

peine d'esquiver l'enjeu véritable de ce douloureux contentieux – à l'absence de lien causal entre la faute de dépistage et le handicap (révélé et subi, par définition, au travers de la naissance).

Il faut insister sur ce que le refus de faire droit à l'action en *wrongful life* intentée au nom de l'enfant devrait aller de pair avec une indemnisation de *l'intégralité du préjudice des parents*, qu'il serait en pareil contexte tout à fait déraisonnable de limiter à la seule perte d'une chance. En ne s'aventurant pas sur le terrain de l'intérêt légitime, mais en se contentant, plus sagelement sans doute, de mettre en exergue l'impossibilité de comparaison en ce qui concerne l'enfant, la Cour, par un arrêt de « politique jurisprudentielle » mûrement réfléchi, contribue à asseoir la certitude que l'action en *wrongful birth* se voit soigneusement préservée, puisque cette comparaison est alors parfaitement possible et ne souffre aucune difficulté. L'arrêt rapporté n'ouvre donc pas la voie à des interprétations hasardeuses centrées sur l'inexistence d'un soi-disant « droit de ne pas naître » qui risquerait d'être opposé à la réclamation des parents en leurs noms personnels. Du même coup, il pourrait bien avoir élevé cette « comparabilité des situations » au rang de principe général du droit de la réparation, visant non seulement à apprécier le *quantum* des préjudices, mais aussi à ne pas qualifier de réparables ceux qui, pour de multiples raisons, ne le sont pas.

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

## Refuser de comparer pour exonérer ?

1. Il n'y aura probablement pas d'affaire « *D* » en Belgique comme il y eut le scandale « *Perruche* » en France. Le temps a passé sur la mémoire de l'affrontement autour du « droit de ne pas naître ». La prise en charge des enfants souffrant d'un handicap apparaît plus efficace en Belgique qu'en France. Surtout l'indemnisation des parents pour leur propre dommage lié au handicap de leur enfant (*wrongful birth*) n'est, à ce jour, pas remise en question par la Cour de cassation.

Dans l'arrêt commenté, la Cour refuse d'indemniser le dommage de l'enfant dont le handicap n'a pas été diagnostiqué (*wrongful life*). La décision prise en assemblée plénière de briser une jurisprudence de fond quasi unanime en sens contraire<sup>1</sup> revêt une dimension éminemment politique, orientée par la portée sociétale que lui prête le juge suprême. Une telle démarche est totalement légitime, surtout dans une matière jurisprudentielle comme le droit de la responsabilité civile<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 21 septembre 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.675, note N. ESTIENNE ; Gand, 3 novembre 2011 (arrêt cassé), *J.D.J.*, 2013, liv. 324, p. 44 (somm.), *R.G.A.R.*, 2013, n° 14943, note D. DE CALLATAY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 817 (somm.), *R.W.*, 2012-13, p. 1308, *Rev. dr. santé*, 2011-12, p. 205, note A. HUYGENS ; Civ. Mons, 6 octobre 1993, inédit, R.G. n° 91637, cité par J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in *Justice et dommage corporel : symbiose ou controverse ?*, J.-P. BEAUCHIER (sous la dir. de), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 91 ; Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2002, p. 483 ; Civ. Bruxelles (72<sup>e</sup> ch.), 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 380, *R.G.D.C.*, 2006, p. 108, note R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ. *Contra* : Mons, 12 octobre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.967, note.

<sup>2</sup> La preuve en est qu'une loi fut nécessaire pour briser la jurisprudence *Perruche* (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002), choix également politique et respectable, pour autant qu'il soit correct en droit. Or certains aspects de la loi française anti-*Perruche* ont été jugés contraires aux droits fondamentaux (Cour eur. D.H., arrêts *Maurice et Draon c. France*, 6 octobre 2005, *RTD civ.*, 2005, 743, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. Voy. Y.-H. LELEU et M. PÂQUES, « Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens », *J.T.*, 2006, 277 ; L. SAUVEUR, « La prise en charge du besoin d'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital non décelé. État actuel du droit français et du droit belge », *Rev. dr. Liège*, 2011, pp. 485-530).



Nous ne partageons pas l'opinion de l'annotateur principal de l'arrêt, Gilles Genicot, que nous remercions de nous avoir associé à ce projet d'annotations séparées. Nous sommes en dialogue sur le *wrongful life* depuis l'arrêt « *Perruche* », que nous avons commenté en sens divergent sur le dommage de l'enfant, et convergent sur le dommage des parents<sup>3</sup>.

Nous rappellerons donc dans un premier temps qu'un arrêt en sens contraire eut été légitime et même de bonne politique jurisprudentielle à notre avis, tout en demeurant conforme au droit belge de la responsabilité civile (1).

Dans un second temps, et tel est l'objectif principal de la présente note, nous invitons les praticiens à la vigilance pour que les moyens de droit auxquels la Cour de cassation fut sensible, ajoutés à ceux qu'elle a écartés, ne soient pas « recyclés » dans une contestation future de l'indemnisation des parents, désormais l'unique voie d'appel du médecin fautif à sa responsabilité (2). La demande des parents requiert en effet une évaluation foncièrement analogue des charges liées à un handicap ou induites par la naissance d'un enfant handicapé, évaluation qui n'a à ce jour pas fait l'objet d'une décision de la Cour de cassation. Or les arguments de droit qui nourrissent les moyens soumis à la Cour sont inspirés par une même rationalité éthique (*pro life*), hostile à toute appréciation de la qualité d'une vie. Il nous paraît important de dévoiler cette logique car elle est ici mise au profit de l'exonération intégrale du médecin, et plus largement se heurte aux bases éthiques du droit biomédical belge, cohérent sur le principe d'autodétermination du patient (*pro choice*)<sup>4</sup>.

### **1. Le choix de ne pas adapter le droit de la responsabilité à un dommage éthiquement irréparable (*wrongful life*)**

2. Le droit français de la responsabilité, pareil au nôtre dans ses normes mobilisables pour le traitement des préjudices liés à la naissance, n'a pas été violé par les arrêts de la Cour de cassation française de 2000 et 2001, à commencer par l'arrêt « *Perruche* ». Tout au plus fut-il adapté à un préjudice inédit en vue de sa réparation, eu égard aux besoins des victimes<sup>5</sup>. Notre droit de la responsabilité ne le serait pas plus si la Cour avait rejeté le pourvoi.

3. Le *dommage* de l'enfant est, à notre avis, réparable *de lege lata*. Depuis toujours, le droit de la responsabilité indemnise des handicaps, compare vie affectée ou libre de handicap, répare le dommage causé par un handicap provoqué par une faute, peu importe si la vie de la personne est techniquement une condition d'existence du handicap.

L'existence même de la loi sur l'interruption de grossesse, en particulier l'interruption thérapeutique de grossesse pour maladie grave du fœtus (I.T.G.), consacre l'existence et la légitimité d'un préjudice lié au handicap que n'efface pas le seul fait de vivre<sup>6</sup>. La dépénalisation de l'euthanasie en Belgique, postérieure au débat « *Perruche* », confirme que l'absence de vie peut légitimement être préférable à la vie qualitativement

<sup>3</sup> G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 79, et *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larquier, 2010, pp. 560 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.

<sup>4</sup> Sur la nécessité dans la présente problématique d'indiquer le courant éthique auquel se rallie l'argumentation juridique : Ph. JESTAZ, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire *Perruche*) », *RTD civ.*, 2001, pp. 554 et 557. Pour une analyse de la stratégie rhétorique dissimulant les positions éthiques dans le présent débat : D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse "Perruche", sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.*, 2002, p. 47.

<sup>5</sup> Y.-H. LELEU, *op. cit.*, n° 18.

<sup>6</sup> F. KÉFER, « La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice ? », note sous Riom, 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, 644 ; P. JOURDAIN, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 13 juillet 2001, *D.*, 2001, p. 337.



diminuée et que seule une appréciation individuelle de la personne concernée, et en aucun cas un jugement normatif de tiers, peut être faite à ce sujet<sup>7</sup>.

Quant à la prétendue nécessité de comparer deux états, base de la cassation dans l'arrêt commenté, elle n'est « que » de jurisprudence constante<sup>8</sup>, à supposer qu'elle constituât une règle de fond relative à la réparabilité du dommage, et non seulement un critère de détermination de l'évaluation, comme le souligne Gilles Genicot. Elle n'est à présent règle de fond, semble-t-il, que par le choix fait par la Cour de constater l'absence de préjudice réparable au motif que le critère maintenu par elle s'avère impuissant à chiffrer le dommage. Dans un droit jurisprudentiel, le dommage réparable est celui que la jurisprudence estime devoir permettre de réparer conformément à la loi, en l'occurrence l'article 1382 ouvert à d'autres modes d'appréciation du dommage.

La Cour française a pour sa part considéré, sans méconnaître le droit, que le dommage réparable est le préjudice lié au handicap, c'est-à-dire le coût des soins particuliers et de l'apaisement des souffrances de l'enfant. Elle substitue ainsi au critère comparatif inefficace un critère d'évaluation abstraite praticable<sup>9</sup>.

De même, le *Hoge Raad* néerlandais estima dans un arrêt du 18 mars 2005<sup>10</sup> « que le juge doit évaluer le dommage de la manière la plus conforme à sa nature » et que « la nature du dommage de l'enfant implique que tous les frais et coûts de son éducation, de ses soins et de la lutte contre les conséquences du handicap, sont intégralement indemnisables pour que soient indemnisées les conséquences de la faute » (traduction libre).

Pour autant, ni le droit français ni le droit néerlandais n'ont abandonné le critère d'évaluation des dommages par comparaison d'états dans d'autres secteurs de responsabilité civile. Ici comme ailleurs, les dommages et intérêts n'ont pas pour seule fonction de replacer les individus dans un *status quo ante*, mais également celle de soulager les souffrances<sup>11</sup>. Les arrêts ouverts au *wrongful life* ont donc, de notre point de vue, affiné l'arsenal normatif du droit de la responsabilité et veillé à l'indemnisation de dommages particuliers.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt commenté, l'avocat général aborde explicitement cette question liée à la plasticité du droit de la responsabilité et déconseille la Cour de s'engager dans cette voie du « *abstracte schade* »<sup>12</sup>. Il n'approfondit, par contre, pas la notion de préjudice par répercussion, qui eut également pu être mise à profit, comme elle semble l'être, sans que l'on ne s'en formalise, pour le dommage du père de l'enfant, alors que la faute médicale est en lien avec l'I.V.G. de la mère. Selon l'avocat général, une telle méthode d'évaluation du dommage repose sur un raisonnement qui évacuerait sans y répondre la question si la vie handicapée peut en soi être un dommage, et qui supposerait qu'un enfant pourrait avoir intérêt à ne pas naître dans certains cas. La Cour adopte implicitement son raisonnement, qui nous paraît circulaire : pour éviter d'avoir à se prononcer sur ces deux questions, la Cour y répond néanmoins en présupposant que le dommage serait la vie handicapée, et que celui-ci serait non comparable à la non-vie. Ceci confirme la nature poli-

<sup>7</sup> Sur la non-pertinence de la représentation de l'enfant dans l'expression de sa plainte, voy. ci-après, n° 9.

<sup>8</sup> En ce sens, citant Cass., 15 mars 1985 : R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, n° 14, p. 124.

<sup>9</sup> P. JOURDAN, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 13 juillet 2001, *D.*, 2001, p. 337, *RTD civ.*, 2001, p. 149.

<sup>10</sup> H.R., 23 mars 2005, affaire *Kelly*, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>11</sup> La victime d'un dommage utilise comme elle l'entend l'indemnité octroyée et n'est pas contrainte de « se remettre en état » lorsque cela est possible.

<sup>12</sup> A.-G. VAN INGEGEM, p. 8. Sur ce concept : E. DIRIX, « *De schade van het gehandicap geboren kind* », note sous Cass. fr., 13 juillet 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 209.



tique – légitime répétons-le – de sa décision, mais n'infirme nullement en droit la possibilité d'apprécier autrement un dommage de *wrongful life*.

4. La *causalité* entre faute et dommage n'était pas questionnée devant la Cour de cassation. Nul ne conteste que le handicap n'est pas causé par le médecin fautif mais par la maladie non diagnostiquée. Est-ce à dire que la causalité fait défaut ? À nouveau, la jurisprudence est maître du droit de la responsabilité, en l'occurrence de l'application de la théorie de l'équivalence des conditions. Ni la Cour de cassation française ni la Cour belge (à ce jour) n'ont estimé devoir écarter cette théorie en matière de *wrongful life/birth*<sup>13</sup>. Seul un regain de la théorie de la cause efficiente pourrait faire prévaloir l'« acte de la nature » sur l'« acte de l'homme ».

On a également douté, en termes de causalité, de la certitude de la mère quant à sa décision d'avorter, mise en balance avec son droit de repentir, sa décision de garder l'enfant. Encore une fois le droit de la responsabilité a les ressources techniques pour s'adapter à une telle contingence, pour éviter qu'un doute remplace une incertitude par une autre, même quand une décision discrétionnaire est en jeu comme en *wrongful birth/life*<sup>14</sup> (théorie de la perte de chances – ici 80 pour cent de chances d'avorter vu le stade très avancé de la grossesse<sup>15</sup>).

5. Enfin la *faute* n'est guère discutée dans la plupart des décisions en *wrongful life* ou *birth*. Fautif est le déficit d'information de la mère qui, d'une part, l'empêche de prendre une décision relative à son corps (l'I.T.G.) et, d'autre part, porte préjudice à l'enfant qui va naître et subit le handicap non décelé.

Seul l'intérêt de l'enfant à se plaindre d'une faute qui ne serait commise qu'à l'égard de la mère est fortement questionné par certains, alors que bizarrement personne ne doute de l'intérêt légitime du père à invoquer un dommage (par répercussion). À tort comme on le verra ci-après (n° 9), plus encore si, comme l'expose le *Hoge Raad* néerlandais, une décision d'interruption *thérapeutique* de grossesse est toujours prise pour partie dans l'intérêt de l'enfant à naître<sup>16</sup>.

## **2. Le risque d'extension des moyens du pourvoi au dommage des parents (*wrongful birth*)**

6. Des moyens de cassation présentés à la Cour, seul celui relatif à la réparabilité du dommage de l'enfant (*wrongful life*) entraîne la cassation.

Les moyens que la Cour n'a pas retenus ont néanmoins un impact potentiel sur l'indemnisation des parents (*wrongful birth*) qu'ils contestent. Plusieurs pourvois

<sup>13</sup> En ce sens à propos de l'arrêt *Perruche* : R.O. DALCQ, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 17 novembre 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 404, p. 13 ; M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.*, 2001, p. 311, n° 28.

<sup>14</sup> Fr. RIGAUX, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 13 juillet 2001, *Rev. Trim. Dr. h.*, 2001, p. 1263.

<sup>15</sup> Pour plus de détails sur cette théorie en droit biomédical : G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *cette revue*, 2009, pp. 1165-1182, et *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 466 et s.

<sup>16</sup> Attendu 4.13. : « *De vrouw dient immers in staat te worden gesteld een goed geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op de belangen van haar nog ongeboren kind, voortzetting of afbreking van haar zwangerschap wenst. Als de behandelaar in de nakoming van deze verplichting jegens de vrouw tekortschiet, handelt hij tevens in strijd met hetgeen hem jegens de ongeborene volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt* ». En Belgique : Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, précité ; Bruxelles, 21 septembre 2010, précité. Dans le même sens, notamment : 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. 490 ; contra : Th. VANSWEELT, *in Th. VANSWEELT et F. DEWALLENS* (éd.), *Handboek gezondheidsrecht. Volume I*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 1401. Le constat est exprimé en termes de « préjudice par répercussion ». Il est évident que ce constat ne justifie pas la crainte, brandie dans le débat « *Perruche* », d'actions en responsabilité de l'enfant contre sa mère, ou du père contre la mère, s'agissant d'une liberté fondamentale, à peine de remettre en cause le fondement autonomiste de la loi sur l'I.V.G.



sont pendents contre des décisions favorables au *wrongful life* et pourraient remettre en cause pour le *wrongful birth* le principe d'une faute médicale, la causalité ou la réparabilité du dommage.

Or il nous semble de bonne politique jurisprudentielle que, d'une part, des fautes de diagnostic ne soient pas totalement exonérées et que, d'autre part, les parents ne soient pas délaissés à la solidarité nationale pour un dommage qu'ils avaient voulu éviter. Le contraire nuirait à l'équilibre médecin-patient et aux bases auto-déterministes de notre droit biomédical.

Que la Cour de cassation mette en doute la réparabilité du dommage des parents ne nous semble pas encore prévisible vu la relative unanimité jurisprudentielle et doctrinale à ce jour. Mais nous n'en sommes pas aussi convaincus que l'annotateur qui nous précède, au vu de la cohérence du pourvoi au-delà des moyens de droit strict : la base éthique privilégie clairement la défense de la vie (*pro life*) au détriment du droit de la mère à l'autodétermination (*pro choice*)<sup>17</sup>.

7. Le premier des moyens rejetés a le plus lourd bagage éthique : l'obligation pour les parents de *limiter leur dommage en donnant leur enfant en adoption*. Il est étonnant de lire le médecin réitérer un argument dûment rejeté en appel, sachant que la jurisprudence de fond est constante à ce sujet<sup>18</sup>. La Cour le rejette pour réponse suffisante et concrète de la cour d'appel, celle-ci ayant rappelé qu'il ne faut attendre de la part des parents que des mesures « raisonnables » de limitation de leur dommage.

De cet argument percole une vision *pro life* dans sa forme la plus tutélaire et un procès d'intention. Pour le médecin, une adoption aurait servi l'intérêt de l'enfant parce que les parents avaient chiffré leur gêne envers son handicap et sa vie. Ils l'auraient privé de l'accueil et des soins d'une autre famille, nécessairement supposée meilleure.

L'inanité de ce propos – que sait le médecin de ce qu'il affirme ? – en atténue la violence mais rappelle à la conscience les liens qui ont pu être faits entre naissances non-désirées et adoptions plus ou moins consenties. Loin d'être anodin, à nos yeux, ce moyen confirme un positionnement en opposition au principe même de toute indemnisation d'un dommage lié à la naissance. Il faut donc inviter les plaideurs à rencontrer précisément et *in concreto* toute argumentation articulée sur le lien entre l'action en responsabilité et un prétendu intérêt de l'enfant à ne plus être élevé par ses parents. Nous espérons qu'une fois mieux saisie de cet argument, par exemple contre un arrêt qui aurait réellement critiqué *in abstracto* l'incongruité d'un devoir d'abandon en adoption, la Cour confirmara la jurisprudence de fond.

8. Un autre moyen, écarté cette fois pour être nouveau et imprécis, s'attaque à la faute et dans cette mesure aussi au dommage des parents. Aussi lourd de sens, il invoque un prétendu *droit fondamental de l'enfant à la vie*<sup>19</sup> ou à la protection de la

<sup>17</sup> Il en va de même, selon nous, du moyen qui entraîna la cassation, car à lire les conclusions de l'avocat général, il repose autant sur un refus de comparer deux états que sur une impossibilité technique d'évaluer une vie.

<sup>18</sup> Notamment dans les affaires de *wrongful pregnancy* (ex. stérilisation déficiente). En ce sens : Civ. Anvers, 26 février 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 401 ; Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-1989, p. 1171. *Contra* et à tort : Liège, 22 janvier 2009, *cette revue*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT ; Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 247, note J. TER HEERDT. Pour une critique approfondie des décisions en sens contraire sous l'angle de la décision interruptive de causalité : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 556-559 ; J. TER HEERDT, « "Wrongful life" en "wrongful birth", een "never ending story" : twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicappt kind weer volop in de schijnwerper plaatsen », note précitée, p. 255.

<sup>19</sup> Article 6.1. de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; article 2.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.



famille dont il dépend<sup>20</sup>. Il conteste par conséquent que soit fautif le médecin qui, sans provoquer le handicap de l'enfant, n'a pas empêché la naissance de celui-ci.

L'affirmation du demandeur que ce moyen doit être retenu « peu importe que le fœtus ou l'embryon soit un enfant au sens de la loi et des dispositions internationales visées » laisse pantois, alors qu'est précisément en jeu l'I.V.G. et, *de lege lata*, le droit de la mère de disposer de son corps, celui-ci comprenant le fœtus jusqu'au début du travail d'accouchement<sup>21</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a rejeté une violation du droit à la vie (article 2 C.E.D.H.) en cas d'homicide involontaire sur fœtus *in utero*<sup>22</sup>. Surtout, dans la présente problématique, elle a condamné la loi française « anti-Perruche » du 4 mars 2002 pour sa rétroactivité, celle-ci ayant été déclarée applicable aux affaires en cours lors de son entrée en vigueur, ce qui privait les enfants concernés d'une espérance légitime de créance, un bien protégé par la Convention (article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H.) (*supra*, note 2).

Une telle confusion de genres et de concepts est, à notre avis, dangereuse en raison de ses enjeux en matière biomédicale. Au nom de droits fondamentaux interprétés selon l'éthique inspirant le pourvoi, le demandeur invite la Cour à se prononcer en faveur de la personnalité juridique du fœtus, sans succès dans l'arrêt commenté.

9. Rappelons à cette occasion, même si ce ne fut pas soumis à la Cour, qu'après la naissance, il n'y a pas de doute selon nous sur la *capacité d'agir de l'enfant*, même en *wrongful life*. Dès sa conception, l'enfant est une personne juridique sujet de droits et recueille tous les droits qui sont à son avantage, et notamment une action en *wrongful life*<sup>23</sup>. Il faut et il suffit qu'il soit né vivant. L'enfant né est représenté par ses parents ou par d'autres si l'on estime, à tort selon nous, que ses parents sont en conflit d'intérêts dans la présente problématique.

Nier la représentation de l'enfant dans l'exercice de son droit mettrait à mal le principe même de la protection des incapables et nierait l'existence de l'enfant comme sujet de droits<sup>24</sup>. Cela nous paraît moins respectueux de sa dignité que ne l'est, prétend-on, le chiffrage de son préjudice.

Dans ses moyens, le médecin n'aperçoit pas la raison d'être d'une représentation puisqu'il dénie à l'enfant le droit de se plaindre du fait d'être né<sup>25</sup>. Est inconcevable à ses yeux que l'enfant « certes représenté », « affirme qu'il aurait préféré ne pas vivre ». On comprend sa logique : prétendre que la plainte de l'enfant serait celle « de ne pas être né » permet de contester qu'il acquiert *in utero* un droit avantageux par l'effet de l'adage *infans conceptus*.

<sup>20</sup> Article 24.1. du Traité international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>21</sup> Cass., 11 février 1987, *J.T.*, 1987, p. 738, note F. KÉFER, *cette revue*, 1987, p. 630, note M. PREUMONT, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 812, conclusions JANSSENS DE BISTHOVEN, note Ch. HENNAU-HUBLET.

<sup>22</sup> Cour eur. D.H., *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, *J.C.P.*, 2004, II, 10158, note M. LEVINET, *D.*, 2004, p. 2456, note J. PRADEL, *A.J.D.A.* 2004, p. 1811, obs. J.-F. FLAUX, *RTD civ.*, 2004, p. 714, obs. J. HAUSER, p. 799, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; dans le même sens : Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, p. 660, n° 14 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 61, n° 90 et p. 63, n° 94.

<sup>23</sup> Gand, 25 mars 1980, *Bull. ass.*, 1980, p. 483 (action en responsabilité civile) ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 18 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylants, 1997, pp. 30-33, n° 20-21.

<sup>24</sup> En ce sens et sur la double négation impliquée par l'argumentaire « anti-Perruche », celle du droit de la mère d'avorter et du droit de l'enfant de se plaindre : O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002.

<sup>25</sup> Dans le même sens : Th. VANSWEEVELT, *in Th. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), Handboek gezondheidsrecht. Volume I*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 1401.



Le vice de ce raisonnement est de prêter de telles pensées ou propos à l'enfant et d'en inférer des conséquences de droit quant à la légitimité de son intérêt. La représentation d'un incapable n'opère en droit ou en fait pas le moindre transfert d'intention ni de pensée, mais organise l'administration personnelle ou patrimoniale de l'incapable dans son intérêt. Ni les parents ni l'enfant n'affirment qu'il aurait préféré ne pas vivre – nul ne le sait lorsque l'enfant n'est pas en état de le dire<sup>26</sup>. Les parents agissent « simplement » en justice dans l'intérêt économique de leur enfant et chiffrent les coûts liés à son handicap qui sont provoqués par la faute du médecin. Personne dans un procès en *wrongful life* ne se plaint d'un « droit de ne pas vivre » ni d'un « préjudice de naissance ». Ces concepts ne sont pas juridiques, mais des artefacts rhétoriques issus des débats autour de l'arrêt « *Perruche* » où ils furent utilisés pour mettre en doute la fiabilité juridique de l'argumentaire des victimes<sup>27</sup>. Le préjudice dit de naissance n'a jamais été indemnisé comme tel par la Cour française ni par la cour d'appel en l'espèce. On retrouve pourtant ces images et ce raisonnement dans les conclusions de l'avocat général précédant le présent arrêt<sup>28</sup>.

10. Enfin, l'affirmation par le demandeur que le dommage serait la *perte d'une chance de faire l'objet d'une I.T.G.* doit aussi être décodée, même si le pourvoi n'était pas dirigé contre la théorie de la perte d'une chance (*supra*, note 15).

En Belgique, cette théorie détermine le dommage et non la causalité quand un facteur d'incertitude existe, notamment dans les espaces de décision de la victime. Son application à l'I.T.G. doit tenir compte des fondements de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse. Comme lors de l'élaboration de la loi dépénalisant l'euthanasie, il a fallu choisir entre une éthique « *pro choice* » et une éthique « *pro life* ». À la base de l'I.V.G comme de l'I.T.G. est la maîtrise de la mère sur son corps et non le droit à la vie de l'enfant, toujours fœtus. Conciliant autodétermination et protection du *nasciturus*, l'I.V.G. est strictement réglementée, aussi dans sa forme thérapeutique, tout en laissant une place prépondérante à la décision de la mère. En conséquence, en cas de doute sur la décision qu'aurait prise la mère parfaitement informée sur le handicap du fœtus, il serait contraire à l'esprit de la loi de supposer qu'elle se serait repentie (*pro life*). Il faut à l'inverse présupposer qu'elle aurait confirmé une démarche qu'elle a entamée par sa demande de diagnostic prénatal (*pro choice*).

Concrètement, réduire dans les futures actions en *wrongful birth* les pourcentages de chances d'I.T.G. au nom du droit de repentir que la loi ouvre à la mère dans son intérêt, serait faire l'assumption qu'une femme décide, sauf preuve contraire, de mener à terme une grossesse malgré l'annonce d'un handicap, et contrarier la règle de réparation intégrale du dommage. Ce serait irréaliste et, plus gravement, contraire à l'esprit de la loi sur l'I.V.G. Comme dans la plupart des lois belges en matière biomédicale, l'individu et le médecin en colloque singulier sont au centre de la réglementation, une vie dût-elle être en jeu.

10. En conclusion, si nous regrettons l'absence d'indemnisation totale des préjudices lié au handicap de l'enfant et l'exonération partielle d'un médecin fautif, nous constatons que le dommage des parents demeure indemnisé en Belgique, à tout le moins n'est pas remis en cause dans l'arrêt commenté, et pourrait même, à suivre

<sup>26</sup> *Contra* : R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, n° 14, p. 124.

<sup>27</sup> D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse "Perruche", sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *R.T.D. civ.*, 2002, pp. 47 et s. Si l'on ne prend pas trop au pied de la lettre juridique l'expression « droit de ne pas vivre », force est de constater, au contraire, qu'à tout le moins un intérêt à ne plus vivre est légitime au regard de la dépénalisation de l'euthanasie. Il nous paraît évident qu'un médecin est responsable du dommage causé par une euthanasie manquée, et ne saurait exciper de l'absence de comparabilité entre les états avec ou sans faute pour s'exonérer.

<sup>28</sup> Conclusions précitées, n° 5.



Gilles Genicot, légitimement être étendu après le décès des parents aux personnes qui prendront en charge ces préjudices.

L'analyse des arguments du pourvoi qui pourraient avoir une incidence négative sur l'indemnisation du dommage des parents est de nature à conforter cette indemnisation, tant ces arguments relèvent d'une éthique incompatible avec les bases du droit biomédical belge. En mettant en lumière les fondements non juridiques de ces arguments, nous pensons contribuer à relativiser leur portée juridique. Comme souvent des intérêts principalement économiques s'affrontent, habillés d'un vêtement éthiquement correct. En prendre conscience aide à comprendre ou conduire une politique jurisprudentielle dans laquelle le dommage de l'individu lésé ne devrait pas être nié ou aggravé par un conflit de valeurs dont les implications sociétales dans la problématique qui nous retient ne sont à ce jour nullement démontrées.

Yves-Henri LELEU  
Professeur à l'U.Lg. et à l'U.L.B.  
Avocat au barreau de Liège

## Tribunal civil du Brabant wallon (référés) 12 décembre 2014

**Prisons – Droits de l'homme - Traitements inhumains et dégradants – Grève des agents pénitentiaires – Atteinte aux droits fondamentaux des prévenus – Référez - Compétence – Injonction de restaurer le régime habituel de détention.**

*Les États sont tenus de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui ne le soumettent pas à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une détention.*

*Lorsqu'une grève des agents pénitentiaires entraîne une violation des droits fondamentaux des détenus, le juge des référés est compétent pour enjoindre à l'autorité administrative de prendre les mesures nécessaires aux fins de faire cesser pareille voie de fait et, ainsi, de restaurer, sans délai, le régime habituel de détention appliqué au sein de l'établissement pénitentiaire.*

(X.)

(...)

La demande a pour objet :

- d'enjoindre à l'État belge de restaurer, sans délai, le régime habituel de détention appliqué au sein de l'établissement pénitentiaire d'Ittre en manière telle que le requérant puisse être traité en conformité avec les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et la loi belge ;
- de condamner l'État belge à une astreinte de 15.000 euros par jour de retard à dater du lendemain du jour du prononcé de l'ordonnance à intervenir.

Le requérant est actuellement détenu à la prison d'Ittre.

Suivant les explications qu'il fournit, les agents pénitentiaires de l'établissement en cause ont entamé, le matin du 7 décembre 2014, un mouvement syndical et, depuis lors, il reste confiné dans une cellule de 10 m<sup>2</sup> et est privé :

- de douches ;
- d'accès au préau ;

