'est guère aisé. À défaut, aucune indemnisation ne pourrait leur être octroyée. Force est toutefois de constater que le Tribunal de première instance de Bruxelles envisage, quant à lui, le recours à la perte d'une chance. Cela démontre que l'état actuel de la jurisprudence est loin d'être clair *sur ce point*.

Enfin, contrairement au Tribunal de première instance de Bruxelles, nous ne pouvons concevoir le recours à la théorie de la perte d'une chance au profit de l'enfant. En effet, seuls les parents peuvent être indemnisés en raison de l'atteinte portée à la liberté de la mère d'interrompre sa grossesse (*supra*, n°s 14 à 16). Par contre, le dommage de l'enfant qui résulterait du fait d'être né et de vivre avec un handicap

97. En effet, la Cour de cassation française, après avoir opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt du 17 novembre 1982 (Cass. fr. 17 novembre 1982, *Bull. civ.*, I, 1982, n° 333), admet à nouveau la théorie de la perte d'une chance de guérison ou de survie (Cass. fr. 8 janvier 1985, *Bull. civ.*, I, 1985, n° 10. Voy. également les références citées par G. VINEY et P. JOURDAIN, *o.c.*, p. 201, n° 372).

n'est pas un préjudice qui ouvre un droit à réparation. Dès lors, en l'absence de dommage réparable à ce niveau, la théorie de la perte d'une chance ne peut se concevoir en ce qui concerne l'enfant.

22 Conclusion générale. – Dans la logique de la dépénalisation partielle de l'avortement, on peut admettre que les parents obtiennent réparation de leur préjudice résultant de l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés d'exercer un choix en faveur de l'I.V.G., à cause d'une erreur de diagnostic⁹⁸ et, partant, d'une information incorrecte sur la "normalité" de leur enfant à naître. Quant à l'enfant atteint d'un handicap congénital, peut-il pareillement invoquer un dommage réparable? On peut en douter. Accueillir l'action de l'enfant suppose qu'il puisse justifier de la lésion d'un droit subjectif qui, en l'occurrence, ne peut être que celui de ne pas naître, c'est-à-dire de "bénéficier" d'une I.V.G. La reconnaissance de pareil droit conduit à l'aporie juridique, s'accorde mal avec le caractère discrétionnaire de la liberté de l'I.V.G. et ouvre des perspectives humainement et socialement inquiétantes. Le recours à la théorie de la perte d'une chance, dans sa conception extensive, n'est pas d'un meilleur secours à cet égard, d'autant qu'elle semble avoir fait long feu depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004.

Qui peut nier que les personnes handicapées méritent une aide susceptible d'atténuer leur souffrance? Néanmoins, comme beaucoup d'autres auteurs, nous pensons que ces situations dramatiques ne ressortissent pas au droit de la responsabilité civile, mais à un mécanisme de solidarité. L'enfant n'est pas en position de victime, dont il s'agit d'indemniser le dommage au titre de la responsabilité civile, mais en situation de personne handicapée dont l'existence doit être prise en charge par la collectivité⁹⁹.

À ce propos, le jugement commenté reproduit l'opinion émise par F. RIGAUX: "Les auteurs qui paraissent peu favorables à la décision de l'arrêt [Perruche] ou qui émettent une opinion mitigée reconnaissent que la société a le devoir de soulager par une aide appropriée les souffrances des handicapés. La charité plutôt que la justice. Mais la dignité du handicapé est-elle mieux respectée par ceux qui le transforment en assisté social que par ceux qui lui reconnaissent un droit de créance contre les professionnels de la santé publique n'ayant pas su prévenir sa naissance dans les conditions où celle-ci aurait dû être prévisible?"¹⁰⁰.

Dans notre analyse, la dignité du handicapé nous paraît effectivement mieux respectée pour divers motifs d'ordre à

la fois socio-juridique et symbolique. D'un côté, on veut lui reconnaître une créance d'indemnité contre les professionnels de la santé, non sans suggérer que sa naissance est le fruit d'une erreur et de l'impossibilité dans laquelle se sont trouvés ses parents de procéder à son élimination. De l'autre, on est en présence d'une société solidaire, qui se révèle capable d'accueillir les plus fragiles d'entre les siens, en l'occurrence les personnes diminuées physiquement ou intellectuellement, et de leur procurer une aide appropriée sous la forme d'un droit de créance contre l'État. Cette solution nous apparaît plus digne et plus respectueuse des handicapés.

En outre, elle garantit aux médecins, gynécologues, échographistes, biologistes... des conditions de travail plus sereines, à l'abri du spectre d'actions intempestives en responsabilité civile. Ensuite, elle évite que, par un excès de précaution, les futurs parents soient inquiétés inutilement et subissent une pression injustifiée en faveur du recours à l'I.V.G. Enfin, elle est mieux à même d'assurer la paix des familles, dont on n'a vu qu'elle ne manquerait pas d'être ébranlée par des actions dirigées contre les parents, au nom des handicapés ou de leur fratrie.

La charité plutôt que la justice, note malicieusement l'auteur cité par le Tribunal. Point du tout. Plus précisément, la *justice distributive* – qui concerne les rapports entre la société et les individus – plutôt que la *justice commutative* (ou réparatrice) – qui concerne les rapports inter-subjectifs et dont relève la responsabilité civile. C'est donc bien de justice que nous parlons, qui plus est, d'une forme éminente de la justice qui a partie liée à la solidarité. Laquelle est l'honneur d'une société.

98. Pourvu qu'elle fût fautive, ce qui reste à démontrer en l'espèce.

99. Voy., parmi d'autres, J. HAUSER, obs. sous Orléans 5 février 1999, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, p. 83; P. MURAT, obs. précitées, *J.C.P.*, G, 2001, I 293, p. 256; J. SAINTE-ROSE, "La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé. Conclusions orales prises dans l'affaire P...", *o.c.*, p. 320; G. GÉNICOT, *o.c.*, p. 97, n° 43.

100. F. RIGAUX, "Du bon et du mauvais usage de l'alternative", note sous Cass. fr. 17 novembre 2000, *Rev. trim. D.H.* 2001, p. 1265.