

Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé

Gilles GENICOT¹

Résumé

L'arrêt de la Cour de cassation française du 17 novembre 2000, dit "arrêt Perruche", a condamné un médecin et un laboratoire d'analyses médicales à indemniser un enfant né lourdement handicapé des suites de la rubéole dont sa mère était infectée et qui n'avait pas été diagnostiquée au cours de la grossesse. Cette décision a frappé les esprits et a suscité une quantité de commentaires doctrinaux sans précédent en France. Le principe de l'indemnisation, limitée au cas où il existe une "relation de causalité directe" entre les négligences médicales et le handicap affectant l'enfant, a été rappelé par trois arrêts de la Cour de cassation française du 13 juillet 2001. Cette orientation de la juridiction suprême brise une résistance quasi unanime des juridictions inférieures et pose de nombreuses questions fondamentales, non seulement quant au lien de causalité requis, mais quant au dommage réparable dans le chef de l'enfant et à l'acquisition du droit subjectif d'en réclamer l'indemnisation. Ces arrêts de la plus haute importance offrent l'occasion de se pencher sur l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine concernant cette question, principalement en France où elle s'est déjà posée à de nombreuses reprises. Les réflexions conduites chez nos voisins constituent une source d'inspiration très utile pour les juridictions belges qui pourraient être à l'avenir confrontées à de telles demandes. On voudrait proposer ici une réflexion et une analyse critiques sur les aspects juridiques de ce drame humain.

Samenvatting

Het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 17 november 2000, het zogenaamde "arrêt Perruche", heeft een geneesheer en een laboratorium voor geneeskundige analyse veroordeeld tot betaling van schadevergoedingen aan een kind dat met een ernstige handicap werd geboren ingevolge de "rode hond" (rubeola) waarmee zijn moeder was besmet en die niet was ontdekt tijdens de zwangerschap. Die beslissing heeft de geesten beroerd en heeft een stroom stellingnamen op gang gebracht zoals de Franse rechtsleer er nog nooit een had gekend. Het beginsel van de schadevergoeding – beperkt tot het geval waarin een "band van rechtstreekse oorzakelijkheid" bestaat tussen de medische nalatigheid en de handicap waarmee het kind behept is – werd door drie arresten van het Franse Hof van Cassatie van 13 juli 2001 bevestigd. Die wending van het hoogste rechtcollege doorbreekt het nagenoeg eenstemmige verzet van de lagere rechtscolle-

ges en stelt tal van wezenlijke vragen, niet alleen in verband met het vereiste oorzakelijk verband, maar ook betreffende de herstelbare schade in hoofde van het kind en de verwerving van het subjectieve recht om de vergoeding daarvan te vorderen. Die uiterst belangrijke arresten bieden de gelegenheid om zich te bezinnen over het geheel van de rechtspraak en de rechtsleer over die aangelegenheid, in het bijzonder in Frankrijk waar ze al herhaaldelijk aan de orde is geweest. De overwegingen die bij onze bureaus worden gemaakt, zijn een heel nuttige bron van inspiratie voor de Belgische rechtscollèges die in de toekomst met gelijksoortige vorderingen zouden te maken kunnen krijgen. Hier wil men een kritische bezinning en ontleding brengen van de juridische kanten van dit menselijk drama.

Introduction

1 L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation française du 17 novembre 2000 a provoqué une onde de choc qui s'est propagée avec une rapidité sans précédent, tant dans les médias qu'au sein du milieu doctrinal. Jamais une décision de justice n'avait suscité autant de commentaires et déchaîné autant de passions. Cette décision, est-il besoin de le rappeler, permet à un enfant né lourdement handicapé suite à la contamination par le virus de la rubéole au cours de la grossesse de demander réparation de son préjudice au médecin qui avait fautiveusement conclu que sa mère était immunisée contre cette maladie. Le principe d'indemnisation de l'enfant affecté d'un handicap congénital non diagnostiqué, déjà exprimé 4 ans plus tôt par la première chambre civile, a été réaffirmé par l'assemblée plénière dans trois arrêts du 13 juillet 2001 et dans un arrêt du 28 novembre 2001. L'Assemblée Nationale et le gouvernement français se sont saisis de cette question et une loi a été votée, en réaction de la jurisprudence de la Cour de cassation, le 10 janvier 2002.

Il s'agit d'une décision tout à fait fondamentale en droit civil, qui dépasse le strict cadre des arrêts d'espèce en matière de responsabilité médicale et même le champ du droit de la responsabilité civile, et comporte des répercussions extra-juridiques, philosophiques ou métaphysiques. La position adoptée par la haute juridiction française doit être replacée dans le contexte général de la réponse juridique apportée au dommage constitué par un handicap; le droit français, très riche sur ce plan, est indéniablement susceptible d'éclairer et d'influencer le nôtre. C'est pourquoi cette étude sera très fortement orientée vers le droit français, le but étant, autant que faire se peut, de s'enrichir de cette expérience pour être

1. Avocat au barreau de Liège

mieux à même d'apporter nos propres réponses à ces problèmes lorsqu'ils nous seront posés.

2 Dans ce cadre, la présente étude a pour objet de synthétiser les réponses jurisprudentielles apportées aux actions en responsabilité introduites à la suite de la naissance d'un enfant handicapé et d'éclairer les implications de cette jurisprudence. La question s'axe autour d'une distinction capitale entre deux actions: l'action en *wrongful birth*, introduite par les parents en leur nom propre pour obtenir réparation du préjudice que leur cause la naissance d'un enfant handicapé, et l'action en *wrongful life*, introduite par l'enfant, ou plus généralement par les parents en son nom, en vue de l'indemnisation du préjudice que lui cause son état de personne handicapée². Ces termes d'origine anglo-saxonne sont communément traduits par "naissance préjudiciable" et "vie préjudiciable". Il convient néanmoins de relever qu'aux États-Unis, contrairement à ce que l'on semble parfois croire, la tendance n'est pas à l'admission des actions en *wrongful life*, malgré certaines décisions contraires³.

L'émergence de telles demandes indemnitaires suppose que le diagnostic des anomalies fœtales soit techniquement possible⁴. Ce sont donc les progrès constants du diagnostic prénatal qui ont permis à ce contentieux de voir le jour⁵, couplés à la faculté d'interruption volontaire de grossesse thérapeutique ainsi qu'à l'accès à la procréation médicalement assistée en cas de danger de transmission d'une maladie grave. En accroissant la maîtrise scientifique de la procréation et en ouvrant d'un point de vue juridique un champ de liberté, on s'exposait à voir apparaître de telles demandes qui interpellent le droit bien au-delà du strict cadre de la responsabilité médicale.

3 La jurisprudence de la Cour de cassation française en matière de responsabilité médicale ne semble pas tou-

jours empreinte de la plus parfaite cohérence. Quelques jours avant l'arrêt du 17 novembre 2000, elle a décidé que "la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient"⁶, au motif que, dans une telle hypothèse, le dommage subi par le patient ne découle pas de sa faute, si tant est qu'il en ait commis une. Or, dans l'hypothèse que nous envisageons, la survenance du dommage pouvait être prévue, mais pas évitée, sauf par un choix qui appartient intimement à la mère et se distingue radicalement du rôle du médecin. Face à une telle irrésistibilité de l'événement dommageable, on tend normalement à juste titre à conclure à l'existence d'une cause étrangère libératoire⁷. Le moins que l'on puisse dire est dès lors que l'orientation suivie par la haute juridiction n'est pas sans poser de nombreuses questions, éthiques mais surtout juridiques, tant celle-ci a imposé sa solution sans véritablement convaincre de sa pertinence et en laissant entendre qu'elle pouvait avoir raison contre tous⁸.

4 Après avoir envisagé les deux types de préjudices dont la réparation est poursuivie en cas de naissance d'un enfant handicapé, selon que l'action est intentée par les parents (I) ou par l'enfant (II), nous nous concentrerons sur l'aspect le plus problématique, à savoir l'admission de l'action en *wrongful life* exercée par l'enfant; on exposera les obstacles qui nous semblent s'y opposer (III), avant d'examiner l'impact qu'elle est susceptible d'avoir sur la relation médicale (IV).

I. L'indemnisation nécessaire du préjudice des parents

5 Les lois belge et française reconnaissent aux parents la faculté d'interrompre la grossesse en cas de risque sérieux d'infirmité de l'enfant (art. 350 C. pén.; art. L. 162-12 C. santé publ.). Se pose dès lors la question de savoir s'ils peuvent faire état d'un préjudice indemnisable lorsqu'ils n'ont pas disposé de tous les éléments leur permettant de prendre une décision en ce sens⁹. Leur action sera fondée sur la responsabilité médicale contractuelle, qu'ils pourront engager, en tant que créanciers d'une obligation de soins (limitée au diagnostic) ou à tout le moins d'une obligation d'information, s'ils établissent que celle-ci n'a pas été correctement exécutée, c'est-à-dire s'ils prouvent une faute, un dommage et un lien de

2. Sur la typologie des différentes actions, S. DE MEUTER, "Wrongful life, wrongful birth, wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen, theoretisch raamwerk, proeve van probleemoplossing", in *Liber amicorum E. Krings*, Gand, Story-Scientia, 1991, p. 61.

3. S. DE MEUTER, *o.c.*, p. 65; sur les vertus du droit comparé et l'utilité des expériences étrangères dans ce type de contentieux, B. MARKE-SINIS, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche*", *RTDCiv.* 2001, p. 77, sp. pp. 97-102. De nombreux pays rejettent la possibilité pour un enfant d'agir en responsabilité en cas de malformations congénitales (J.-L. FAGNART, "To be or not to be?", *Journ. Proc.* 15 déc. 2000, pp. 20-21).

4. Les lois françaises de bioéthique du 29 juillet 1994 prévoient et encadrent le diagnostic prénatal (art. L. 162-16 C. santé publ.), avec pour corollaire la possibilité de procéder à un avortement dit "thérapeutique" en cas de diagnostic défavorable (art. L. 162-12 du même code).

5. L. FINEL, "La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales", *RD sanit. soc.* 1997, p. 223; *adde* I. FLORENTIN, Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître, in *Le droit saisi par la biologie*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 109; L. GAVARINI, "Experts et législateurs de la normalité de l'être humain: vers un eugénisme discret", in *Le magasin des enfants*, J. TESTART (dir.), François Bourin, 1990 et *Folio/Actuel*, 1994, p. 217.

6. Cass. fr. Civ. 1e 8 novembre 2000, *Gaz. Pal.* 17-19 déc. 2000, p. 48, note J. BONNEAU, *Petites Aff.* 4 déc. 2000, note S. PRIEUR, *Deffr.* 2001, art. 37309, n° 18, obs. J.-L. AUBERT.

7. Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Economica, 4e éd., 1998, n° 723; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, vol. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 1999, n° 210.

8. R. LIBCHABER, "Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation?", *RTDCiv.* 2001, p. 229.

9. Il faut y ajouter l'hypothèse où les parents sollicitent un diagnostic préconceptionnel en vue de s'assurer de l'absence de risque d'une procréation naturelle; en effet, si un tel risque existe, ils pourront avoir recours à une procréation médicalement assistée (art. L. 152-2, al. 2 C. santé publ.).

causalité¹⁰.

6 Dans les hypothèses envisagées, la faute consiste essentiellement en une mauvaise information des parents qui les empêche de prendre une décision éclairée quant à l'interruption volontaire de grossesse (outre les rares hypothèses dans lesquelles la faute consiste à avoir mal pratiqué cette intervention). La caractérisation précise de la faute reprochée aux praticiens est fonction des données particulières de chaque espèce, telles qu'elles ressortent en général du rapport d'expertise, et ne soulève pas de difficultés spécifiques¹¹. Les diverses espèces examinées enseignent que cette mauvaise information peut résulter d'un conseil préconceptionnel erroné, d'un défaut de prescription d'une analyse prénatale obligatoire ou qui s'imposait dans les circonstances, d'une interprétation hâtive et erronée d'une analyse effectuée ou, en ce qui concerne le laboratoire, de la manière dont celle-ci l'a été. L'erreur de diagnostic doit être caractérisée, car la réussite du diagnostic n'est pas une obligation de résultat¹²: seules les erreurs présentant un certain degré de gravité pourront être considérées comme fautives, selon les circonstances, en application des règles gouvernant la responsabilité médicale¹³. Par contre, le manque d'information sur le caractère faillible des examens, en tant que lacune dans la seule obligation d'information, a désormais tendance à être apprécié plus sévèrement par les juges.

7 La réponse judiciaire à la demande d'indemnisation parentale s'est forgée en deux temps. Après qu'ait été posé le principe selon lequel la naissance d'un enfant ne peut en soi constituer un préjudice dont les parents peuvent se plaindre (A), du moins si cet enfant naît en parfaite santé, il a été admis que s'il naît handicapé, les parents pourront être indemnisés du préjudice qui découle pour eux de ce handicap (B).

A. Le principe: la naissance d'un enfant ne constitue pas un préjudice réparable

8 L'action ici envisagée peut être désignée par le terme *wrongful pregnancy*, que l'on peut traduire par "gros-

sesse préjudiciable". Il s'agit de l'hypothèse où les parents ne désiraient pas d'enfant, et invoquent un préjudice dès lors qu'ils en mettent un au monde, indépendamment de tout handicap; c'est le cas où une naissance fait suite à l'échec d'une stérilisation ou d'une interruption volontaire de grossesse¹⁴. La réponse jurisprudentielle est sans équivoque: *la naissance d'un enfant en bonne santé ne peut constituer un préjudice dont ses parents peuvent obtenir réparation*. Dans un arrêt du 2 juillet 1982¹⁵, le Conseil d'État français pose que "la naissance d'un enfant, même si elle est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption d'une grossesse ..., n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation ..., à moins qu'existent des circonstances ou une situation particulières susceptibles d'être invoquées par l'intéressée"¹⁶. Il n'y a pas de préjudice parce que la mère qui ne désirait pas mettre un enfant au monde ne peut invoquer aucun droit qui aurait été violé par la faute du médecin: l'enfant à naître doit être protégé, et l'avortement n'est pas un droit mais une simple tolérance dérogatoire¹⁷ (*infra*, n° 37).

Les précédentes réponses des juridictions de l'ordre judiciaire n'étaient pas uniformes¹⁸. La Cour de cassation a pris position dans un arrêt de la première chambre civile du 25 juin 1991¹⁹ rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 6 juillet 1989²⁰. A une jeune femme qui se plaignait de ce que l'échec d'une

10. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck-Université, 2001, pp. 97-138; *adde* D. MALICIER e.a., *La responsabilité médicale: données actuelles*, Lyon, Eska-Lacassagne, 2e éd., 1999; S. WELSCH, *Responsabilité du médecin. Risques et réalités judiciaires*, Litec, 2000.
11. S'agissant en particulier de l'affaire Perruche, G. MÉMETEAU, "L'action de vie dommageable", *J.C.P.* 2000, I, 279.
12. Sur la nécessité de caractériser la faute de diagnostic, Ch. BYK, "L'embryon jurisprudentiel", *Gaz. Pal.* 24-25 oct. 1997, p. 46; N. GOMBAULT, "La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus", *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 816; M.-L. FORTUNÉ-CAVALIÉ, "Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé: vers "l'œuf transparent"?", *Méd. & Droit* 1998, n° 33, p. 17; *adde* le jugement longuement motivé du T.G.I. de Montpellier du 15 décembre 1989 (*J.C.P.* 1990, II, 21556, note J.-P. GRIDEL, *Gaz. Pal.* 1994, I, somm., p. 211, note J. GUIGUE).
13. M.-A. HERMITTE, "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gaz. Pal.* 24-25 oct. 1997, p. 76; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 4e éd., 2000, n° 582.

14. R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *R.W.* 1986-87, col. 2737, sp. col. 2755-2762; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical, précité*, pp. 173-174, n° 212 et p. 179, n° 220; H. NYS, "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.* 1988-89, p. 1156, à l'occasion du jugement du T.P.I. Courtrai 3 janvier 1989, *R.W.* 1988-89, p. 1171, qui indemnise le dommage matériel des parents dans une telle hypothèse. Rapp. l'hypothèse d'une naissance consécutive à un viol, dans laquelle la mère a droit à l'indemnisation du préjudice matériel résultant du coût de l'entretien et de l'éducation de cet enfant "imposé" ainsi que de son préjudice moral: Bruxelles 8 mai 1985, *J.T.* 1986, p. 252, note A.-Ch. VAN GYSEL.
15. C.E. ass. 2 juillet 1982, *D.* 1984, somm., p. 21, obs. F. MODERNE et P. BON et jur., p. 425, note J.-B. D'ONORIO, *Gaz. Pal.* 1983, I, p. 193, note F. MODERNE, *RD sanit. soc.* 1983, p. 95, concl. M. PINAULT.
16. Ce tempérament, non défini par la haute juridiction, suppose une appréciation au cas par cas en fonction des circonstances. Selon le commissaire du gouvernement, cela couvre notamment "le cas évident de la naissance d'un enfant handicapé, où l'existence d'un préjudice ne souffre pas de discussion".
17. En ce sens, apparemment hostiles au principe même de l'avortement, J.-B. D'ONORIO, note préc., p. 427; Ph. LE TOURNEAU, note sous Riom 6 juillet 1989, *D.* 1990, p. 286 et s.; J.-P. GRIDEL, note sous T.G.I. Montpellier 15 décembre 1989, *J.C.P.* 1990, II, 21556. En droit belge, F. KÉFER, note sous Riom 6 juillet 1989, *J.T.* 1990, p. 645; S. DE MEUTER, *o.c.*, p. 72.
18. T.G.I. Le Mans 22 novembre 1983, *Gaz. Pal.* 1984, I, somm., p. 121; T.G.I. Evreux 21 décembre 1979, *D.* 1981, p. 185, note J. PENNEAU, *RD sanit. soc.* 1981, p. 246, obs. L. DUBOIS; T.G.I. Bobigny 15 décembre 1976, *D.* 1977, p. 245, note Ph. LE TOURNEAU, *RD sanit. soc.* 1977, p. 34, obs. L. DUBOIS; 9 février 1983, *J.C.P.* 1984, II, 20149, note A. DORSNER-DOLIVET, *RD sanit. soc.* 1983, p. 701, obs. L. DUBOIS.
19. Cass.fr. Civ. 1e 25 juin 1991, *D.* 1991, p. 566, note Ph. LE TOURNEAU, *J.C.P.* 1992, II, 21784, note J.-F. BARBIÉRI et I, 3593, p. 277, obs. P. MURAT, *RTDCiv.* 1991, p. 706, obs. J. HAUSER et p. 753, obs. P. JOURDAIN.

I.V.G. avait entraîné la naissance d'un enfant qu'elle considérait comme préjudiciable, il fut répondu que "l'existence de l'enfant qu'elle a conçu *ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable*, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse", et ce, "en l'absence d'un *dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité*".

La formulation des deux juridictions est donc fort semblable, tant dans le principe (le fait de donner la vie ne saurait être, en soi, la source d'un dommage) que dans son tempérament (hypothèse où un préjudice particulier est démontré). Le raisonnement des deux juridictions suprêmes est fondé sur l'absence de préjudice réparable²¹ et non sur le lien de causalité, que l'on pourrait considérer comme présent si l'on retenait l'existence d'un préjudice²². Par contre, le Hoge Raad néerlandais a admis, contre l'opinion de son avocat général, dans une hypothèse où un enfant était né en bonne santé après que le gynécologue eut fautivement ôté un stérilet à la mère sans l'en informer, l'indemnisation des coûts d'éducation et d'entretien de l'enfant, mais non du dommage moral²³. Le Tribunal de première instance de Courtrai a adopté la même attitude dans un jugement du 3 janvier 1989²⁴; de même, la Cour d'appel du Québec raisonne de manière pragmatique en considérant que "la naissance non désirée d'un enfant... peut constituer, selon les circonstances, un préjudice susceptible d'ouvrir un droit à la réparation... en faveur des parents". Cette demande n'est pas considérée comme se heurtant à l'ordre public; la discussion se concentre sur le montant de l'indemnisation postulée²⁵.

9 Les circonstances susceptibles d'amener les juridictions à adopter la position inverse et à considérer la naissance d'un enfant comme constituant un préjudice dans le chef de ses parents paraissent essentiellement recouvrir, outre l'hypothèse, difficile à concrétiser, d'un traumatisme physique ou psychique particulier entraîné pour la mère par la naissance et dont elle parviendrait à

apporter la preuve, l'infirmité dont l'enfant serait affecté²⁶. Le Conseil d'État français a eu l'occasion, dans un arrêt du 27 septembre 1989²⁷, de mettre en œuvre l'exception au principe qu'il avait formulé dans l'arrêt précité du 2 juillet 1982. L'hypothèse était dramatique et exceptionnelle: non seulement le médecin s'était fautivement abstenu de vérifier le résultat de l'I.V.G. à laquelle il avait procédé, mais encore cette intervention avait-elle causé un grave traumatisme au fœtus et nécessité l'amputation de la jambe droite de l'enfant à la naissance. A juste titre, le Conseil d'État s'écarte de l'arrêt de 1982 et alloue une indemnité tant à l'enfant (pour les souffrances physiques, le préjudice esthétique et les troubles dans ses conditions d'existence) qu'à la mère (pour les troubles dans ses conditions d'existence résultant de l'infirmité dont son fils est atteint). Dans cette affaire, l'indemnisation de l'enfant ne posait aucun problème car son infirmité était la *conséquence directe* de la faute médicale. Le dommage allégué n'était pas la naissance en tant que telle, mais la mutilation de l'enfant, reliée de manière évidente à la faute commise²⁸. Cette hypothèse se distingue nettement de celle de l'arrêt Perruche et des autres cas similaires de malformation *congénitale*.

B. L'exception: la naissance d'un enfant handicapé

10 Est ici en cause l'action en *wrongful birth*, visant à réparer le préjudice des parents en cas de naissance d'un enfant atteint d'un *handicap congénital non détecté au cours de la grossesse* alors que les parents avaient entrepris une démarche particulière pour en vérifier l'absence. Ils sont alors admis à postuler l'indemnisation de leur propre préjudice, étant donné que la faute commise lors du diagnostic prénatal est la cause directe de celui-ci; ce préjudice consiste dans la lésion de leur droit légal de demander l'avortement thérapeutique, lorsque les conditions en sont réunies, dont résulte l'obligation d'élever un enfant handicapé avec le coût supplémentaire que cela suppose. Le devoir légal d'entretien et d'éducation imposé par l'article 203 du Code civil ne rompt pas le lien de causalité entre la faute et le préjudice, car ce devoir est *alourdi* du fait du handicap et c'est cet alourdissement qui aurait pu être évité en l'absence de faute²⁹. Pour pouvoir exercer ce droit de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, les parents doivent être en possession de tous les facteurs qui concourent à une prise de décision éclairée³⁰. S'ils ont été privés d'une information

20. Riom 6 juillet 1989, *D.* 1990, p. 284, note Ph. LE TOURNEAU, *D.* 1991, somm., p. 179, obs. J. PENNEAU, *J.T.* 1990, p. 643, note F. KÉFER.

21. Il reste que l'on peut se demander, avec F. KÉFER, si "une société admettant l'avortement ne reconnaît pas qu'une naissance puisse ne pas être considérée comme un événement heureux" (note préc., p. 645); cet auteur relève également à juste titre que ne peut être considéré comme illégitime "le dommage né de l'inexécution d'une convention licite" (p. 646). Comp. les obs. préc. de P. JOURDAIN.

22. Comp. sur ce point les obs. préc. de P. MURAT, P. JOURDAIN, J.-F. BARBIÉRI et J. PENNEAU.

23. H.R. 21 février 1997; décision commentée et approuvée par B. VAN ROERMUND, "De rekening van het kind: aansprakelijk voor 'wrongful birth'", *R.W.* 1996-1997, p. 1313; comp. l'opinion plus nuancée de C.J.J.M. STOLKER, "Who's afraid of wrongful birth?", *W.P.N.R.* 1997, p. 191.

24. T.P.I. Courtrai 3 janvier 1989, *précité*; décision commentée par H. Nys, *o.c.*

25. C.app. Québec 23 octobre 1995, *R.G.A.R.* 1997, n° 12719.

26. En ce sens, F. MODERNE et P. BON, obs. préc.; J.-F. BARBIÉRI, note préc. *Contra*, Ph. LE TOURNEAU, note préc.

27. C.E. fr. 27 septembre 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 421, concl. M. FORNACCIARI, *D.* 1991, p. 80, note M. VERPEAUX, *D.* 1990, somm., p. 298, obs. P. BON et P. TERNEYRE, *RFDAdm.* 1991, p. 325, note M.-P. DESWARTÉ. Rapp. l'arrêt du 17 janvier 1990 (*D.* 1990, p. 254, concl. B. STIRN), par lequel le Conseil d'État indemnise l'enfant victime d'une grave infirmité causée par la faute commise par le service hospitalier lors de l'accouchement.

28. Dans le même sens, Mons 29 juin 1998, *J.L.M.B.* 1999, p. 307 (enfant né macrosome alors que ce handicap eût pu être évité si la décision de pratiquer une césarienne avait été prise).

29. Rapp. A.-Ch. VAN GYSEL, note sous Bruxelles 8 mai 1985, *J.T.* 1986, p. 255 et les réf. citées.

essentielle par la faute du médecin³¹, ils doivent être indemnisés des conséquences du non exercice du droit dont ils jouissaient, autrement dit, dans l'hypothèse envisagée, des conséquences de la naissance d'un enfant handicapé, tant matérielles (charges supplémentaires liées au handicap de l'enfant) que morales (impossibilité de se préparer psychologiquement à l'accueil d'un enfant handicapé et alourdissement sensible du climat familial).

Cela étant, la faculté de procéder à une I.V.G. étant reconnue *personnellement à la mère*, sans qu'elle ait à se justifier³², il n'est pas permis d'affirmer avec une absolue certitude que, si elle avait eu connaissance de cette information qui lui a été tue, la mère aurait opté pour l'interruption volontaire de grossesse, eût-elle été catégorique à ce sujet lors de la consultation. D'où surgit une difficulté pour appréhender de telles demandes indemnitaires, parce qu'il faut "déterminer ce qu'une personne aurait fait si elle s'était trouvée dans une autre situation"³³.

11 Les juridictions ayant traité du contentieux objet de cette étude ont dans un premier temps raisonné en termes de *perte d'une chance* de procéder à une I.V.G.³⁴, avant que les arrêts rendus par le Conseil d'État et la Cour de cassation en la matière retiennent une causalité directe et prononcent donc une indemnisation intégrale du préjudice des parents consécutif à la naissance d'un enfant handicapé. La Cour d'appel de Paris a statué le 17 février 1989 dans une hypothèse similaire à celle de

l'arrêt Perruche³⁵. A propos d'un cas où l'amniocentèse pratiquée sur une femme enceinte âgée de 42 ans n'avait pas permis de déceler l'anomalie chromosomique dont était atteint le fœtus, et où l'enfant est née trisomique, le Tribunal de première instance de Montpellier a rendu un jugement longuement motivé le 15 décembre 1989³⁶. Dans les trois affaires ayant donné lieu aux arrêts de la Cour de cassation du 13 juillet 2001, les parents avaient été indemnisés au fond de leur propre préjudice, consistant dans la privation de la possibilité de recourir à une I.V.G. thérapeutique³⁷. Quels que soient les termes utilisés, le principe du droit à l'indemnisation des parents pour leur propre préjudice est désormais acquis en France; il a été consacré tant par le Conseil d'État que par la Cour de cassation.

12 Le Conseil d'État s'est prononcé le 14 février 1997, dans un contexte similaire à celui de l'affaire Perruche, sur une action en responsabilité engagée contre un hôpital public par les parents d'un enfant né trisomique après une erreur de diagnostic prénatal ayant conclu à l'absence d'anomalie et ayant donc empêché la mère de procéder à une I.V.G.³⁸. La faute consistait ici en l'absence d'information sur la faillibilité de l'amniocentèse dans les conditions dans lesquelles elle avait été pratiquée, autrement dit dans le fait d'avoir induit le patient en erreur en présentant à tort un résultat comme certain sans le relativiser³⁹. La haute juridiction administrative a condamné le service hospitalier à verser aux parents, en réparation de "leur préjudice moral, des troubles dans leurs conditions d'existence et de certains éléments des préjudices matériels" dont ils faisaient état (charges particulières de soins et d'éducation spécialisée découlant de l'infirmité de leur enfant), une indemnité personnelle et une rente mensuelle pendant toute la durée de vie de l'enfant, considérant que la faute commise devait être regardée comme la *cause directe* des préjudices entraînés

30. Sur l'information et le consentement du patient, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *o.c.*, pp. 55-96.

31. Il faut exclure l'hypothèse où le risque était indécélable au moment de l'examen, pour autant que celui-ci ait été conduit de façon diligente et à intervalles réguliers.

32. Le père n'est aucunement associé à sa décision, comme le souligne l'arrêt du Conseil d'État français du 31 octobre 1980 (*D.* 1981, p. 38, concl. GENEVOIS et somm., p. 167, obs. F. MODERNE et P. BON, *J.C.P.* 1982, II, 19732, note F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ).

33. J. ROCHE-DAHAN, note sous *Cass.fr. Civ.* le 26 mars 1996, *D.* 1997, p. 38; comp. P. JOURDAIN, obs. sous les mêmes arrêts, *RTDCiv.* 1996, p. 626.

34. Sur la notion de perte de chance, fréquemment appliquée dans le domaine de la responsabilité médicale mais d'un maniement complexe, P. JOURDAIN, obs. in *RTDCiv.* 1992, p. 109 et 1994, p. 110; G. MÉMETEAU, "Perte de chances et responsabilité médicale", *Gaz. Pal.* 24-25 octobre 1997, p. 22; M. HEERS, "L'indemnisation de la perte d'une chance", *Gaz. Pal.* 22-23 mars 2000, p. 7; I. VACARIE, "La perte d'une chance", *R.R.J.* 1987, p. 903; C. RUELLAN, "La perte d'une chance en droit privé", *R.R.J.* 1999, p. 729; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 7e éd., 1999, n° 671; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du domaine corporel*, Dalloz, 4e éd., 2000, n° 582-2; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Economica, 4e éd., 1998, n° 656; Ph. LE TOURNEAU et L. CADDIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 670-671 et 2034; S. WELSCH, *Responsabilité du médecin. Risques et réalités judiciaires*, Litec, 2000, n° 131-134; L. FINEL, "La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales", *RD sanit. soc.* 1997, pp. 226-229. Pour des hypothèses proches de celle qui nous occupe, Dijon 6 septembre 1995, *Gaz. Pal.* 1998, I, p. 350 (les conditions dans lesquelles l'accouchement s'est déroulé ont fait perdre à l'enfant une chance sérieuse de ne pas être atteinte d'encéphalopathie ou d'en être atteinte moins gravement); *Cass.fr. Civ.* le 18 janvier 1989, *Bull.* I, n° 19 (l'absence fautive d'un médecin lors de l'accouchement a privé l'enfant d'une chance de naître sans une paralysie dont il est resté atteint).

35. Paris 17 février 1989, *D.* 1989, somm., p. 316, obs. crit. J. PENNEAU.

36. T.G.I. Montpellier 15 décembre 1989, *J.C.P.* 1990, II, 21556, note J.-P. GRIDEL, *Gaz. Pal.* 1994, I, somm., p. 211, note J. GUIGUE. Dans le même sens, Versailles 8 juillet 1993, *D.* 1995, somm., p. 98, obs. J. PENNEAU. *Adde* les décisions citées par N. GOMBAULT, "La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus", *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 816.

37. Pour plus de précisions, le rapport de M. BLONDET et les conclusions de M. SAINTE-ROSE précédant ces arrêts.

38. C.E. 14 février 1997, *J.C.P.* 1997, II, 22828, note J. MOREAU, I, 4025, n° 19, obs. G. VINEY, 4045, n° 7, obs. P. MURAT et 4072, n° 38, obs. J. PETIT, *D.* 1997, somm., p. 322, obs. J. PENNEAU, 1998, somm., p. 294, obs. S. HENNERON et 1999, somm., p. 60, obs. P. BON et D. DE BÉCHILLON, *RD publ.* 1997, p. 1139, notes J.-M. AUBY et J. WALINE, *RFDAdm.* 1997, p. 374, concl. V. PÉCRESSE, note B. MATHIEU, *Petites Aff.* 28 mai 1997, note S. ALLOITEAU, *A.J.D.A.* 1997, p. 430, note D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *RD sanit. soc.* 1998, p. 94, note MAILLOL.

39. Ce raisonnement est notamment appliqué dans le domaine de la chirurgie esthétique (sur l'étendue particulière de l'obligation d'information du médecin dans ce cadre, *Cass.fr. Civ.* le 17 février 1998, *D.* 1998, I.R., p. 81, *J.C.P.* 1998, I, 144, obs. G. VINEY). Lorsqu'une incertitude pèse sur le résultat d'un examen, le diagnostic définitif ne peut être porté qu'après que le médecin eut conduit de nouvelles investigations (C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life: nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek?", *T.Gez.* 1998-99, p. 287).

pour les parents par la naissance d'un enfant trisomique, car c'est l'absence d'information qui les a amenés à laisser se poursuivre la grossesse jusqu'à son terme.

13 La Cour de cassation a adopté la même position dans deux arrêts du 26 mars 1996⁴⁰, mais sans circonscrire de manière aussi précise le préjudice réparable dans le chef des parents, de sorte que l'on a pu écrire que le médecin "est bien tenu responsable du préjudice que constitue pour les parents la naissance même de l'enfant" et en déduire que "la Cour de cassation admet désormais sans aucun détour les actions en *wrongful birth* en cas de naissance d'un enfant gravement malformé"⁴¹. Dans cette analyse, c'est donc bien la naissance d'un enfant handicapé qui porte en elle-même préjudice aux parents⁴².

14 Le principe de l'indemnisation des parents est donc acquis, même si l'on n'est pas certain qu'ils auraient fait procéder à une I.V.G. en cas de diagnostic alarmant, en vertu de l'idée qu'il n'est pas nécessaire d'avoir assuré son cocontractant que l'on entendait se prévaloir d'un droit accordé par la loi pour ensuite se plaindre qu'il a fautivement rendu son exercice impossible⁴³. Par contre, cette certitude a son importance quant à la détermination du *montant* qui leur est alloué: si l'on raisonne selon la théorie de la perte d'une chance, il est nécessaire d'évaluer l'importance de la chance perdue et pour cela, de déterminer l'orientation probable du choix des pa-

rents s'ils avaient été correctement informés⁴⁴. A cet égard, leurs déclarations lors de l'examen médical sont de la plus haute importance: si l'on peut être quasiment sûr de la décision qu'ils auraient prise, il sera possible de voir non seulement un lien causal certain entre la faute et la perte d'une chance de décider en pleine connaissance de cause⁴⁵, mais même de dépasser cette notion pour indemniser l'entier préjudice résultant pour eux de la naissance d'un enfant handicapé, à l'instar des deux hautes juridictions françaises, en considérant que la "chance" perdue est proche d'une certitude⁴⁶. C'est vers cette analyse que s'oriente à juste titre la jurisprudence.

15 Encore convient-il d'évoquer une condition supplémentaire, qui découle de la nature du préjudice retenu dans le chef des parents: il faut que le handicap décelé soit suffisamment grave pour autoriser un avortement thérapeutique. Dès lors que le préjudice invoqué par les parents consiste dans la lésion de leur droit d'y recourir, il est évidemment nécessaire qu'ils aient été dans les conditions requises par la loi pour pouvoir exercer ce droit: c'est précisément ce que rappelle la Cour de cassation française, à propos de l'action exercée au nom de l'enfant, dans les trois arrêts du 13 juillet 2001, où l'indemnisation est refusée car il n'était pas établi que les conditions prescrites par le Code de la santé publique étaient réunies⁴⁷. En droit belge, cela signifie qu'il doit être "certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic" (art. 350, al. 2, 4° C. pén.)⁴⁸. La loi française semble moins stricte, se contentant d'une "forte probabilité", ce qui, comme le note M. l'Avocat général SAINTE-ROSE, laisse la place au doute; il ajoute à juste titre que la recherche *a posteriori* de la présence de cette condition et la supposition de ce qu'aurait été la volonté de la mère correctement informée deviennent impossibles une fois l'enfant né.

16 La solution retenue par les juridictions suprêmes françaises s'agissant du préjudice des parents en cas de naissance d'un enfant handicapé nous semble devoir être pleinement approuvée. Il est souhaitable et logique que

40. Cass.fr. Civ. 1e 26 mars 1996 (2 arrêts), *D.* 1997, p. 35, note J. ROCHE-DAHAN, *J.C.P.* 1996, I, 3946, n° 6, obs. P. MURAT et 3985, n° 19, obs. G. VINEY, *RTDCiv.* 1996, p. 623, obs. P. JOURDAIN et p. 871, obs. J. HAUSER, *Petites Aff.* 6 décembre 1996, p. 22, note Y. DAGORNE-LABBÉ. Dans la première affaire, un médecin avait fautivement donné à un couple, lors d'une consultation génétique préalable à toute grossesse, un conseil favorable excluant le risque de réapparition dans sa descendance des troubles dont le mari était atteint. Cette faute a été jugée comme étant "en relation directe avec le désir de conception d'un enfant et la naissance d'un enfant atteint de la maladie de son père", ce qui autorisait la cour d'appel à accueillir la demande d'indemnisation formée par les parents tant à titre personnel qu'au nom de leur enfant. La seconde affaire est l'affaire Perruche; la cour n'étant saisie que de la demande formée au nom de l'enfant, sa décision sera analysée *infra*.

41. J. ROCHE-DAHAN, note préc.

42. Ce qui représente une extension de la jurisprudence antérieure, qui n'indemnisait que la perte d'une chance d'interrompre la grossesse (Y. DAGORNE-LABBÉ, note préc.; M. DEGUERGUE, "Les préjudices liés à la naissance", *Resp. civ. et ass.* mai 1998, p. 18). M. le conseiller SARGOS confirme que désormais, la théorie de la perte d'une chance n'a plus lieu de s'appliquer en la matière et qu'il convient de réparer l'entier préjudice subi par les parents du fait de la naissance d'un enfant handicapé. Ceci a été consacré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française dans un arrêt du 28 novembre 2001 (*J.T.* 2001, 896, concl. J. SAINTE-ROSE, rapp. H. BLONDET).

43. On pourrait objecter que si les parents, correctement informés, avaient néanmoins décidé de garder l'enfant, il serait abusif de leur permettre d'exciper de ce défaut d'information pour obtenir l'indemnisation d'une naissance qu'ils auraient de toute façon assumée. Mais nul ne peut être assuré que celui qui se plaint d'une atteinte fautive à ses droits les aurait effectivement exercés en l'absence de celle-ci; cela ne doit pas l'empêcher d'être indemnisé pour avoir été privé de la possibilité de le faire. On rejoint en quelque sorte ici le principe de la libre utilisation par la victime de l'indemnité qui lui est allouée en réparation (sur lequel, E. DIRIX, "Abstracte en concrete schade", *R.W.* 2000-01, p. 1332, n° 6 et les réf. citées).

44. H. NYS, "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.* 1988-1989, p. 1161.

45. P. JOURDAIN, obs. in *RTDCiv.* 1992, p. 113.

46. C. JONAS, "L'enfant préjudice", *Méd. & Droit* 1997, n° 26, p. 15; M.-L. FORTUNÉ-CAVALIÉ, Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé: vers "l'œuf transparent"? *Méd. & Droit* 1998, n° 33, p. 17; A.-M. LUCIANI, "La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital", *Petites Aff.* 27 juin 1997, p. 19.

47. Cass. ass. plén. 13 juillet 2001, *D.* 2001, p. 2325, note P. JOURDAIN, *J.P.C.* 2001, II, 10601, concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS. En ce sens: G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1998, n° 249-3, p. 16. Adde T.A. Strasbourg 17 juillet 1990, *Gaz. Pal.* 1991, I, p. 52, concl. M. HEERS ("la seule circonstance de la naissance d'un enfant atteint de malformations congénitales survenant après un examen à l'occasion duquel lesdites malformations n'ont pas été décelées n'est pas en elle-même génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir aux parents un droit à réparation").

48. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical, précité*, pp. 172-173, n° 210-211.

soient indemnisés *tant leur préjudice moral que leur préjudice matériel* entraîné par les frais supplémentaires d'éducation et de soins de l'enfant, car cette détresse et ces dépenses supplémentaires leur sont incontestablement préjudiciables et n'auraient pas été subies si une I.V.G. avait pu être pratiquée⁴⁹. Si l'on octroie aux parents une rente tout au long de la vie de l'enfant en réparation de leur propre préjudice, l'enjeu de la définition de celui-ci devient "plus symbolique que matériel"⁵⁰. Octroyer aux parents, agissant en leur nom personnel, la plus large indemnisation possible ne nous paraît pas poser, dans ces hypothèses dramatiques et rares, de problèmes juridiques ou éthiques. Cette solution est dès lors à préconiser en ce qu'elle permet d'éviter de devoir indemniser l'enfant en son nom propre, dès lors que sa prétention se heurte à des obstacles beaucoup plus sérieux.

II. L'indemnisation contestable du préjudice de l'enfant

17 Lorsque c'est le préjudice personnel de l'enfant dont la réparation est demandée, le plus souvent par ses parents en son nom, on parle d'action en *wrongful life*. C'est de cette action dont il est surtout question aujourd'hui après l'arrêt du 17 novembre 2000. Comme le rappelle la Cour de cassation, l'enfant agit sur la base de l'article 1165 du Code civil: en tant que tiers à la relation contractuelle, il est admis à invoquer la faute contractuelle commise par le médecin pour mettre en cause la responsabilité extra-contractuelle de celui-ci⁵¹. La réparation du préjudice personnel de l'enfant est sans conteste le point central de la matière, celui qui soulève le plus de difficultés. La jurisprudence tant judiciaire qu'administrative semblait clairement fixée (A), jusqu'à ce que la Cour de cassation prenne une position inverse de celle des autres juridictions à ce propos (B).

A. La position traditionnelle de la jurisprudence: indemnisation refusée

18 En cas de handicap congénital non diagnostiqué au cours de la grossesse ou non prévu avant la conception, l'absence de lien de causalité entre la faute médicale incriminée et l'état de l'enfant à la naissance fait *prima facie* obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande d'indemnisation présentée en son nom. Même si l'on s'abstient d'exiger un lien de causalité direct au profit de la seule perte d'une chance, il faut se demander *quelles étaient les chances de l'enfant d'éviter de naître handicapé*: dans le cas classique du diagnostic prénatal erroné, tel celui de l'arrêt Perruche, ces chances étaient *nulles* dès lors que la mère était *déjà atteinte de la rubéole au moment où les fautes ont été commises*⁵². Il est capital d'avoir à l'esprit qu'un diagnostic correct n'aurait rien changé à l'état de l'enfant; la seule façon d'éviter le handicap (ou plutôt son apparition) était *d'éviter la naissance elle-même*. Cette observation conditionne l'analyse des décisions et permet de comprendre que *c'est bien la naissance* qui a été retenue par la Cour de cassation dans l'affaire Perruche comme le préjudice évitable par l'absence de faute.

19 Les juridictions de fond qui ont d'abord été confrontées à cette prétention ne sont pas allées jusque là; elles s'en sont en général tenues, pour rejeter l'action de l'enfant lui-même, au constat évident *d'absence de lien de causalité* entre les fautes médicales et le handicap génétique. On citera en ce sens le jugement précité du tribunal administratif de Strasbourg du 17 juillet 1990⁵³ ainsi que les arrêts précités de la Cour d'appel de Paris du 17 février 1989⁵⁴ et de la Cour d'appel de Versailles du 8 juillet 1993⁵⁵. On trouve cependant dans certaines décisions des allusions à *l'absence même d'un préjudice indemnisable* dans le chef de l'enfant: le tribunal de grande instance de Montpellier, dans son jugement précité du 15 décembre 1989, ne se contente pas de relever que l'anomalie chromosomique dont est atteinte l'enfant n'est

49. Au titre du préjudice moral, on pourra inclure le traumatisme soudain accompagnant la naissance, qui eût pu être atténué si les parents, correctement informés, avaient pu se préparer psychologiquement à celle-ci et au handicap de leur enfant: J. PENNEAU, obs. sous Paris 17 février 1989, *D.* 1989, somm., p. 316; L. FINEL, "La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales", *RD sanit. soc.* 1997, pp. 229-231. Adde N. GOMBAULT, *o.c.*, pp. 819-821.

50. M.-A. HERMITTE, "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gaz. Pal.* 24-25 octobre 1997, p. 77.

51. Sur la responsabilité extra-contractuelle d'un contractant envers un tiers, Cass.fr. Civ. 1e, 18 juillet 2000, *J.C.P.* 2000, II, 415, rapp. P. SARGOS, *Contrats Conc. Consom.* 2000, n° 175, obs. L. LEVENEUR, *RTDCiv.* 2001, p. 146, obs. P. JOURDAIN; Cass.fr. Civ. 1e 15 décembre 1998, *Defr.* 1999, p. 745, note D. MAZEAUD, *Contrats Conc. Consom.* 1999, n° 37, obs. L. LEVENEUR, *RTDCiv.* 1999, p. 623, obs. J. MESTRE; Cass.fr. Civ. 1e 21 mai 1997, *Contrats Conc. Consom.* 1997, n° 128, obs. L. LEVENEUR, *J.C.P.* 1998, II, 10057, note MAUGER-VELPEAU, *RTDCiv.* 1998, p. 115, obs. P. JOURDAIN; G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1995, n° 209-215; Ph. LE TOURNEAU et L. CADJET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 303-304; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Economica, 4e éd., 1998, n° 749-751; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, vol. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 1999, n° 183.

52. Comp. Cass.fr. Civ. 1e 7 juin 1988, *Bull. civ.*, I, n° 180: il n'y a pas de perte de chance d'éviter une surdité dès lors qu'il était impossible de poser un diagnostic avant l'apparition de ce phénomène ou d'entreprendre un traitement de prévention.

53. L'échographie n'ayant pas permis de déceler les malformations du membre supérieur dont l'enfant était victime, le tribunal affirme que "l'erreur de diagnostic invoquée ... ne peut en aucune façon être à l'origine desdites malformations" et ajoute qu'il n'existait aucune "mesure thérapeutique susceptible d'être mise en œuvre avant la naissance de l'enfant et de nature à réduire, voire à supprimer lesdites malformations".

54. Hypothèse identique à celle de l'affaire Perruche, où la sérologie de la rubéole avait été mal interprétée et donc le handicap de l'enfant n'avait pas été décelé; la Cour estime que le contrôle mal effectué "ne pouvait pas permettre de prévenir les anomalies dont le fœtus devait être irrémédiablement atteint".

55. Le médecin s'étant abstenu d'informer les parents du risque de trisomie affectant l'enfant, la Cour souligne que celle-ci "est inhérente à sa personne et ne résulte pas des négligences reprochées aux médecins et à l'hôpital". Après avoir ainsi conclu à l'absence de lien causal, la Cour ajoute néanmoins que "ne saurait être considéré comme une perte de chance le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse". Adde les décisions citées par N. GOMBAULT, *o.c.*, p. 820.

aucunement la conséquence du résultat erroné de l'amniocentèse, mais condamne en termes très nets la demande présentée par les parents en son nom, considérant que "toute admission de la recevabilité de son action reviendrait à lui permettre une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir et de mener à terme une grossesse lui ayant donné la vie, qui seule lui a conféré la personnalité physique lui permettant d'être sujet de droit" et mettant l'accent sur "l'antinomie radicale entre le droit civil actuel et de telles demandes où le droit de la responsabilité pourrait infiltrer la genèse même de la vie ...".

Dans l'affaire Perruche elle-même, la Cour d'appel de Paris a jugé, le 17 décembre 1993⁵⁶, que "les très graves séquelles dont est atteint l'enfant n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ... mais seulement la rubéole que lui a transmise *in utero* sa mère; cette infection au caractère irréversible est *inhérente à la personne de l'enfant* et ne résulte pas des fautes commises par les médecins". Elle ajoute que "le fait pour un enfant de devoir supporter les conséquences de la rubéole, faute pour sa mère d'avoir décidé une interruption de grossesse, ne peut à lui seul constituer un préjudice réparable".

20 Une autre affaire très intéressante a donné lieu à plusieurs décisions successives; les parents n'agissaient qu'au nom de l'enfant et pas en leur nom propre. Ils reprochaient à un médecin de ne pas avoir demandé la sérologie de la rubéole lors de l'examen prénuptial, alors que celle-ci est imposée par la loi, la mère ayant contracté et transmis à son enfant cette maladie⁵⁷. Dans un arrêt du 8 mars 1990⁵⁸, la Cour d'appel de Pau estime que le comportement fautif du médecin a "participé à la réalisation du dommage subi par l'enfant" et "a contribué ainsi, d'une manière manifeste et non équivoque, à la perte pour cet enfant d'une chance de naître indemne des handicaps causés par la maladie"⁵⁹. Cette analyse a été

confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 16 juillet 1991⁶⁰.

Statuant sur renvoi dans cette affaire, la Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 26 janvier 1995, a refusé de s'incliner à propos du préjudice de l'enfant⁶¹. Elle situe son argumentation non pas sur le lien de causalité, que la Cour de cassation lui imposait de retenir, mais sur le caractère *légitime de l'intérêt invoqué par l'enfant* pour demander réparation, et rejette son action en posant 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 pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques". La juridiction bordelaise a ainsi le mérite de s'être placée sur le terrain des *droits subjectifs* et d'avoir insisté sur le *paradoxe* qu'il y aurait à reconnaître un tel droit à l'enfant né handicapé parce que ses parents ont été privés de la possibilité de pratiquer une I.V.G. Comme l'a bien montré un auteur, si l'on veut déclarer le médecin responsable des troubles dont souffre l'enfant, on se heurte à l'absence évidente de *lien de causalité*, sauf circonstance particulière; si l'on entend, plus justement sur le plan technique, le déclarer responsable de la vie même de l'enfant, c'est alors la *légitimité de l'intérêt sur lequel repose l'action* qui pose problème⁶². Cette question semble bien être l'obstacle le plus manifeste à une prise en compte de la demande formulée au nom de l'enfant.

21 L'hostilité unanime des juridictions de fond envers le préjudice allégué par l'enfant dans les hypothèses envisagées⁶³, approuvées par la quasi-totalité des commentateurs de l'époque, a été relayée par le Conseil d'État: dans l'arrêt précité du 14 février 1997, il a estimé, annulant de ce chef l'arrêt déferé, qu'il n'y avait *pas de lien de causalité directe* entre la trisomie dont est affecté l'enfant, qui est "inhérente à son patrimoine génétique", et la faute reprochée au centre hospitalier, à savoir l'interprétation erronée de l'amniocentèse et le fait de n'avoir pas signalé à la mère que les résultats de cet examen,

56. Paris 17 décembre 1993, *D.* 1995, somm., p. 98, obs. J. PENNEAU.

57. Deux autres médecins étaient mis en cause pour ne pas avoir diagnostiqué la maladie lors de la grossesse. Le cas du premier médecin était ici particulier, en ce sens que s'il n'avait pas commis la faute qui lui était reprochée, la mère aurait pu se faire vacciner et ainsi éviter que son enfant soit atteint des séquelles de la rubéole. La situation des médecins qui interviennent au cours de la grossesse, comme c'était le cas dans l'affaire Perruche, est radicalement différente puisqu'ils ne pouvaient plus intervenir pour éviter que celui-ci le soit.

58. Pau 8 mars 1990, *D.* 1991, somm., p. 357, obs. crit. J. PENNEAU.

59. Tandis que les deux autres praticiens, au moment où ils sont intervenus, ne disposaient "d'aucun moyen de prévenir les malformations dues à une rubéole congénitale, la vaccination n'étant plus possible ... et aucune thérapie sûre ne permettant de pallier à l'heure actuelle les conséquences pour le fœtus d'une telle rubéole".

60. Cass. fr. Civ. 1e 16 juillet 1991, *J.C.P.* 1992, II, 21947, note A. DORSNER-DOLIVET, *Gaz. Pal.* 1992, 1, somm., p. 152, note F. CHABAS ("perte d'une chance pour l'enfant d'éviter de devoir supporter les conséquences de la rubéole"). Il est à noter que les deux commentateurs critiquent, tout comme M. PENNEAU, le recours à la notion de perte d'une chance, vu le haut degré de certitude présent. Rapp. Cass.fr. Civ. 1e 3 février 1993, cité par L. FINEL, *o.c.*, pp. 231-232: le traitement du fœtus *in utero* contre la toxoplasmose était possible avec de grandes chances de succès si l'affection avait été décelée; la Cour relève l'existence d'un lien de causalité entre "les fautes du médecin et la perte pour l'enfant d'une chance de naître indemne ...".

61. Bordeaux 26 janvier 1995, *J.C.P.* 1995, IV, 1568, *RTDCiv.* 1995, p. 863, obs. J. HAUSER; décision pleinement approuvée par Ph. LE TOURNEAU et L. CADIEU, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 688.

62. J. ROCHE-DAHAN, note sous Cass.fr. Civ. 1e 26 mars 1996, *D.* 1997, p. 38.

63. Également manifestée dans les trois affaires ayant donné lieu aux arrêts du 13 juillet 2001 par les Cours d'appel de Versailles, Metz et Aix-en-Provence en raison du défaut de lien causal entre les fautes retenues et l'état de l'enfant.

compte tenu des circonstances dans lesquelles il avait été conduit, pouvaient être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle⁶⁴. Le Conseil d'État reconnaît par là que la maladie de l'enfant n'a en rien été aggravée par l'échec de l'examen destiné à la diagnostiquer⁶⁵. Mais il semble qu'au-delà, ce soit en fait surtout le *caractère non indemnisable du préjudice allégué* qui l'ait conduit à rejeter toute indemnisation de l'enfant lui-même: celui-ci ne peut demander réparation de son handicap, puisque la faute médicale n'en est pas la cause; la seule conséquence de cette faute est la naissance elle-même, qui ne peut être érigée en préjudice⁶⁶. L'affaire Perruche étant largement semblable à celle-ci, la rupture entre les deux hautes juridictions françaises à propos du caractère réparable du préjudice de l'enfant apparaît nettement.

B. La position de la Cour de cassation consacrée par l'arrêt du 17 novembre 2000: indemnisation acceptée

22 En effet, la Cour de cassation française ne s'est pas inscrite dans la lignée de cette jurisprudence unanime. La position qu'elle a adoptée le 26 mars 1996, consacrée le 17 novembre 2000 et répétée le 13 juillet 2001 la conduit à accepter l'indemnisation de l'enfant dans des hypothèses de handicap congénital non décelé au cours de la grossesse. Son appréhension du lien causal est différente: s'il n'y a sans doute pas de lien causal entre la faute et le *handicap*, il en existe un entre la faute et la *naissance*, qui est la suite logique du préjudice causé aux parents en ce qu'elle est la conséquence évidente de l'impossibilité dans laquelle ils ont été placés de procéder à une interruption volontaire de grossesse. C'est dès lors la *notion de préjudice indemnisable* qui évolue avec ces arrêts; il ne suffit pas de dire que le lien causal aurait été étendu au-delà de toute évidence.

23 Dans l'espèce tranchée par l'arrêt précité du 16 juillet 1991, au moment où le médecin est intervenu, il restait possible d'agir, au moyen d'une vaccination, pour éviter la contamination par la rubéole, ce qui fait que le lien de causalité se trouvait réalisé. La faute commise était incontestablement en relation causale avec le préjudice de l'enfant: son handicap provient d'une maladie dont sa mère aurait pu ne pas être atteinte si le comportement du médecin avait été diligent. Par contre, dans l'affaire

Perruche ou les autres cas similaires, *même en ne commettant aucune faute*, le médecin et le laboratoire *n'auraient pas pu éviter le préjudice dont se plaint l'enfant*. Cette circonstance n'a pas empêché la Cour de cassation, dans les deux arrêts déjà cités du 26 mars 1996⁶⁷, de franchir un pas important en faisant droit aux demandes indemnitaires présentées par des parents pour le compte de leur enfant handicapé, alors que ce handicap n'a pas été causé par les fautes reprochées aux médecins incriminés. Ces arrêts préfigurent en tous points celui qui sera ensuite rendu le 17 novembre 2000⁶⁸.

Dans la première affaire⁶⁹, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir indemnisé tant les parents, pour le préjudice à eux causé par cette naissance consécutive à une mauvaise information, que l'enfant... en quelque sorte pour avoir eu le malheur de naître, forcément affecté de la maladie en question. Or la faute commise par le médecin en rassurant les parents est certes à l'origine de leur désir parental, mais aucunement du handicap congénital de l'enfant: le lien de causalité est à cet égard affirmé sans la moindre démonstration, par adoption des considérations de l'arrêt attaqué. En agissant diligemment, le médecin aurait pu faire en sorte que les parents ne mettent pas l'enfant au monde, mais certainement pas qu'ils le mettent au monde en bonne santé. Bref, dans cette espèce également, le seul préjudice rattachable à la faute reprochée au médecin est *l'existence de l'enfant* et non son handicap⁷⁰.

24 La seconde affaire concerne les époux Perruche. On se permettra, pour une relation circonstanciée des données de fait, de renvoyer au rapport et aux conclusions précédant l'arrêt du 17 novembre 2000⁷¹. On rappellera toutefois que la rubéole est susceptible de provoquer de graves malformations du fœtus lorsqu'elle atteint une femme enceinte non immunisée⁷². Le rapport d'expertise conclut que le résultat de l'analyse effectuée durant la grossesse était erroné, le laboratoire ayant commis une

64. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 21 novembre 1991 avait décidé le contraire et condamné le centre hospitalier à réparer tant envers les parents qu'envers l'enfant les conséquences dommageables de l'infirmité dont celui-ci était atteint à la naissance.

65. Selon les conclusions de Mme PÉCRESE, commissaire du gouvernement, "un enfant ne peut pas se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents, même s'il est atteint d'une maladie incurable ou d'un défaut génétique, dès lors que la science médicale n'offrait aucun traitement pour le guérir *in utero*. Affirmer l'inverse serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues et imposer à la mère une sorte d'obligation de recourir, en cas de diagnostic alarmant, à une interruption volontaire de grossesse" (RFDA *Adm.* 1997, p. 374).

66. J. PETIT, obs. in *J.C.P.* 1997, I, 4072, n° 38; P. BON et D. DE BÉCHILLON, obs. in *D.* 1999, somm., p. 62.

67. Cass.fr. Civ. 1e 26 mars 1996 (2 arrêts), *D.* 1997, p. 35, note J. ROCHE-DAHAN, *J.C.P.* 1996, I, 3946, n° 6, obs. P. MURAT et 3985, n° 19, obs. G. VINEY, *RTDCiv.* 1996, p. 623, obs. P. JOURDAIN et p. 871, obs. J. HAUSER, *Petites Aff.* 6 décembre 1996, p. 22, note Y. DAGORNE-LABBÉ; *adde* Ch. BYK, *L'embryon* jurisprudentiel, *Gaz. Pal.* 24-25 octobre 1997, p. 46.

68. Pour une appréciation critique de l'évolution imprimée par la Cour de cassation au travers de ces arrêts, M. DEGUERGUE, *Les préjudices liés à la naissance*, *Resp. civ. et ass.* mai 1998, pp. 17-18; L. FINEL, *o.c.* pp. 233-237.

69. Pour rappel, erreur de diagnostic préconceptionnel jugée comme étant en relation directe avec la décision du couple de concevoir un enfant, lequel s'est avéré porteur de la maladie génétique dégénérative dont souffrait son père.

70. Ph. LE TOURNEAU et L. CADJET, *o.c.*, n° 688, qui regrettent vivement que la Cour ait admis "implicitement et scandaleusement" que la naissance est en soi un préjudice, faisant ainsi "sauter un verrou ontologique" (n° 2031).

71. Rapport de M. SARGOS et conclusions de M. SAINTE-ROSE, *J.C.P.* 2000, II, 10438.

72. Pour une confirmation autorisée, J.-J. AMY, "Murphy veille", *Journ. Proc.* 2000, n° 404, p. 17. Ce médecin rappelle par ailleurs que dès lors que la grossesse était enclenchée, la seule façon d'éviter la naissance d'un enfant handicapé était de pratiquer un avortement.

erreur et le médecin ayant fait preuve d'absence de sens critique en entérinant ce résultat. L'indemnisation des parents et de la sœur étant devenue définitive, seule la réparation du préjudice propre de l'enfant a fait l'objet de décisions successives. Par l'arrêt du 26 mars 1996, la Cour casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 1993⁷³ en décidant que "les fautes commises par le laboratoire dans la recherche d'anticorps rubéoleux prescrite chez une femme enceinte et par le praticien qui a manqué à son obligation de soins attentifs et diligents et à son devoir d'information et de conseil, sont en relation causale avec le dommage subi par l'enfant, atteint de séquelles neurologiques consécutives à la rubéole contractée pendant la vie intra-utérine. Il s'ensuit que l'enfant doit être indemnisé de son préjudice". La Cour se fonde sur le constat que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une I.V.G. et sur ce que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée⁷⁴.

Ces arrêts avaient certes été remarqués, mais n'avaient pas, loin s'en faut, suscité autant de remous que celui du 17 novembre 2000. Ce qui a été parfois présenté comme une "nouveauté" en droit français (et une première au plan européen⁷⁵) n'en est pourtant pas vraiment une, sinon de par son caractère solennel et définitif. Bien que la décision du 17 novembre 2000 soit parée d'une autorité toute particulière tenant à la procédure au terme de laquelle elle a été rendue⁷⁶, elle n'est somme toute qu'une confirmation par l'assemblée plénière de la position adoptée près de cinq ans auparavant par la première chambre civile.

Statuant sur renvoi, la Cour d'appel d'Orléans avait refusé de s'incliner: dans un arrêt du 5 février 1999⁷⁷, elle rappelle que les praticiens sont "étrangers à la transmission à la mère de la rubéole" car "ils ne sont intervenus qu'après le début de la grossesse, de sorte que ne pouvait plus être évitée la conception de l'enfant". De la

circonstance certaine "qu'une thérapeutique quelconque pratiquée en début de grossesse n'aurait pu supprimer, voire limiter les effets de la rubéole sur le fœtus", la Cour déduit que "l'enfant ne subit pas de préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises" par le laboratoire et le médecin. Dans un attendu remarquable⁷⁸, la Cour conclut que Nicolas Perruche, "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 interruption volontaire de grossesse dont la décision n'appartient qu'à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir". Il s'ensuit que "la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant". Cette rébellion de la Cour de renvoi a provoqué la saisine de l'assemblée plénière.

25 Par l'arrêt du 17 novembre 2000⁷⁹, l'assemblée plénière de la Cour de cassation va donner raison aux parents et casser l'arrêt déferé. Au terme d'un raisonnement qui, quoiqu'on en pense⁸⁰, nous semble elliptique et sibyllin, elle affirme que "dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues". La possibilité pour l'enfant né handicapé de demander la réparation du préjudice résultant de son infirmité, à condition que ce dernier soit "en relation causale directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse", a été réaffirmée dans trois arrêts du 13 juillet 2001⁸¹.

73. Paris 17 décembre 1993, *D.* 1995, somm., p. 98, obs. J. PENNEAU, qui refuse d'indemniser le préjudice propre de l'enfant, estimant que "les très graves séquelles dont l'enfant demeure atteint n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire, ni même le manquement du praticien à ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise *in utero* sa mère".

74. Pour synthétiser les réactions doctrinales de l'époque, cette indemnisation octroyée à l'enfant pour les "tares génétiques ou les maladies dont il est naturellement porteur" est jugée "inadmissible" (P. MURAT, obs. préc.); en indemnisant ainsi la naissance, "pas la naissance dans un certain état qui est sans lien de causalité directe avec la faute du praticien (...), la Cour de cassation a ouvert la voie à un nouveau droit subjectif particulièrement inquiétant (...), celui de ne pas naître si l'on n'est pas conforme" (J. HAUSER, obs. préc.); dans le même sens, la note préc. de J. ROCHE-DAHAN et de nombreux commentaires postérieurs. A l'opposé, M. JOURDAIN (obs. préc.) déclare approuver "sans réserve" la solution retenue par la Cour, aux termes d'un raisonnement critiquable auquel se rallie M. DAGORNE-LABBÉ (note préc.).

75. C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life ...", *T.Gez.* 1998-99, p. 285 (à propos des arrêts du 26 mars 1996).

76. Sur ce point, les obs. de R. LIBCHABER in *RTDCiv.* 2001, p. 226.

77. Orléans 5 février 1999, *RTDCiv.* 2000, p. 80, obs. J. HAUSER.

78. "Le seul raisonnement juridiquement orthodoxe et socialement non pernicieux", note pertinemment P. MURAT (obs. au *J.C.P.* 2001, I, 293, n° 7).

79. Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, *J.C.P.* 2000, II, 10438, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS, *D.* 2001, p. 332, notes D. MAZEAUD et P. JOURDAIN; immédiatement après l'arrêt, 26 spécialistes du droit des personnes ou de la bioéthique se sont unis autour de C. LABRUSSE-RIOU et B. MATHIEU pour le critiquer "La vie humaine peut-elle être un préjudice?", *Le Monde* 24 nov. 2000 et *D.* 2000, n° 44, point de vue); *adde* les vives critiques de F. TERRÉ, "Le prix de la vie", *J.C.P.* 2000, n° 50, actualité. Les multiples réactions subséquentes sont citées par M. SAINTE-ROSE dans ses conclusions précédant les arrêts du 13 juillet 2001.

80. En sens contraire, M. GOBERT, "La Cour de cassation méritait-elle le pilori?", *Petites Aff.* 8 décembre 2000, p. 5; mais en ce sens, F. TERRÉ, *loc. cit.*; B. MARKESINIS, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", *RTDCiv.* 2001, pp. 88 et 96.

81. Cass. ass. plén. 13 juillet 2001, *D.* 2001, p. 2325, note P. JOURDAIN, *J.P.C.* 2001, 10601, concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS. Plus récemment encore, dans un arrêt du 28 novembre 2001, l'Assemblée plénière réaffirme que la faute commise par le gynécologue (non communication aux parents des résultats d'un examen relevant un diagnostic alarmant) est "en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap"; le préjudice de l'enfant, qui "n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap", doit dès lors être intégralement réparé (Cass. ass. plén. 28 novembre 2001, *J.T.* 2001, p. 896, concl. J. SAINTE-ROSE, rapp. H. BLONDET).

III. Les obstacles à l'admission de l'action en *wrongful life*

A. Le lien de causalité

26 Le premier reproche adressé à l'arrêt du 17 novembre 2000 concerne le *lien de causalité* entre les fautes et le handicap, si l'on veut considérer celui-ci comme étant le préjudice indemnisé⁸². Ce lien, quelle que soit la façon dont on l'appréhende, est en effet *incontestablement absent*: étant donné que le médecin est intervenu à un moment où la grossesse était déjà en cours, où l'atteinte rubéolique du fœtus ne pouvait plus être évitée, force est de reconnaître que le mauvais diagnostic prénatal *n'a en rien provoqué, aggravé ou consolidé le handicap de l'enfant*, qui ne pouvait que naître handicapé ou ne pas naître, mais en aucun cas naître en bonne santé⁸³. Comment une faute commise postérieurement à la survenance d'un dommage peut-elle être considérée comme l'ayant causé? Ce que l'absence de faute aurait permis d'éviter, c'est la naissance de l'enfant, *et donc forcément le handicap dont celui-ci est irrémédiablement atteint. Le lien de causalité que la Cour impose de considérer comme établi relie la faute au préjudice de vivre handicapé, d'être né handicapé*⁸⁴. Dans les arrêts du 13 juillet 2001, elle prend soin de préciser que le préjudice résultant du

handicap doit, pour donner lieu à une indemnisation, être "en relation de causalité directe" avec les fautes commises par le médecin; le seul préjudice répondant à cette condition est celui-ci, et non le handicap lui-même.

Il ne faudrait dès lors pas croire que la Cour a vu un lien causal là où celui-ci fait manifestement défaut, mais constater qu'elle a implicitement retenu *un autre préjudice indemnisable* que celui qui semblait être en cause de prime abord, à savoir l'infirmité de l'enfant. Ce préjudice qui, lui, est bien en relation causale avec la faute reprochée aux médecins, est la *naissance*, et donc la vie de l'enfant. S'il faut critiquer ces arrêts, ce n'est donc pas tant sur le plan du lien causal que sur celui du préjudice retenu, comme l'a notamment montré un des meilleurs commentateurs⁸⁵. Et s'il faut l'approuver, ce n'est pas en tentant vainement d'établir un lien causal entre la faute et le handicap, mais en admettant que *pour un enfant handicapé, la naissance peut être en soi un préjudice*, parce que la Cour a interprété cette notion d'une manière nouvelle et extensive⁸⁶, ce qui peut, notons-le, sembler remettre partiellement en cause sa jurisprudence de principe antérieure.

27 Il n'est pas possible de considérer que l'erreur de diagnostic est en soi à la source du dommage que constitue le handicap lui-même⁸⁷. L'analyse eût été différente

82. Aux yeux du Comité consultatif national d'éthique français, il s'agit de la question centrale; il conclut que "le handicap lui-même n'a aucun lien causal avec la faute professionnelle" et que "la reconnaissance de la responsabilité des professionnels dans un préjudice dont l'enfant serait victime conduit à la déduction qu'il eût mieux valu qu'il ne naquit pas, voire qu'il avait un droit à ne pas naître handicapé, compte tenu de la piètre qualité de la vie qui lui est imposée"; or la reconnaissance d'un tel droit "n'est pas sans poser de graves questions, tant sur la logique de cette affirmation que sur les conséquences pratiques qui risqueraient d'en découler" (avis du 29 mai 2001, *Handicaps congénitaux et préjudice*, disponible sur le site <http://www.ccne-ethique.org/francais/start.htm>).

83. Comp. Mons 29 juin 1998, *J.L.M.B.* 1999, p. 307 (somm.); le gynécologue est tenu pour responsable "des graves complications qui sont survenues à la naissance du fait que l'enfant s'est révélé, contre l'attente du médecin, être macrosome, alors que ces complications eussent pu être évitées si la décision de pratiquer une césarienne avait été prise, ce qui se serait imposé si la situation avait été correctement évaluée". Dans cette affaire, la responsabilité du praticien est retenue à juste titre, car s'il avait agi correctement, le handicap qui affecte l'enfant eût pu être évité; le lien causal ne fait donc ici aucune difficulté.

84. Sur ce point, le raisonnement lumineux de M. SAINTE-ROSE dans ses conclusions, repris dans celles précédant les arrêts du 13 juillet 2001; parmi les nombreux commentateurs ayant mis cela en évidence, les notes préc. de F. CHABAS et D. MAZEAUD ainsi que les analyses de J. HAUSER, "Le préjudice d'être né, question de principe (interview)", *Dr. et patr.* janvier 2001, p. 6 et ses obs. in *RTDCiv.* 2001, p. 103; J.-L. FAGNART, "To be or not to be?", *Journ. Proc.* 15 déc. 2000, p. 22; G. MÉMETEAU, "L'action de vie dommageable", *J.C.P.* 2000, I, 279. L'inexistence d'un lien de causalité entre la faute et le handicap est également affirmée par certains défenseurs de l'arrêt, en particulier Ch. RADÉ, "Être ou ne pas naître? Telle n'est pas la question!", *Resp. civ. et ass.* 2001, chr. n° 1 ("si l'on peut discuter de la causalité, c'est donc uniquement en considération du lien qui pourrait exister entre les fautes initiales et le fait que l'enfant soit né, car ici le rapport de cause à effet apparaît plus nettement"). *Contra*, tentant de démontrer l'existence d'un tel lien, outre le rapport de M. SARGOS, la note précitée de M. JOURDAIN ainsi que P.-Y. GAUTIER, "Les distances du juge" à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile, *J.C.P.* 2001, I, 287; *adde* B. MARKESINIS, *o.c.* p. 89, pour qui "reconnaître les difficultés inhérentes au problème de la causalité ne signifie pas que le résultat final soit vicié" (p. 90).

85. L. AYNÈS, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", *D.* 2001, p. 492 et *Defr.* 2001, p. 281.

86. P. JOURDAIN, se fondant sur son affirmation qu'il y a plus d'inconvénient à vivre gravement diminué, physiquement et/ou intellectuellement, qu'à ne pas vivre" (obs. sous Cass.fr. Civ. 1e 26 mars 1996, *RTDCiv.* 1996, p. 624), approuve la Cour d'avoir procédé à "un dépassement de la notion classique du préjudice limité à une simple perte par rapport à un état antérieur..." (note au *D.* 2001, p. 337 et obs. in *RTDCiv.* 2001, p. 149); dans le même sens, J.-L. AUBERT, "Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être", *D.* 2001, p. 490 et *Defr.* 2001, p. 262. Sur cette notion "abstraite" de dommage apprécié de façon objective et non par comparaison entre l'état initial et l'état postérieur au fait dommageable, E. DIRIX, "Abstracte en concrete schade", *R.W.* 2000-01, p. 1329; Y.-H. LELEU, "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche'", *R.G.A.R.* 2002, à paraître, n° 18. L'impossibilité d'effectuer une telle comparaison dans les actions en *wrongful life* (contrairement aux actions en *wrongful birth*) est, au-delà de la problématique du lien causal, un des principaux arguments de leur rejet par les juridictions (C. TROUET, *l.c.*; S. DE MEUTER, "Wrongful life, wrongful birth, wrongful conception or pregnancy claim ...", in *Liber amicorum E. Krings*, Gand, Story-Scientia, 1991, p. 65).

87. En ce sens, *mutatis mutandis*, les obs. de J. PETIT sous C.E. 14 février 1997, *J.C.P.* 1997, I, 4072, n° 38, et surtout de J. PENNEAU au *D.* 1997, somm., p. 323, qui situe son argumentation sur le terrain exclusif du lien de causalité. Il est donc impossible de se rallier aux considérations de M. SARGOS selon lesquelles "le handicap de l'enfant apparu peu après sa naissance est bien la conséquence directe de la faute commise par le médecin et le laboratoire, puisque sans cette faute il n'y aurait pas eu de handicap". Comp. Ch. RADÉ, *o.c.*, pour qui, telle que présentée, la solution retenue "semble littéralement injustifiable", mais qui retient un *lien indéfectible entre la naissance et le handicap* pour admettre la réparation d'un préjudice qui consisterait bien dans "le fait de naître handicapé"; dans le même sens, P. JOURDAIN, obs. in *RTDCiv.* 2001, p. 149. A notre avis, c'est précisément ce lien qui *interdit à l'enfant de formuler sa plainte*, faute de droit subjectif dans son chef (*infra*, n° 29-32), sous peine, comme l'a relevé M. SAINTE-ROSE, de formuler "l'aveu que la suppression du malade était la seule méthode envisageable pour éviter la maladie" (concl. orales, *D.* 2001, p. 317).

si, le diagnostic de non-immunisation de la mère ayant été correct, il avait été possible de lui administrer un traitement immunisant qui aurait permis la naissance d'un enfant sain. Mais l'on sait que, la grossesse étant déjà enclenchée, aucun traitement n'était possible et l'atteinte de l'enfant était inéluctable. Dès lors, non seulement la maladie n'a en rien été causée par les négligences du médecin et du laboratoire, mais encore ceux-ci n'auraient-ils pas pu en arrêter la propagation pour en quelque sorte interrompre une causalité à l'origine de laquelle leur comportement ne figure pas⁸⁸. Force est donc de conclure que la Cour a bien considéré, implicitement mais nécessairement, la naissance de l'enfant et non son infirmité comme le préjudice directement entraîné par la faute médicale. Elle a trouvé un lien causal entre l'erreur de diagnostic et la naissance, alors que le Conseil d'État, dans son arrêt du 14 février 1997, avait cherché en vain, et plus justement, un tel lien entre cette erreur et le handicap de l'enfant.

La question fondamentale reste dès lors à résoudre: un enfant né handicapé peut-il, alors que ce handicap n'a pas été causé par une faute médicale, formuler par l'intermédiaire de ses parents une telle demande d'indemnisation? En d'autres termes, le préjudice tel qu'il ressort de l'arrêt du 17 novembre 2000 et des arrêts ultérieurs peut-il être traduit sur le plan juridique au moyen de l'allégation de la violation d'un droit subjectif? Ces questions capitales constituent à notre sens la véritable clé de l'analyse.

B. Le caractère réparable et la légitimité du préjudice allégué par l'enfant

28 Nous pensons que le véritable problème posé par l'admission de l'action en *wrongful life* concerne la légitimité de la prétention juridique formulée par l'enfant ou en son nom. Le débat juridique et éthique portant sur le préjudice précis invoqué par l'enfant ne se posera pas dès lors que l'on s'arrête au handicap, sans chercher à faire de la naissance elle-même un préjudice; en effet, dans cette analyse, comme nous l'avons dit, force est de conclure à l'absence de lien de causalité. Mais si, comme la Cour de cassation, l'on veut à tout prix découvrir un tel lien, la réflexion sur le terrain du préjudice constitue certainement un argument plus convaincant et péremptoire que celui du lien causal, qui peut être manipulé et étendu à l'extrême.

Deux aspects nous semblent devoir être mis en exergue: tout d'abord, d'un point de vue tant juridique que logique, l'absence de droit subjectif de l'enfant qui aurait été violé par la faute médicale (1); ensuite, d'un point de vue ontologique plus général, la nécessaire incidence de la notion de dignité humaine, qui fait obstacle à la prétention de l'enfant (2).

88. J. ROCHE-DAHAN, note sous Cass.fr. Civ. 1e 26 mars 1996, *D.* 1997, p. 39.

1. L'absence de droit subjectif dans le chef de l'enfant

29 Que l'enfant soit dans un *état dommageable* n'est pas douteux; point n'est besoin de discuter ce qui apparaît comme une cruelle évidence. Ce qu'il convient de rappeler, c'est que *tout préjudice n'entraîne pas un droit à réparation*: l'on a opportunément distingué, à propos de cette affaire, le dommage et le préjudice⁸⁹, le malheur et le préjudice⁹⁰ ou l'état dans lequel se trouve une victime et le préjudice par elle subi⁹¹ pour en déduire qu'il ne suffit pas de s'accorder sur l'évidence d'une souffrance pour que celle-ci se transforme automatiquement en *préjudice réparable* au moyen des règles de la responsabilité civile⁹². Il faut pour cela que l'on identifie chez la victime un *droit subjectif* fautivement lésé. La question est donc de savoir si un tel droit existe dans la personne de l'enfant⁹³, s'il peut faire état d'un préjudice juridiquement admissible au titre de la responsabilité civile alors même qu'il semble manifeste que sa vie est subjectivement ressentie comme dommageable⁹⁴.

Dans l'hypothèse envisagée, la naissance ne peut pas constituer un préjudice pour l'enfant précisément parce qu'il n'a *aucun droit subjectif à invoquer* (ou aucun intérêt légitime juridiquement protégé, pour élargir la notion) qui aurait été lésé par la faute du médecin⁹⁵. Il n'a évidemment pas le "droit" de naître sans handicap (qui pourrait lui garantir le respect de ce droit, et par quels moyens?), tout comme il n'a pas le "droit" de naître ou

89. M. DEGUERGUE, "Les préjudices liés à la naissance", *Resp. civ. et ass.* mai 1998, pp. 14-15; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 603-608; adde D. MAZEAUD, note au *D.* 2001, pp. 332-333.

90. L. AYNÈS, "Malheur et préjudice", *Le Monde* 31 janvier 2001.

91. J. HAUSER, Le préjudice d'être né, question de principe (interview), *Dr. et patr.* janvier 2001, p. 7; obs. sous Orléans 5 février 1999, *RTDCiv.* 2000, p. 83, et sous Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, *RTDCiv.* 2001, p. 103.

92. "Entre le fait et le droit s'inscrit la distance du jugement de légalité et de légitimité" (C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU e.a., point de vue préc.); dans le même sens, P. MURAT (obs. préc.) et surtout les conclusions de J. SAINTE-ROSE précédant les arrêts du 13 juillet 2001.

93. Parmi les auteurs ayant placé leur argumentation sur ce terrain, L. AYNÈS, "Préjudice de l'enfant né handicapé...", *D.* 2001, p. 495 et *Defr.* 2001, p. 281; J. HAUSER, obs. sous Cass.fr. Civ. 1e 26 mars 1996, *RTDCiv.* 1996, p. 872 et obs. préc.; M. DEGUERGUE, *o.c.*, pp. 19-20. Pour une intéressante analyse de philosophie du droit américain à propos de la notion de dommage, sa distinction avec le préjudice et les comparaisons de valeurs qu'elle implique, J.-Y. GOFFI, "La notion de vie préjudiciable et l'eugénisme", in *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, Bruxelles, De Boeck-Université, 1999, pp. 80-86.

94. Sur le plan juridique, la notion de dommage doit en effet être appréciée *in abstracto* et non *in concreto*, ce qui explique que la naissance ou la vie ne peut en soi être qualifiée de dommage, sans que ceci revienne à nier la souffrance qui peut l'accompagner (Ch. RADÉ, *o.c.*). Sur la notion de dommage abstrait, E. DIRIX, *o.c.*

95. Ce point a bien été mis en évidence par M. SAINTE-ROSE dans ses conclusions. Dans l'hypothèse d'une naissance consécutive à un viol, "l'enfant est sans titre en droit commun pour demander réparation du fait de son engendrement, qui ne peut lui être en lui-même dommageable" (A.-Ch. VAN GYSEL, note sous Bruxelles 8 mai 1985, *J.T.* 1986, p. 254; P. GRAULICH, "Réparation du dommage issu de la naissance d'un enfant à la suite d'un viol", note sous Gand 4 avril 1950 et Liège 13 novembre 1950, *R.C.J.B.* 1953, p. 201).

de ne pas naître, ainsi que l'avait pertinemment relevé la Cour d'appel de Bordeaux dans son arrêt du 26 janvier 1995. Le don de la vie "échappe par nature aux prérogatives de l'individu", qui "a le pouvoir de la supprimer, mais pas celui de la nier originairement"⁹⁶, l'enfant à naître n'a pas le "droit de faire l'objet d'un avortement", prérogative reconnue exclusivement à la mère, et ne peut donc se plaindre qu'on l'ait laissé accéder à la vie. L'affirmation de l'existence d'un droit du fœtus à naître ou à ne pas naître, en tant que droit subjectif dont découlerait pour lui l'aptitude ou la non-aptitude à devenir titulaire d'autres droits subjectifs, procède d'un paradoxe insurmontable rationnellement.

30 Dans l'hypothèse d'une malformation non décelée lors des examens prénataux, le seul droit lésé par la faute médicale est le droit de la mère de subir une interruption volontaire de grossesse⁹⁷; les premières juridictions appelées à statuer sur la question l'avaient bien compris. Dans ces conditions, faire droit à la demande de l'enfant revient à lui permettre d'invoquer la violation d'un droit subjectif qui est en réalité celui de sa mère⁹⁸. Or le préjudice allégué par l'enfant se distingue de celui des parents⁹⁹: ceux-ci se plaignent de la violation d'un droit propre à l'I.V.G., qui leur est légalement reconnu, tandis que celui-là ne peut se plaindre *que d'être né, de vivre, et pas d'être handicapé*, sous peine de faire fi du lien de causalité. Il nous semble par conséquent erroné de considérer que les parents sont les "victimes par ricochet" du préjudice de leur enfant, argument fréquemment mis en avant pour en déduire que si ceux-là sont admis à en obtenir réparation, il doit en être *a fortiori* de même pour celui-ci¹⁰⁰. Il ne s'agit en effet pas du même préjudice

dans l'un et l'autre cas; l'un est la conséquence de la faute des médecins, l'autre pas.

31 Du point de vue éthique, il convient de remarquer qu'admettre le préjudice qu'a nécessairement retenu la Cour de cassation revient à considérer qu'il eût mieux valu que l'enfant ne naisse pas. En effet, si c'est un préjudice d'être né, c'est que la situation contraire est *ipso facto* considérée comme meilleure; or "il y a là un postulat totalement indémontrable sur lequel il est insensé de fonder les règles du droit civil"¹⁰¹. Ce raisonnement, "absurde d'un point de vue anthropologique", ouvre la voie à une "sélection des existences humaines"¹⁰² et autorise à porter un jugement indu sur la vie d'autrui. Mais à qui appartient cette douloureuse appréciation? À la personne concernée, souvent incapable de faire entendre son avis? À ses parents, qui par ce biais demandent inévitablement un complément d'indemnisation dans leur propre intérêt, tout légitime qu'il soit¹⁰³? Ou est-ce au juge qu'il appartient de se prononcer, "objectivement"¹⁰⁴? Le rôle du magistrat est légitime lorsqu'il s'agit d'appréhender et d'évaluer le préjudice d'une personne handicapée à la suite d'un accident causé par une autre, mais ne l'est plus si le seul préjudice rattachable à la faute est *l'existence même* de la victime. L'appréciation qu'un individu porte sur sa propre vie est éminemment personnelle et nul autre ne peut la porter en son nom; c'est une question "indécidable au sens fort du terme"¹⁰⁵.

32 Du point de vue juridique, il nous semble qu'il y a une *contradiction intrinsèque* dans le fait de permettre l'allégation d'un préjudice consistant dans le fait d'avoir accédé à la vie¹⁰⁶. Il nous semble impossible d'admettre

96. L. AYNÈS, *o.c.*, p. 495.

97. M. DEGUERGUE, *o.c.*, p. 14; M-A. HERMITTE, "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gaz. Pal.* 24-25 oct. 1997, p. 78: "l'on est en présence d'un préjudice autonome, propre aux parents, qui résulte de l'atteinte à une liberté protégée par la loi..."; C. JONAS, "L'enfant préjudice", *Méd. & Dr.* 1997, n° 26; A.-M. LUCIANI, "La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital", *Petites Aff.* 27 juin 1997, pp. 18-19; G. MÉMETEAU, *o.c.*; J. HAUSER, *obs. préc.*

98. L. AYNÈS, *o.c.* p. 494; F. TERRÉ, "Le prix de la vie", *J.C.P.* 2000, n° 50, actualité. *Contra*, J.-L. AUBERT, "Indemnisation d'une existence handicapée...", *D.* 2001, p. 490 et *Defr.* 2001, p. 262, qui tente d'établir l'existence d'un droit propre de l'enfant en posant que celui-ci "n'est qu'un prolongement ou, plus exactement, un élément du droit de la femme"; "le droit à réparation de l'enfant né handicapé... est indissociable" du droit de la mère, "il n'en est qu'un aspect". M. JOURDAIN (note au *D.* 2001, p. 337 et *obs. in RTDCiv.* 2001, pp. 150-151) admet quant à lui plus directement l'existence d'un "intérêt à ne pas vivre gravement handicapé" qui serait corroboré par la possibilité légale de procéder à un avortement thérapeutique.

99. D. MAZEAUD, note au *D.* 2001, p. 334; A.-M. LUCIANI, *o.c.*, pp. 19-20. On ne peut s'arrêter, comme M. SARGOS dans son rapport, au constat que "le préjudice des parents est, en dernière analyse, fondé exactement sur la même faute que celle invoquée par l'enfant", car l'identité de faute ne prouve nullement l'identité de préjudice.

100. En ce sens, outre l'art. précité de M. AUBERT, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1998, n° 249-3, pour qui le dommage des parents est "le reflet et le prolongement" de celui de l'enfant et il convient donc de faire un sort commun aux deux actions; G. VINEY, *obs. in J.C.P.* 1997, I, 4025, n° 20; du même auteur, "Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion",

J.C.P. 2001, I, 286; M. GOBERT, "La Cour de cassation méritait-elle le pilori?", *Petites Aff.* 8 déc. 2000, p. 7; R.O. DALCO, *obs. au Journ. Proc.* 15 déc. 2000, p. 13, contredit sur ce point par son épouse dans ce commentaire partagé, p. 15. M. MURAT dénonce à juste titre "l'analogie vicieuse" qui mène à cette conclusion (*obs. au J.C.P.* 1996, I, 3946, n° 6); dans le même sens, P. BON et D. DE BÉCHILLON, *obs. au D.* 1999, somm., p. 62, qui approuvent "la distinction du régime de réparabilité des préjudices de l'enfant et des parents" opérée par le Conseil d'État français dans son arrêt du 14 février 1997 et jugent ce raisonnement plus convaincant que celui de la Cour de cassation.

101. P. MURAT, *obs. au J.C.P.* 2001, I, 293, n° 7; du même auteur, les pertinentes *obs.* sous les arrêts du 26 mars 1996, *J.C.P.* 1996, I, 3946, n° 6; *adde* A.-M. LUCIANI, *o.c.* pp. 17-18.

102. L. AYNÈS, *o.c.* p. 496; *adde* C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU *e.a.*, "La vie humaine peut-elle être un préjudice?", *Le Monde* 24 nov. 2000 et *D.* 2000, n° 44, point de vue.

103. Sur l'opposition d'intérêts inhérente à l'action en *wrongful life* intentée au nom de l'enfant par ses parents, *obs. préc.* de J. HAUSER sous les arrêts des 26 mars 1996 et 17 novembre 2000.

104. En ce sens, P. JOURDAIN, note au *D.* 2001, p. 337 et *obs. in RTDCiv.* 2001, pp. 150-151.

105. M.-A. HERMITTE, *o.c.*, p. 78. Or en général l'enfant, du fait même de son handicap, "n'est pas en mesure d'émettre lui-même sa plainte, et ce n'est que par la représentation - forcément fictionnelle - de ses parents qu'il est censé éprouver et exprimer le préjudice de son déficit de naissance", ce qui fait que son action ne saurait s'exercer parfaitement: D. DE BÉCHILLON, O. CAYLA et Y. THOMAS, "L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire", *Le Monde* 21 déc. 2000. En réaction à cette article, Ph. JESTAZ, "Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche)", *RTDCiv.* 2001, p. 547.

qu'une personne utilise sa qualité de sujet de droit pour réclamer judiciairement le droit de ne pas avoir accédé à ce statut: "l'enfant ne peut être titulaire d'un droit à ne pas naître ... qui, en supprimant le sujet, supprime évidemment le droit lui-même"¹⁰⁷; il ne peut puiser dans la personnalité juridique qu'il a reçue du fait de sa naissance le droit de revendiquer d'être indemnisé de son existence, car on ne peut logiquement admettre que l'enfant reçoive à la naissance un droit de plainte uniquement dans le but de faire juger qu'il avait le droit de ne pas exister¹⁰⁸.

Parmi les juridictions ayant eu à connaître de ces difficiles questions, le mérite revient à la Cour d'appel de Bordeaux d'avoir clairement placé son argumentation sur ce terrain¹⁰⁹. Ce faisant, comme l'indique le commentateur de son arrêt, elle "maintient l'analyse qui place le fait de naître ou de ne pas naître hors de la volonté humaine et refuse donc d'en faire un droit subjectif". En ne définissant pas l'existence d'un être humain handicapé comme un préjudice juridiquement réparable, on ne consacre pas "un intérêt juridiquement protégé de ne pas naître"¹¹⁰. À la suite de M. AYNÈS, on souhaite, mais sans trop d'illusions, que la seconde cour de renvoi adopte la même démarche dans l'affaire Perruche, sans être aussi certain que l'attendu de cassation, tel qu'il est rédigé, le lui permette¹¹¹.

2. L'incidence de la dignité humaine

33 Dans le contentieux que nous analysons, l'argument du respect dû à la dignité de la personne humaine a été mis en avant par de nombreux commentateurs à l'appui de positions divergentes, sans qu'ils prennent toujours la peine de préciser le contenu qu'ils assignent à cette notion, alors pourtant que c'est de celui-ci que dépend sa

pertinence en la cause. Beaucoup de choses ont été écrites sur le droit au respect de la dignité humaine¹¹². Cette notion, nouvellement consacrée par le droit positif français sous l'influence conjointe du Conseil constitutionnel¹¹³ et du Conseil d'État¹¹⁴, suscite une intense réflexion doctrinale, que ce soit quant à sa situation dans la sphère générale des droits de l'homme et des droits fondamentaux¹¹⁵ ou quant à ses implications en droit positif¹¹⁶.

La notion de dignité revêt un caractère particulier qui fonde son importance dans cette problématique: elle signifie, selon nous, que *l'autonomie de l'individu doit être limitée par des raisons fondées sur la nature humaine qui le définit*. La légitimité de certains comportements humains sera appréciée à l'aune d'un corps de règles

106. Cela a été bien mis en évidence par M. SAINTE-ROSE dans ses conclusions. Comme le souligne M. FAGNART, "il y a une certaine incohérence dans l'action du sujet de droit qui continue à vivre et qui prétend que sa vie est un préjudice qui doit être réparé. Il y a une contradiction inacceptable dans le fait d'agir en justice, ce qui implique que l'on est un sujet de droit, et de demander au juge de constater que l'on ne devrait pas être" ("To be or not to be?", *Journ. Proc.* 15 déc. 2000, p. 23).

107. C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU *é.a.*, *l.c.*; *adde* B. MATHIEU, note sous C.E. fr. 14 février 1997, *RFDA* 1997, p. 383.

108. M.-A. HERMITTE, *o.c.*, p. 78; M.-L. FORTUNÉ-CAVALIÉ, "Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé: vers "l'œuf transparent"?", *Méd. & Droit* 1998, n° 33, p. 20; G. MÉMETEAU, *o.c.*; D. DE BÉCHILLON, O. CAYLA et Y. THOMAS, *l.c.*

109. Bordeaux 26 janvier 1995, *RTDCiv.* 1995, p. 863, obs. J. HAUSER. Déjà en ce sens, le jugement du T.G.I. de Montpellier du 15 décembre 1989: "toute admission de la recevabilité de l'action de l'enfant reviendrait à lui permettre une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir et de mener à terme une grossesse lui ayant donné la vie, qui seule lui a conféré la personnalité physique lui permettant d'être un sujet de droit" (*J.C.P.* 1990, II, 21556, note J.-P. GRIDEL, *Gaz. Pal.* 1994, I, somm., p. 211, note J. GUIGUE).

110. M.-A. HERMITTE, *o.c.* p. 77; A.-M. LUCIANI, *o.c.*, p. 20.

111. *L.c.* Cet auteur signale en effet que seule la question de l'existence d'un lien causal ayant été soumise à la Cour de cassation, la cour de renvoi demeure libre de juger que l'existence d'un préjudice réparable en la personne de l'enfant n'est pas établie.

112. Sur l'émergence et la signification en droit du principe de respect de la dignité de la personne humaine, au sens de respect de "ce qu'il y a d'humain dans l'homme" et auquel nul ne peut porter atteinte, pas même le sujet lui-même, M.-L. PAVIA, "La découverte de la dignité de la personne humaine", in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), *Economica*, 1999, p. 3.

113. Le Conseil constitutionnel a déclaré, au sujet des lois de bioéthique de 1994, que "la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation constitue un principe à valeur constitutionnelle" (décision n° 94-343-344 du 27 juillet 1994, *D.* 1995, jur., p. 237, note B. MATHIEU); du même auteur, "Bioéthique: un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science", *RFDA* 1994, p. 1019; B. EDELMAN, "Le Conseil constitutionnel et l'embryon", *D.* 1995, chr., p. 205 (également publié in *La personne en danger*, P.U.F., 1999, p. 487); F. LUCHAIRE, "Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation", *RD publ.* 1994, p. 1647; A.-M. LE POURHIEF, "Le Conseil constitutionnel et l'éthique biomédicale", in *Mélanges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 213.

114. Le Conseil d'État a consacré la dignité en tant que principe général du droit participant de l'ordre public dans son arrêt du 27 octobre 1995 relatif au lancer de nain (*D.* 1996, jur., p. 177, note G. LEBRETON, *J.C.P.* 1996, II, 22630, note F. HAMON, *RD publ.* 1996, p. 536, notes M. GROS et J.-C. FROMENT, *RFDA* 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN, *A.J.D.A.* 1995, p. 878, obs. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX); L. WEIL, "La dignité de la personne humaine en droit administratif", in *La dignité de la personne humaine, précité*, p. 85.

115. Comp. sur ce point les analyses de B. EDELMAN, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", *D.* 1997, chr., p. 185 (également publié in *La personne en danger*, P.U.F., 1999, p. 505 et *La dignité de la personne humaine, précité*, p. 25) et B. MATHIEU, "La dignité de la personne humaine: quel droit? quel titulaire?", *D.* 1996, chr., p. 282 et La dignité de la personne humaine: du bon (et du mauvais?) usage en droit positif français d'un principe universel, in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 213.

116. P. MARTENS, "Encore la dignité humaine: réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte", in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 561; V. SAINT-JAMES, "Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français", *D.* 1997, chr., p. 61; B. JORION, "La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif", *RD publ.* 1999, p. 197; H. MOUTOUH, "La dignité de l'homme en droit", *RD publ.* 1999, p. 159; B. MATHIEU, "Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique: le principe de dignité et les interventions sur le génome humain", *RD publ.* 1999, p. 93; F. BORELLA, "Le concept de dignité de la personne humaine", in *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, *Economica*, 1999, p. 29; Ph. PÉDROT, "La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales", *eadem loc.* p. 51.

supérieur, ne procédant pas de la loi¹¹⁸, en veillant à ne pas verser dans une trop grande subjectivité ni à céder à la tentation des dogmatismes¹¹⁹. Dans ce contexte, le principe de dignité, dans sa généralité, appelle l'idée que *la notion de personne humaine dépasse chaque être humain en particulier et ne peut être mise à sa disposition*. L'exercice de l'autonomie de chaque individu trouve ici sa limite: personne ne peut renoncer à sa qualité d'homme et à la dignité inhérente à celle-ci¹²⁰. La dignité vient limiter le jeu émancipateur des droits de l'homme, qui visent à garantir l'autonomie de l'individu dans la conduite de son existence¹²¹ et qui pourraient légitimer, dans le contentieux examiné, l'accueil de la plainte de l'enfant. Il y a là un principe indérogeable qui postule que *nul ne peut se voir juridiquement reconnaître le droit de s'abstraire du genre humain*.

34 Ceci nous pousse à dépasser la dialectique des commentateurs en ce qui concerne l'arrêt Perruche: pour certains auteurs, l'indemnisation allouée porte atteinte à la dignité des autres handicapés¹²²; pour d'autres, c'est le refus d'indemniser qui aurait été attentatoire à la dignité de cet enfant¹²³. Nous pensons que la dignité a bien ici un rôle fondamental à jouer, mais en amont, quant à la *légitimité même de la prétention juridique émise au nom de l'enfant*: parce qu'elle postule la reconnaissance de l'égalité appartenance à l'humanité de tout homme, la dignité interdit que lui soit octroyé le droit de s'en abstraire. Elle s'impose à lui et l'empêche de formuler juridiquement une demande visant à ce que lui soit conféré le *droit de ne pas avoir accédé à l'humanité*¹²⁴. Voici, nous semble-t-il, le reproche central que l'on peut adresser aux arrêts de l'assemblée plénière: si la vie ne peut être érigée en préjudice, c'est moins pour des raisons morales tenant

à sa prééminence sur toute autre considération que parce que cela impliquerait qu'un sujet de droit peut utiliser cette qualité pour *demande le bénéfice de ne pas avoir accédé à ce statut*.

35 Ceci explique que la dignité n'a pas dans cette affaire la même incidence selon que l'on traite du préjudice des parents ou de l'enfant, quoi qu'on ait pu écrire¹²⁵: au sens où nous l'entendons, la dignité de l'enfant n'est aucunement menacée par l'indemnisation de ses parents, victimes d'une mauvaise information et privés de ce fait de la faculté de prendre une décision en toute connaissance de cause; elle ne le serait pas non plus s'il était indemnisé d'un préjudice en lieu causal avec la faute incriminée.

Par contre, si l'on admet, comme y incite l'arrêt du 17 novembre 2000, qu'il doit être indemnisé de toute manière, par une sorte de distorsion du droit de la responsabilité civile, parce que la vie qu'il mène est *nécessairement* préjudiciable, cela conduit à penser, comme on l'a déjà soulevé, qu'il y a des vies qui ne valent pas d'être vécues et qu'il eût mieux valu interrompre, puisque c'était la seule manière d'éviter le handicap que l'on prétend indemniser. Là intervient le principe de dignité, norme de protection ultime de l'humanité de l'être humain, *qui postule avant tout, et de toute évidence, qu'il vive, et que toute vie est également digne de protection*. Le caractère indérogeable de la dignité, intrinsèquement liée à l'appartenance au genre humain, explique qu'il ne peut être permis à l'enfant de porter une appréciation sur son accession au statut de sujet de droit. Il peut s'en retrancher par le suicide s'il estime sa vie insatisfaisante, mais nous sommes là en-dehors du droit; sa dignité l'empêche de contester son appartenance au genre humain sur le terrain de la responsabilité civile.

118. H. P. VISSER 'T HOOFT, "Un droit de disposer de soi-même? Droit et morale face au défi technologique", *Arch.philos.dr.* 1987, pp. 351-352.

119. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, La maîtrise de son corps par la personne, *J.T.* 1999, pp. 594-595, n° 22-24.

120. C'est précisément ce qui a motivé la réponse juridictionnelle apportée dans l'une des affaires, sans doute la plus symptomatique, où le concept de dignité entrainé en jeu de manière évidente: celle du lancer de nain, tranchée par l'arrêt précité du Conseil d'État du 27 octobre 1995. La dignité y a clairement été érigée en dogme absolu interdisant à une personne d'invoquer une appréciation *subjective* de sa propre dignité pour *s'abstraire de la communauté humaine* en se livrant à un comportement qui porte *objectivement* atteinte à "ce qu'il y a d'humain dans l'homme".

121. Nous nous rallions en cela aux analyses pertinentes de M. EDELMAN (art. précités); *adde* L. WEIL, *o.c.*, sp. pp. 104-106.

122. F. CHABAS, note au *J.C.P.* 2000, II, 10438; C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU *e.a.*, "La vie humaine peut-elle être un préjudice?", *Le Monde* 24 nov. 2000 et *D.* 2000, n° 44, point de vue; P. MURAT, obs. au *J.C.P.* 2001, I, 293, n° 7.

123. Rapport P. SARGOS, *J.C.P.* 2000, II, 10438; P. JOURDAIN, note au *D.* 2001, p. 338; P.-Y. GAUTIER, "Les distances du juge" à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile", *J.C.P.* 2001, I, 287.

124. En ce sens, les conclusions de M. SAINTE-ROSE précédant les arrêts du 13 juillet 2001 (*J.P.C.* 2001, 10601): "affirmer que l'enfant aurait dû être avorté, c'est l'exclure de l'humanité. Qui plus est, les artifices de la procédure lui feront prononcer par lui-même cette exclusion, ce qui heurte de plus fort le principe de dignité"; rapp. D. DE BÉCHILLON, O. CAYLA et Y. THOMAS, "L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire", *Le Monde* 21 déc. 2000.

IV. L'impact de l'action en *wrongful life* sur la relation médicale

A. Quant à l'interruption volontaire de grossesse

36 En se fondant expressément sur ce que la mère avait déclaré vouloir procéder à une I.V.G. en cas d'atteinte rubéolique, la Cour tend à consacrer définitivement l'analyse de l'avortement en un *véritable droit subjectif* octroyé à la mère et à en déduire l'existence d'un préjudice dans le chef de l'enfant, qui n'en est pas le titulaire, même par répercussion. Cette faculté offerte à la mère et à elle seule risque d'être mise en péril par l'interprétation extensive, redoutée par certains, du droit implicitement conféré à l'enfant par l'arrêt Perruche, ainsi que par

125. Selon Mlle VINEY, la dignité est en cause dans les deux cas, parce qu'il s'agit toujours "d'affirmer que la vie handicapée est domageable" "Brèves remarques à propos d'un arrêt ...", (*J.C.P.* 2001, I, 286); or, pour cet auteur, les actions des parents et de l'enfant devraient toutes deux être rejetées, au motif que "la vie est une valeur qui ne doit être mise en balance avec aucune autre".

l'attitude prudente que les médecins pourraient adopter en vue d'éviter que leur responsabilité soit engagée.

En Belgique comme en France, l'avortement n'est plus un délit lorsqu'il est pratiqué dans certaines conditions précises sur lesquelles nous ne nous étendrons pas¹²⁶. Lorsque l'enfant est atteint d'un handicap grave intervient ce que l'on a coutume d'appeler l'interruption volontaire de grossesse "pour motif thérapeutique" (notion sans doute impropre dès lors qu'il n'y a rien à "soigner" à proprement parler lorsqu'il s'agit d'éviter la naissance d'un enfant lourdement handicapé; art. 350, al. 2, 4°). Elle est subordonnée à la condition qu'il soit "certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic" (loi belge), la loi française se contentant d'une "forte probabilité", ce qui complique l'analyse ainsi que l'illustrent les arrêts de la Cour de cassation française du 13 juillet 2001 et les conclusions qui les précèdent. Il ne s'agit donc nullement d'un avortement de convenance: des conditions strictes sont requises, assorties de sanctions pénales.

37 Classiquement, on voyait dans la tolérance envers l'interruption volontaire de grossesse l'expression d'une *liberté personnelle de la mère* (limitée par la nécessaire protection de l'enfant à naître) plutôt que la consécration d'un droit subjectif opposable *erga omnes*¹²⁷. Les arrêts ici examinés de la Cour de cassation française semblent avoir fait évoluer cette analyse, en ce qu'ils tendent à reconnaître un *droit de la mère* de faire procéder à une I.V.G. pour motif thérapeutique, lequel est violé en cas de mauvaise information, ce qui justifie son indemnisation¹²⁸. Ce droit est soumis à une exigence légale, en ce sens qu'un certain degré de gravité du handicap dépisté est requis; si celui-ci n'est pas atteint, il n'existera *pas de préjudice* puisqu'il n'aurait pas été possible d'éviter la naissance, faute pour la mère de remplir les conditions exigées par la loi pour un avortement tardif¹²⁹. Il y aura dès lors une asymétrie entre le *dommage* que ressentiront les parents et le *préjudice réparable* qui n'existera pas, sauf à dire que puisque

celui-ci n'existe pas, c'est que la loi présume l'absence de dommage, ce qui nous paraît impossible si l'on considère celui-ci comme un *vécu subjectif et intime de la personne*. Il en va de même du dommage personnel ressenti par l'enfant, indéniable, même s'il ne peut être traduit en termes juridiques dans le cadre de la responsabilité civile.

Les appréciations doctrinales divergent quant au point de savoir si l'interruption volontaire de grossesse constitue véritablement un droit subjectif octroyé à la mère. Mais que l'on parle de droit subjectif ou de liberté, force est de reconnaître qu'il y a là une prérogative discrétionnaire octroyée à la femme enceinte et que sa consécration oriente de manière décisive le débat que nous analysons. Si l'on veut bien s'attacher à la portée exacte des textes, il nous semble logique de parler d'un véritable droit subjectif à l'avortement¹³⁰. Le Conseil d'État français a rendu un important arrêt en ce sens le 31 octobre 1980¹³¹; suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, selon lesquelles "l'état de détresse ... est une notion purement subjective que la femme apprécie souverainement", la haute juridiction décide que "la femme majeure ne peut être privée du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse". Par contre, le jugement précité du Tribunal administratif de Strasbourg du 17 juillet 1990 refuse de voir dans la loi du 17 janvier 1975 l'institution d'un droit à l'avortement pour n'y voir "qu'une faculté, dont la mise en œuvre doit rester conciliable avec le principe constitutionnel du respect de la vie de tout être humain, y compris avant la naissance"¹³².

38 Si l'on admet que la femme enceinte a bien le droit de recourir à l'I.V.G. dans les conditions légales prévues,

126. Art. 350 C. pén. Pour une analyse du droit français résultant de la loi Veil du 17 janvier 1975, J. RUBELLIN-DEVICHI, "Le droit et l'interruption volontaire de grossesse", *Petites Aff.* 7 juin 1996, p. 19; Ph. MALAURIE, "Le respect de la vie en droit civil", in *Mélanges Louis Boyer*, P.U. Toulouse, 1996, p. 432; M. HERZOG-EVANS, "Homme, homme juridique et humanité de l'embryon", *RTDCiv.* 2000, pp. 73-77.

127. J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.* C'est aussi l'analyse qui ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 (*D.* 1975, jur., p. 529, note L. HAMON, *J.C.P.* 1975, II, 18030, note E.-M. BEY, *Gaz. Pal.* 1976, I, p. 25, note A. PELLET, *Gr. déc. Cons. const.* p. 295, n° 23, obs. L. FAVOREU et L. PHILIP; J. ROBERT, "La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de la grossesse", *Rev. int. dr. comp.* 1975, p. 873); à ce sujet, le rapport de M. SARGOS précédant l'arrêt du 17 novembre 2000.

128. J. ROCHE-DAHAN, note sous Cass.fr. Civ. 1e 26 mars 1996, *D.* 1997, jur., p. 39.

129. Cass. ass. plén. 13 juillet 2001, *D.* 2001, p. 2325, note P. JOURDAIN *J.C.P.* 2001, 10601, concl. J. SAINTE-ROSE, note, F. CHABAS; Trib. adm. Strasbourg 17 juillet 1990, *Gaz. Pal.* 1991, I, p. 52.

130. En ce sens: J.-F. BARBIÉRI, note sous Cass.fr. Civ. 1e 25 juin 1991, *J.C.P.* 1992, II, 21784; L. AYNÈS, "Préjudice de l'enfant né handicapé ...", *D.* 2001, p. 493 et *Defr.* 2001, p. 281; comp. les analyses de J.-L. AUBERT, "Indemnisation d'une existence handicapée ...", *D.* 2001, p. 489 et *Defr.* 2001, p. 262 et de P. JOURDAIN, note au *D.* 2001, p. 338. C'est également l'approche suivie par M. SARGOS, qui évoque dans son rapport "la liberté inaliénable, discrétionnaire et strictement personnelle de la femme de décider ou non d'interrompre sa grossesse". On peut tirer la même conclusion en droit belge: F. KÉFER, note sous Riom 6 juillet 1989, *J.T.* 1990, p. 645; comp., plus nuancé, S. DE MEUTER, "Wrongful life, wrongful birth, wrongful conception or pregnancy claim ...", in *Liber amicorum E. Krings*, Gand, Story-Scientia, 1991, p. 71.

131. C.E. fr. 31 octobre 1980, *D.* 1981, jur., p. 38, concl. GENEVOIS et somm., p. 167, obs. F. MODERNE et P. BON, *J.C.P.* 1982, II, 19732, note F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ; cette décision refuse au père tout droit de regard sur la décision de la mère (arg. art. L. 162-4 C. santé publ.), ce en quoi, selon M. MALAURIE, elle refuse de reconnaître la nature biologique de l'embryon (*o.c.*, p. 438).

132. Conclusions de M. HEERS précédant ce jugement, *Gaz. Pal.* 1991, I, p. 54; dans le même sens, D. THOUVENIN, "Le droit aussi à ses limites", in *Le magasin des enfants*, J. TESTART (dir.), François Bourin, 1990 et *Folio/Actuel*, 1994, pp. 320-323; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 4e éd., 2000, n° 7-3; G. MÉMETEAU, "L'action de vie dommageable", *J.C.P.* 2000, I, 279; Ph. LE TOURNEAU, note sous Riom 6 juillet 1989, *D.* 1990, jur., p. 286; J.-B. D'ONORIO, note sous C.E. 2 juillet 1982, *D.* 1984, jur., p. 427; du même auteur, "Loi Veil: réflexions sur un premier bilan", *J.C.P.* 1986, I, 3246.

dès lors qu'elle peut être indemnisée lorsqu'elle a été empêchée d'exercer ce droit par la faute du médecin, une nouvelle question se profile: est-elle bien la seule à bénéficier de ce droit, puisqu'il est admis que l'enfant une fois né peut se plaindre qu'elle ne l'ait pas exercé? En reconnaissant à l'enfant un droit de regard sur sa naissance, on introduit l'idée pernicieuse que la décision d'avortement n'est plus un projet personnel des parents mais devient un projet *partagé* entre eux et l'enfant¹³³. Non seulement cela est paradoxal au regard de la qualité de sujet de droit, mais cela comporte des implications problématiques: dès lors que l'on fait insidieusement de l'I.V.G. une prérogative qui n'est plus entièrement celle de la mère, sera-t-il cohérent de refuser à l'enfant de se plaindre de ne pas en avoir fait l'objet *envers ses parents eux-mêmes*, même si l'on peut raisonnablement escompter que les juridictions n'admettraient pas une telle action?

Les premiers commentateurs de l'arrêt du 17 novembre 2000 ont craint, à la suite de M. SAINTE-ROSE, que cette jurisprudence ne débouche sur l'admission d'actions intentées par un enfant handicapé *contre sa mère* qui n'aurait pas procédé à une I.V.G. alors qu'elle aurait été informée des risques courus par le fœtus. Dès lors que la vie d'un enfant handicapé est par elle-même un préjudice, il y aurait faute à s'abstenir de prévenir la réalisation d'un dommage inéluctable, la seule façon de l'empêcher étant de procéder à un avortement¹³⁴. D'où le droit de recourir à l'I.V.G. ne serait plus discrétionnaire, mais relatif; il ne s'agirait plus d'une liberté intime de la femme, mais d'une sorte de *devoir envers l'enfant à naître*¹³⁵. C'est une conséquence logique de l'analyse effectuée par la Cour de cassation: dès lors que l'on reconnaît à l'enfant le droit de se plaindre de sa venue au monde, on lui confère un nouveau droit subjectif, celui de naître en bonne santé; il y a là comme une sorte de droit-crédence, qui a par définition vocation à être invoqué contre tous ceux qui feraient obstacle à sa réalisation¹³⁶.

Cette déduction logique doit toutefois être tempérée avec force en soulignant, avec la quasi-totalité des auteurs, qu'une action en responsabilité de l'enfant contre ses parents doit être exclue pour la simple raison que la décision de refuser l'avortement et de mettre au monde un enfant, fût-il handicapé, *ne peut en aucune manière*

*être qualifiée de fautive*¹³⁷. Donner la vie à un enfant, même lourdement handicapé, ne peut constituer une faute pour les parents car "ce n'est jamais un devoir de recourir à des méthodes anticonceptionnelles ou à l'avortement"¹³⁸.

39 Une autre crainte a été mise en avant à la suite de la décision de la Cour de cassation: une possible ingérence du médecin dans la liberté maternelle ou parentale de recourir à l'I.V.G. On redoute en quelque sorte un "excès de précaution" au stade prénatal, voire préconceptionnel¹³⁹. Il paraît évident qu'il ne peut être question d'un quelconque "principe de précaution" lorsqu'il s'agit de la naissance d'un enfant; une analyse lucide impose de se garder de tout alarmisme excessif: il ne s'agit pas ici, à notre sens, d'une "dérive eugéniste" et il est malencontreux de se perdre en conjectures quant à une possible augmentation du nombre d'interruptions volontaires de grossesse par crainte d'actions en responsabilité. En soi, et cela a été plusieurs fois souligné, l'avortement thérapeutique peut servir à *couvrir des desseins eugéniques* que l'on s'accorde pourtant à proscrire vigoureusement¹⁴⁰. Mais le succès d'une action individuelle en responsabilité n'induit aucun eugénisme *organisé*, cette notion revêtant nécessairement un aspect collectif¹⁴¹.

D'autres commentateurs ont soutenu que l'exercice de la liberté d'avorter ne sera aucunement influencé par l'arrêt Perruche, car la femme qui apprend que l'enfant qu'elle porte risque d'être gravement handicapé ne peut en aucun cas être contrainte d'avorter¹⁴². Ces auteurs rejettent tout amalgame avec l'eugénisme, la sélection et la

133. M.-A. HERMITTE, "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gaz. Pal.* 24-25 octobre 1997, p. 78.

134. G. MÉMETEAU, *o.c.*

135. En ce sens, F. CHABAS, note au *J.C.P.* 2000, II, 10438; C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU e.a., point de vue préc.; F. TERRÉ, "Le prix de la vie", *J.C.P.* 2000, n° 50, actualité; J.-L. FAGNART, "To be or not to be?", *Journ. Proc.* 15 décembre 2000, p. 24; Ch. RADÉ, "Être ou ne pas naître? Telle n'est pas la question!", *Resp. civ. et ass.* 2001, chr. n° 1; adde J.-Y. GOFFI, "La notion de vie préjudiciable et l'eugénisme", in *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, Bruxelles, De Boeck-Université, 1999, p. 79.

136. Sur ce point, l'avis du Comité consultatif national d'éthique français du 29 mai 2001, *Handicaps congénitaux et préjudice*.

137. L. AYNÈS, *o.c.*, p. 493; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1998, n° 249-3, p. 18; D. MAZEAUD, note au *D.* 2001, p. 335; P. JOURDAIN, note au *D.* 2001, p. 338; J. ROCHE-DAHAN, note préc., p. 38; M. DEGUERGUE, "Les préjudices liés à la naissance", *Resp. civ. et ass.* mai 1998, p. 19; R.O. et J. DALCQ, obs. au *Journ. Proc.* 15 déc. 2000, pp. 14-15; G. VINEY, obs. au *J.C.P.* 1997, I, 4025, n° 22.

138. M.-Th. CALAIS-AULOY, "La vie préjudiciable", *D.* 2000, n° 15, p. IV; comp., moins catégorique, C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life ...", *T.Gez.* 1998-99, pp. 287-288; *contra*, admettant l'éventualité d'une action de l'enfant handicapé contre ses parents qui auraient commis une faute à le laisser naître, l'opinion séparée de M. CAILLAVET jointe à l'avis précité du Comité consultatif d'éthique.

139. C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU e.a., point de vue préc.; F. CHABAS, note préc., et F. TERRÉ, *o.c.*, pour qui l'arrêt induit "l'incitation à l'avortement, mieux vaut dire l'euthanasie prénatale", reprenant la formule utilisée par M. HAUSER dans ses commentaires antérieurs. Déjà auparavant, C. TROUET, *o.c.*, p. 286.

140. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, P.U.F., coll. Thémis, 20e éd., 1996, p. 38; de manière générale, sur les dérives possibles de l'assistance médicale à la procréation, à laquelle l'avortement thérapeutique est lié, *Le magasin des enfants, précité*, not. L. GAVARINI, "Experts et législateurs de la normalité de l'être humain: vers un eugénisme discret", p. 217; pour une mise en perspective des enjeux en cause, en particulier sur les plans historique et philosophique, F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, 1987.

141. Sur cette nécessaire distinction, J.-Y. GOFFI, *o.c.*, p. 74. Sur ce point précis, nous nous écartons de l'avis précité du Comité consultatif national d'éthique.

142. M. GOBERT, "La Cour de cassation méritait-elle le pilori?", *Petites Aff.* 8 décembre 2000, pp. 7-8; D. MAZEAUD, note préc., p. 336.

hiérarchisation des vies humaines: seule est ici en cause la loi qui autorise l'avortement thérapeutique, et il ne faudrait pas confondre "sélection eugénique et légitime volonté des parents de ne pas donner la vie à des enfants atteints de déficiences graves"¹⁴³. L'avortement d'un fœtus voué à être gravement handicapé n'a effectivement rien à voir avec la pratique d'un eugénisme collectif et organisé. Il n'en reste pas moins que l'alourdissement de la responsabilité des médecins auquel a procédé la Cour de cassation française est susceptible d'avoir des répercussions sur la manière dont ils appréhendent leur activité au stade prénatal et leurs relations avec les patientes enceintes¹⁴⁴.

B. Quant à l'étendue des obligations du médecin dans la pratique du diagnostic prénatal et à la mise en cause de sa responsabilité

40 A considérer la naissance d'un enfant handicapé comme un préjudice alors même que cet état n'est pas la conséquence d'une faute médicale, certains¹⁴⁵ redoutent l'amorce d'une dérive vers l'idée d'*obligation de résultat* de faire naître un enfant en bonne santé que l'on ferait peser sur les médecins. Cette crainte nous paraît excessive: en effet, sur le plan juridique, l'exigence de *faute* subsiste, c'est même la seule qui ne soit aucunement affectée par les arrêts de l'assemblée plénière puisqu'elle n'était pas en débat devant elle. Cette vision du médecin "garant de la qualité de la vie", contractant "l'obligation de ne produire que des enfants en parfaite santé", nous semble dès lors inutilement alarmiste. Par contre, on peut imaginer que les praticiens auront légitimement à cœur d'éviter que leur responsabilité soit trop rapidement mise en cause dans ce cadre, tant il est vrai que "la pression des actions en responsabilité a une répercussion directe sur les pratiques médicales"¹⁴⁶.

Peut-on dès lors craindre, à la suite du Comité consultatif national d'éthique, que les médecins se montrent

excessivement prudents et conseillent l'avortement au moindre risque, passant subrepticement de "l'information" à la "persuasion"? Il y aurait de ce fait de moins en moins d'enfants handicapés, car l'action conjuguée des progrès du diagnostic anténatal et d'une jurisprudence responsabilisante et indemnisatrice conduirait vers une société qui se donne les moyens d'améliorer globalement l'état de santé de ses enfants. On comprend, en ce sens, que certains se risquent à parler d'une démarche à coloration eugénique. Pour notre part, il nous semble qu'il n'y aura pas forcément plus d'avortements thérapeutiques après ces arrêts, ne serait-ce que parce que cette décision relève, du point de vue "procédural", de la liberté exclusive de la mère; mais nous comprenons que l'on craigne qu'un tel alourdissement de la responsabilité des médecins les incite à mettre en garde les parents au moindre risque et à leur conseiller fortement l'avortement. En supprimant l'enfant à naître, on supprime évidemment toute possibilité de mettre en cause cette responsabilité, qui n'a encore jamais été engagée pour un avortement "abusif"; on peut dès lors imaginer que certains médecins préféreront insister pour qu'un fœtus qui a beaucoup de chances d'être sain soit avorté plutôt que de courir le risque, même très faible, qu'il naisse infirme et qu'on le leur reproche.

41 Pour autant, ce risque peut être atténué par le simple rappel que la responsabilité du praticien ne pourra pas être retenue en l'absence de faute¹⁴⁷. Le danger qui existe est qu'une faute avérée pourrait entraîner sa condamnation à des dommages-intérêts beaucoup plus élevés que ce n'aurait dû être le cas par une application normale du droit de la responsabilité civile. L'incidence de la responsabilisation accrue d'une discipline médicale, en l'occurrence l'échographie, se marque également sur le terrain des primes d'assurance des médecins concernés, qui risquent d'augmenter sensiblement si l'on veut bien supposer que les compagnies, sur lesquelles repose *in fine* le poids financier de l'indemnisation, tiendront à protéger leurs intérêts¹⁴⁸. Ce qui, par voie de conséquence, pose la question du refus possible de certains médecins de se livrer à des investigations "à risque" comme les échographies ce qui pourrait résulter en une augmentation des naissances d'enfants handicapés.

42 Sur le plan de l'*obligation d'information*, le médecin doit rechercher tous les risques de malformation qu'un médecin prudent et avisé peut suspecter compte tenu des moyens dont il dispose et les signaler à sa patiente, même

143. P. JOURDAIN, note au *D.* 2001, p. 338. Dans un avis du 20 février 1996, le Groupe de conseillers pour l'éthique des biotechnologies auprès de la Commission européenne a estimé que l'avortement ne pouvait être la conséquence automatique d'un test génétique défavorable et que ce choix revenait *exclusivement à la femme ou au couple*, sans aucune discrimination ou pénalisation ultérieure (N. LENOIR et B. MATHIEU, *Le droit international de la bioéthique*, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1998, p. 100). Le Conseil constitutionnel, dans sa décision précitée du 15 janvier 1975, a également affirmé que le choix de la mère ne pouvait devenir une contrainte.

144. Sur ce point, les craintes exprimées par le Comité consultatif national d'éthique dans son avis précité.

145. Notamment M. HAUSER dans ses divers commentaires: "en admettant que l'enfant puisse agir contre les médecins pour se plaindre de son état, lequel n'a pas été provoqué par leur faute, on fait peser sur ceux-ci une véritable obligation de résultat tenant à la naissance d'un enfant en bon état" (interview, *Dr. et patr.* janvier 2001, p. 8); "le principe de précaution appliqué à la conception et à la gestation aboutit alors à créer une obligation de proposer de supprimer tout embryon "à risque"..."; *adde* ses obs. in *RTDCiv.* 2001, p. 103. Dans ce sens aussi, les réactions inquiètes de certains médecins (*La médicale de France*, janvier 2001; interview du Professeur C. SUREAU, *Le concours médical* 2001, n° 1, p. 59).

146. P. MURAT, obs. au *J.C.P.* 2001, I, 293, n° 7.

147. D. MAZEAUD, note préc., p. 335; Ch. RADÉ, *o.c.*; Y.-H. LELEU, "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche'", *R.G.A.R.* 2002, à paraître, n°s 24-25.

148. Sur cet aspect, J. ROGGE, "Les problèmes soulevés par les assurances de responsabilité médicale", in *Actualités du droit de la santé*, J. CRUYPLANTS et J.-L. FAGNART (dir.), Bruxelles, éd. du Jeune barreau, 1999, p. 337.

s'ils sont exceptionnels¹⁴⁹. Il ne doit toutefois pas convaincre la mère de recourir à l'I.V.G., si l'on en croit, *mutatis mutandis*, un arrêt récent aux termes duquel "un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande" dès lors qu'il l'informe correctement de ce danger¹⁵⁰. C'est ici l'appréciation de l'existence d'une faute qui est en jeu: la décision d'avorter reposant sur la mère seule, le médecin ne pourra être considéré comme fautif dès lors qu'il lui aura communiqué tous les éléments d'information nécessaires, sans minimiser ni exacerber les risques encourus. Etant donné les incertitudes qui gouvernent les diagnostics prédictifs en matière procréative, la jurisprudence n'attend évidemment pas du médecin un diagnostic assuré à 100 %, mais elle se montre plus exigeante sur le terrain de l'obligation d'information en exigeant notamment de lui qu'il précise attentivement les limites de la fiabilité du diagnostic posé, comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'État du 14 février 1997, ce qui ajoute au contenu de la preuve qu'il doit délivrer. Il n'y a là qu'un prolongement de la jurisprudence actuelle, qui se montre sévère en ce qui concerne le devoir fondamental d'information du patient.

Conclusion

43 Dans l'affaire Perruche et les autres cas similaires, la prise en compte de la souffrance aiguë de l'enfant ne nécessitait pas d'adopter une position si problématique générant tant de questions fondamentales. Il aurait été bien plus simple d'indemniser largement les parents au moyen d'une rente viagère destinée à couvrir les besoins matériels de l'enfant; cette voie a pu être empruntée par le Conseil d'État, mais pas par la Cour de cassation étant donné que cet aspect du litige ne lui a pas été soumis. Cela aurait permis d'éviter que soient malmenées tant les règles de la responsabilité civile que celles des droits subjectifs et de la dignité humaine, tout en obtenant le même résultat sur le plan financier¹⁵¹.

149. C'est le dernier état de la jurisprudence française, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État: Cass.fr. Civ. 1e 7 octobre 1998, *J.C.P.* 1999, I, 147, n° 5, obs. G. VINEY, *J.C.P.* 1998, II, 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS, *D.* 1999, jur., p. 145, note S. PORCHY, *Contrats Conc. Consom.* 1998, n° 160, obs. L. LEVENEUR; Cass.fr. Civ. 1e 15 juillet 1999, *J.C.P.* 1999, IV, 2713, *D.* 1999, somm., p. 393, obs. J. PENNEAU; C.E. 5 janvier 2000, *D.* 2000, I.R., p. 28, *J.C.P.* 2000, II, 10271, note J. MOREAU.
150. Cass.fr. Civ. 1e 18 janvier 2000, *J.C.P.* 2001, II, 10473, note A. DORSNER-DOLIVET, *Deffr.* 2000, p. 722, note D. MAZEAUD.
151. M.-L. FORTUNÉ-CAVALIÉ, Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé: vers "l'œuf transparent"? *Méd. & Droit* 1998, n° 33, pp. 20-21; l'avis précité du Comité consultatif d'éthique est très clair sur ce point: "la reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître dans certaines conditions apparaîtrait hautement discutable sur le plan du droit, inutile pour assurer l'avenir matériel des personnes souffrant de handicaps congénitaux et redoutable sur le plan éthique. En effet, un tel droit risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens une pression normative d'essence eugénique"; comp. B. MARKESINIS, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", *RTDCiv.* 2001, pp. 87-89.

Cela étant dit, nous pensons comme de nombreux autres auteurs que ces hypothèses dramatiques relèvent non pas du droit de la responsabilité mais d'un mécanisme de réparation *indépendant de l'idée de faute* et faisant appel à la *solidarité collective*. Il est patent que la responsabilité civile n'était pas le mode de règlement indiqué dans cette affaire; il n'est pas sain, dans une perspective tant juridique que sociologique, d'utiliser le droit de la responsabilité civile de façon effrénée en transformant la prise en charge d'un *état dommageable* en indemnisation d'un préjudice¹⁵². Il nous semble judicieux et urgent d'instituer un système de réparation des "accidents médicaux", au sens large, qui s'écarte du droit classique de la responsabilité en vue d'éviter de malmener cette institution¹⁵³. On ne compte plus les auteurs qui se prononcent en ce sens¹⁵⁴. Dans cette affaire, il n'y avait pas lieu d'*indemniser le dommage d'une victime* au moyen des règles de la responsabilité civile, mais de *prendre en charge l'existence d'une personne handicapée*, devoir qui incombe à la collectivité¹⁵⁵. L'enfant devait faire l'objet d'un soutien public, et l'inexistence ou l'insuffisance d'un tel mécanisme collectif¹⁵⁶ ne permettent pas de le pallier en faisant abusivement appel à la responsabilité civile¹⁵⁷.

Cette méthode de "réparation" a entre autres atouts celui de l'équité. Si les parents peuvent espérer recevoir, en agissant au nom de leur enfant, une couverture intégrale des coûts exposés en cas de diagnostic prénatal

152. Sur cette dérive actuelle du droit de la responsabilité civile qu'illustre l'arrêt du 17 novembre 2000, la note de D. MAZEAUD au *D.* 2001, pp. 332-333. Comp. l'opinion, divergente de la nôtre, de Y.-H. LELEU in Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical, précité*, p. 62, n° 76, pour qui "l'arrêt est opportun en équité et n'encourt aucun reproche quant à la mise en œuvre de l'article 1165 du Code civil permettant à un tiers de réclamer une indemnité pour l'inexécution d'un contrat, ni quant à l'application des conditions de la responsabilité civile, définies par la jurisprudence et, partant, sujettes à variations en phase avec l'émergence de problématiques socio-économiques nouvelles"; voy. surtout, du même auteur, "Le droit à la libre disposition du corps...", *précité*.
153. Nous rejoignons en cela les propositions de J.-L. FAGNART et Th. VANSWEEVELT (*Responsabilité et accidents médicaux*, Gand, MYS & BRESCH, 1996), récemment reprises par J.-L. FAGNART, "La réparation des accidents médicaux. Perspectives d'avenir", in *Actualités du droit de la santé, précité*, p. 361.
154. P. MURAT, obs. au *J.C.P.* 1996, I, 3946, n° 6 et 2001, I, 293, n° 7; J. HAUSER, obs. in *RTDCiv.* 2000, p. 83; J. PENNEAU, obs. au *D.* 1997, somm., p. 323; P. BON et D. DE BÉCHILLON, obs. au *D.* 1999, somm., p. 61; J.-P. GRIDEL, note au *J.C.P.* 1990, II, 21556; A.-M. LUCIANI, La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, *Petites Aff.* 27 juin 1997, p. 21; C. LABRUSSE-RIOU et B. MATHIEU, "La vie humaine peut-elle être un préjudice?", *Le Monde* 24 nov. 2000 et *D.* 2000, n° 44, point de vue; G. MÉME-TEAU, L'action de vie dommageable, *J.C.P.* 2000, I, 279. M. SAINTE-ROSE lui-même avait terminé ses conclusions en ce sens (concl. orales, *D.* 2001, p. 320). *Contra*: M. GOBERT, *o.c.*, p. 8.
155. J. HAUSER, obs. sous Orléans 5 février 1999, *RTDCiv.* 2000, p. 83 et sous Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, *RTDCiv.* 2001, p. 103.
156. Sur la protection sociale des handicapés en France, Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 4e éd., 2000, pp. 358-368. Le problème de l'insertion des handicapés dans la société est abordé dans l'avis précité du Comité consultatif d'éthique, qui juge celle-ci très insuffisante et parle d'un "devoir impérieux de solidarité de la société", d'une "responsabilité collective de la société envers ses membres fragilisés" indépendante d'une action éventuelle en responsabilité civile.
157. M. DEGUERGUE, "Les préjudices liés à la naissance", *Resp. civ. et ass.* mai 1998, p. 18.

erroné, ne bénéficient-ils pas d'un avantage bien paradoxal par rapport à ceux dont le médecin aura été diligent, par exemple dans l'hypothèse où le handicap n'était pas décelable lors du diagnostic prénatal et a surpris les parents à la naissance? Est-il raisonnable que l'enfant de parents victimes d'une négligence médicale se trouve en meilleure posture que celui qui, n'ayant pas la "chance" de pouvoir en appeler à quelqu'un qui n'est pas responsable du dommage dont il souffre, ne pourra compter que sur une solidarité sociale sans doute bien imparfaite¹⁵⁸?

Il semble que le législateur français s'apprête enfin à régler le douloureux problème des accidents médicaux en dehors du cadre de la responsabilité civile, comme certains auteurs le réclament depuis plusieurs années¹⁵⁹. Gageons que le même chemin sera prochainement emprunté par son homologue belge. L'indemnisation des conséquences imprévisibles et dramatiques d'une intervention médicale est nécessaire, même si aucune faute ne peut être reprochée au praticien. N'est-il pas dès lors regrettable que la plus haute juridiction française, en sa formation la plus solennelle, ait ouvert le XXI^e siècle par une application si discutable du droit de la responsabilité civile, dans une espèce très symbolique où il n'y avait ni lien de causalité, ni préjudice indemnifiable? Nous laissons chacun libre de poursuivre ce débat, en espérant avoir contribué à en éclairer les enjeux essentiels.

158. En ce sens, J. HAUSER, obs. préc., p. 104.

159. G. VINEY et P. JOURDAIN, "L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?", *J.C.P.* 1997, I, 4016; M. GOBERT, "L'aléa thérapeutique en droit civil", in *L'aléa thérapeutique*, LGDJ, 1995. *Adde* Ch. LARROUMET, "L'indemnisation de l'aléa thérapeutique", *D.* 1999, chr., p. 33; P. SARGOS, "Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale", *D.* 1996, p. 365 et *L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire*, *J.C.P.* 2000, I, 202; E. GOUESSE, "Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation", *Petites Aff.* 25 janv. 2000, p. 10.