

Handicap grave non décelé in utero: panorama des réponses jurisprudentielles

Gilles GENICOT

Avocat au barreau de Liège

Maître de conférences à l'U.Lg.



Résumé

L'issue judiciaire des actions en wrongful birth ou, plus encore, en wrongful life retient toujours l'attention. Il s'agit d'apprécier si le préjudice propre de l'enfant né affecté d'une grave malformation congénitale, inhérente à son patrimoine génétique, non décelée in utero à la suite d'un manquement fautif dans le suivi échographique de la grossesse, peut être réparé au moyen des règles classiques du droit de la responsabilité civile. Cette question délicate, qui suppose de déterminer si le handicap de l'enfant constitue dans son chef un préjudice réparable qui peut être imputé au gynécologue fautif, a fait couler beaucoup d'encre et est en pleine actualité. Tout en indemnisant l'entier préjudice des parents, qu'elle ne limite pas à la perte d'une chance, la Cour d'appel de Mons répond négativement à cette double question. Cette position vient d'être validée, dans une autre affaire, par la Cour de cassation, ce qui éclaire d'un jour nouveau – et, supposons-le, décisif – un contentieux très controversé. L'arrêt montois est ici confronté aux autres décisions belges et à l'enseignement de la juridiction suprême.

Sous peine d'en esquiver l'enjeu véritable, la question du caractère réparable du préjudice propre de l'enfant en pareille hypothèse, doit être résolue sans s'en tenir à l'absence de lien causal entre la faute de dépistage et le handicap – révélé et subi, par définition, au travers de la naissance –, mais en centrant l'analyse sur la notion même de dommage. C'est le message délivré par la Cour de cassation. Il est alors possible d'indemniser l'intégralité du préjudice des parents, qui n'est pas qu'une perte de chance, tout en refusant de faire droit à l'action en wrongful life intentée au nom de l'enfant. Il n'est pas déraisonnable d'allouer aux parents, qui les exposent, l'intégralité des coûts d'éducation et d'entretien, en ce compris l'ensemble des conséquences du handicap et un dommage moral substantiel, tout en n'indemnisant pas le préjudice propre de l'enfant: aucune motivation convaincante n'est jamais parvenue à relier le fait d'être né handicapé à la méconnaissance d'un droit subjectif – ou d'un intérêt légitime – dans le chef de ce dernier. Le résultat est, en pratique, équivalent, mais la démarche est, en droit, toute différente. Telle est l'analyse que la Cour d'appel de Mons et, désormais surtout, la Cour de cassation invitent à consacrer.

Samenvatting

De juridische kwestie van de wrongful-birth-vorderingen of, sterker nog, die van de wrongful-life-vorderingen krijgt nog

steeds alle aandacht. Er moet worden beoordeeld of de eigen schade van het kind dat geboren is met een ernstige congenitale misvorming, die inherent is aan zijn erfelijk materiaal, die niet in utero werd ontdekt ten gevolge van een foutieve tekortkoming in de echografische opvolging van de zwangerschap, kan worden hersteld via de klassieke regels van het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht. Deze delicate kwestie, die veronderstelt dat wordt bepaald of de handicap van het kind ten aanzien van hem een herstelbare schade vormt die kan worden aangerekend aan de gynaecoloog die een fout heeft begaan, heeft al veel inkt doen vloeien en is volledig actueel. Terwijl het hof van beroep te Bergen de volledige schade van de ouders vergoedt, die het niet beperkt tot het verlies van een kans, beantwoordt het deze dubbele vraag ontkennend. Dit standpunt werd onlangs door het Hof van Cassatie bekrachtigd in een andere zaak. Zo wordt een nieuw en vermoedelijk beslissend licht geworpen op een zeer betwiste materie. Het arrest van het hof van beroep te Bergen wordt hier geconfronteerd met andere Belgische beslissingen en met de lering van het Hof van Cassatie.

De vraag van het herstelbare karakter van de eigen schade van het kind in een dergelijk geval moet worden beantwoord zonder vast te houden aan het gebrek aan oorzakelijk verband tussen de fout bij de vaststelling en de handicap, die per definitie, door de geboorte wordt ontdekt en ondergaan, omdat men anders het werkelijke probleem uit de weg gaat. Het onderzoek moet daarom op het begrip zelf van de schade gericht zijn. Dat is de boodschap van het Hof van Cassatie. Het is bijgevolg mogelijk de volledige schade van de ouders te vergoeden, die niet enkel bestaat in het verlies van een kans, terwijl de wrongful-life-vordering die in naam van het kind wordt ingesteld, wordt afgewezen. Het is niet onredelijk om aan de ouders alle onderwijs- en onderhoudskosten, die door de ouders worden gedragen, te vergoeden, met inbegrip van alle gevolgen van de handicap en een aanzienlijke morele schade, zonder de eigen schade van het kind te vergoeden: men heeft nog nooit een overtuigende motivering naar voren gebracht op basis waarvan het feit dat men met een handicap wordt geboren in verband kan worden gebracht met de miskennis van een subjectief recht, of een rechtmatig belang, in hoofde van de gehandicapte persoon. Het resultaat komt in de praktijk op hetzelfde neer, maar de juridische benaderingswijze is volledig verschillend. Dat is de analyse die het hof van beroep te Bergen en voortaan vooral het Hof van Cassatie vragen in acht te nemen.

1. L'issue judiciaire des actions en *wrongful birth* – naissance d'un enfant en bonne santé consécutive à l'échec d'une stérilisation¹ ou d'un avortement² – ou, plus encore, des actions en *wrongful life* retient toujours l'attention. L'espèce rapportée est de celles-ci. Il s'agit alors, pour le juge judiciaire, d'apprécier si le *préjudice propre de l'enfant* né affecté d'une grave malformation congénitale, inhérente à son patrimoine génétique, non décelée *in utero* à la suite d'un manquement dans le suivi échographique de la grossesse, peut être réparé au moyen des règles classiques du droit de la responsabilité civile. Cette question délicate, qui suppose de déterminer si le handicap de l'enfant, d'une part, constitue dans son chef un *préjudice réparable* et, d'autre part, s'il peut être *imputé* au gynécologue fautif, a fait couler beaucoup d'encre³ et est en pleine actualité.

Le présent arrêt⁴ est la troisième décision d'appel rendue en la matière; il fait suite à un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 septembre 2010⁵ et à un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 3 novembre 2011⁶. Contrairement à ses homologues, la juridiction montoise répond négativement à cette double question, tout en indemnisant *l'entier préjudice des parents* qu'elle ne limite pas à la notion de perte d'une chance. Les trois décisions précitées ont été déferées à la censure de la Cour de cassation, laquelle vient de casser, par un arrêt du 14 novembre 2014, l'arrêt gantois. Cette intervention de la juridiction suprême, longtemps attendue, éclaire évidemment d'un jour nouveau – et, supposons-le, décisif – un contentieux pour le moins controversé. L'arrêt de la Cour de cassation, rendu en audience plénière⁷, est publié et commenté ailleurs dans cette livraison de la revue et sera à n'en pas douter débattu et questionné, la solution qu'il pose ne faisant pas l'unanimité. Nous n'approfondirons pas, dans le cadre restreint de ce commentaire, les questions complexes suscitées par le contentieux ici en cause, déjà amplement défrichées⁸. L'arrêt rapporté (I) sera confronté aux autres décisions belges (II) et à l'enseignement de la Cour de cassation (III).

I. La position de la Cour d'appel de Mons : indemnisation intégrale des parents, causalité absente pour l'enfant

2. Les données de l'espèce sont les suivantes. A la naissance de Tom, le 10 mars 2003, on découvrit qu'il était atteint d'une *spina bifida*, soit une malformation neurologique congénitale grave et irréversible, ensuite compliquée d'une hydrocéphalie⁹; il demeure affecté de troubles moteurs sérieux. Confrontés à cette tragédie, ses parents ont poursuivi la réparation tant de leur dommage personnel que de celui de leur fils; c'est sur cette double action (*wrongful birth* et *wrongful life*) que statue l'arrêt rapporté. Ils reprochaient au gynécologue qui avait suivi la grossesse de ne pas avoir effectué ou recommandé des examens supplémentaires, et de ne pas avoir décelé à l'échographie morphologique du second trimestre la malformation du système nerveux central de l'enfant. Ils faisaient valoir que, s'ils avaient obtenu toutes les informations utiles quant à la malformation présentée par le fœtus, ils auraient décidé d'interrompre la grossesse, le handicap de Tom rentrant dans les conditions légales d'un avortement dit « thérapeutique », de sorte qu'ils subissaient un dommage personnel résultant de leur obligation d'assumer la prise en charge, lourde et pénible, de leur fils gravement handicapé. Ils réclamaient par ailleurs et surtout, en leur qualité de représentants légaux de ce dernier, la réparation de *son dommage propre* résultant de l'obligation pour lui de vivre avec ce handicap, avec toutes les conséquences matérielles et morales qui en découlent.

La Cour d'appel de Mons décide, contrairement au premier juge, que le préjudice subi par les parents personnellement *ne constitue pas la perte d'une chance* et qu'ils peuvent prétendre, agissant en leurs noms personnels, à la réparation de l'intégralité de leur dommage. L'action introduite au nom de l'enfant fut en revanche rejetée aux deux degrés de juridictions,

1. Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT, « Dommage moral en cas de naissance d'un enfant non désiré après l'échec d'une vasectomie »; *cette revue*, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT, « Het belang van adequate informatie over nazorg en de beperking tot morele schade wegens de geboorte van een ongewenst, gezond kind (de zaak Chloé). »
2. Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », pp. 1165 à 1182; *cette revue*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS, « L'action en grossesse préjudiciable (*wrongful pregnancy*) ». Cet arrêt a été frappé d'un pourvoi en cassation qui n'est toujours pas tranché à l'heure de rédaction.
3. Voy. les études fondatrices de 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; R. KRUIJTHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind? », *R.W.*, 1986-1987, p. 2737.
4. Déjà publié à la *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.967.
5. *Cette revue*, 2011-2012, p. 183, note M. DILLEN et F. DEWALLENS, « Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden », pp. 190 à 197; *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.675, note N. ESTIENNE.
6. *Cette revue*, 2011-2012, p. 205, note A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », pp. 212 à 229; *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.943, note D. DE CALLATAY.
7. Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, publié dans ce numéro de la *Revue* avec concl. de M. l'Avocat général VAN INGELGEM et note A. HUYGENS; *J.L.M.B.*, 2015, à paraître, notes G. GENICOT et Y.-H. LELEU.
8. Voy. not. à cet égard, en doctrine belge récente, outre les notes précitées: L. SAUVEUR, « La prise en charge du besoin d'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital non décelé. Etat actuel du droit français et du droit belge », *Rev. Dr. Liège*, 2011, pp. 485 à 530; T. VANSWEEVELT, « Schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland kind », in *Handboek gezondheidsrecht*, T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), vol. 1, *Zorgverleners: statuut en aansprakelijkheid*, Intersentia, 2014, pp. 1394 à 1404; « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, J.-P. BEAUTHIER (dir.), Larcier, 2008, pp. 65 à 114, et spéc. l'étude de J.-L. FAGNART sous le même titre, pp. 81 à 99; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 561 à 580, et les réf. citées; G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 79 à 98; R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PUTZ, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un préjudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître? », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 117 à 132; Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche' », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.466; A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.722.
9. Le *spina bifida* se définit comme la « malformation consistant en une fissure de l'axe postérieur du rachis par défaut de soudure des points d'ossification sur une ou plusieurs vertèbres, à travers laquelle font hernie, sous forme d'une tumeur plus ou moins volumineuse, les méninges et parfois la moelle avec une quantité variable de liquide céphalo-rachidien » (*Dictionnaire Garnier-Delamaré des termes de médecine*, Paris, Maloine, 30^e éd., 2009, p. 816). Voy. ég. *L'Encyclopédie Médicale Larousse / Le Manuel Merck*, Larousse, 2007, pp. 1433 à 1438 (Détection des maladies génétiques) et pp. 1514 et suiv., spéc. pp. 1529 à 1531 (Malformations congénitales: malformations du cerveau et de la moelle épinière, malformations du tube neural, hydrocéphalie).

la Cour d'appel confirmant l'absence de « *lien causal entre la faute et le dommage dont les (parents) demandent la réparation en leurs qualités de représentants légaux de leur fils* ».

3. La *faute retenue dans le chef du gynécologue* n'appelle guère de commentaires. Tant le premier juge que la Cour d'appel ont estimé qu'il aurait dû être en mesure de diagnostiquer la malformation de l'enfant avant sa naissance. Il convient bien entendu de rappeler que le délicat débat sur la consistance du dommage, en présence d'une action en *wrongful birth* et en *wrongful life* consécutive à la naissance d'un enfant handicapé, ne saurait naître que si un manquement *fautif* dans le suivi obstétrique et en particulier échographique est établi, et que toute erreur de diagnostic n'est pas nécessairement fautive, loin s'en faut, même s'il s'agit d'une source quantitative importante de responsabilité¹⁰. S'agissant précisément du diagnostic prénatal, l'absence de dépistage d'une anomalie fœtale sera fautive si elle résulte « d'un manquement du médecin aux règles inhérentes au suivi de la grossesse – lesquelles impliquent, entre autres, que des investigations approfondies soient menées en cas de malformations constatées et que, en cas de doute sur l'exactitude du diagnostic, l'examen soit renouvelé ou l'avis d'un confrère demandé, tous les moyens d'investigation (...) devant être mis en œuvre –, de sa négligence en présence d'indices révélateurs d'une anomalie fœtale ou encore de pratiques non conformes aux données actuelles, c'est-à-dire à l'époque des faits, de la science¹¹ ». L'arrêt rapporté s'inscrit parfaitement dans cette tendance. Ce sont les *conséquences de cette faute* qui retiennent l'attention, d'une part, s'agissant du préjudice des parents et, d'autre part, de celui de l'enfant.

4. En ce qui concerne le préjudice des parents, le premier juge avait estimé qu'il n'était pas établi que ceux-ci avaient formellement informé le gynécologue, dès le début de la grossesse, de leur volonté d'interrompre celle-ci s'il devait apparaître que le fœtus était affecté d'une malformation ou d'un handicap graves, ce qui est certainement concevable en présence d'une grossesse dont rien ne semblait indiquer qu'elle était « à risques »¹². Selon le jugement entrepris – et c'est sur ce point, capital, qu'il est réformé par l'arrêt rapporté –, en conséquence de la faute commise par le gynécologue, les parents « *ont perdu une chance de solliciter une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique* ». Le premier juge appliquait ainsi la théorie de la perte d'une chance dans ce qui apparaît comme l'un de ses domaines d'élection en droit médical: la faute reprochée au gynécologue s'assimile en effet non seulement à une faute technique, *mais aussi et surtout à un manquement au devoir d'information*¹³. La Cour d'appel s'écarte de ce raisonnement, considérant qu'il est in

concreto certain, d'après les circonstances de la cause et les éléments – objectifs et subjectifs – versés aux débats, que la maman aurait demandé à subir une IVG si elle avait été informée de la pathologie grave dont souffrait l'enfant à naître, de sorte que les préjudices moral et matériel résultant, pour les parents, du handicap de leur fils ne constituent pas la perte d'une chance et doivent être intégralement réparés.

5. Ce faisant, la juridiction montoise nous paraît distinguer là où il y a lieu de le faire, et adopter une approche plus nuancée que ses homologues bruxelloise et gantoise. En effet, l'arrêt précité de la Cour d'appel de Gand du 3 novembre 2011 s'appuie sur le doute qui subsiste quant à la décision maternelle et en conclut que la faute n'a entraîné qu'une perte de chance dans le chef *tant des parents que de l'enfant lui-même*. En revanche, celui de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 septembre 2010 admet pareillement la certitude d'un avortement, mais alors pour en déduire une certitude causale avec l'entier préjudice *tant des parents que de l'enfant*. L'arrêt rapporté combine, de manière plus méritoire, la certitude d'un avortement en l'absence de la faute et l'absence de lien causal certain entre celle-ci et le dommage *de l'enfant* – alors même qu'il exprime, ou plus exactement *précisément* parce qu'il exprime, ce qu'eût été, avec certitude, la situation de ce dernier en l'absence de la faute.

C'est en effet principalement (mais non exclusivement) en raison d'un *défaut de causalité* que la Cour d'appel de Mons exclut l'indemnisation du *préjudice propre de l'enfant*. Se pose ici, d'emblée, la question particulièrement discutée de la *définition même* dudit « *préjudice* ». Selon l'arrêt rapporté, les parents *qualitate qua* poursuivent la réparation, dans le chef de leur fils, du « *fait de devoir souffrir d'un handicap extrêmement grave et non guérissable* », et la Cour d'appel cerne bien ce préjudice comme le handicap, et non la naissance comme telle. Ce qui l'amène à constater – et là est tout l'enjeu ontologique de la question – que ce handicap « *est indissociable de sa survie et donc de sa naissance* », puisque sans elle, il ne se serait pas révélé et n'aurait donc pas été subi: « *la seule alternative, pour Tom, était de ne pas naître ou de naître handicapé* ». La *ratio decidendi* de la décision concluant à l'absence de lien causal entre la faute et le dommage dont les parents demandent la réparation en leurs qualités de représentants légaux de leur fils gît donc en ceci que, « *sans les fautes retenues dans le chef (du gynécologue), Tom ne serait pas né; qu'autrement dit, sans ces fautes, Tom n'aurait pas vécu en étant parfaitement valide* ». L'arrêt rapporté confirme ici le jugement entrepris.

6. C'est à bon droit, pensons-nous, que la Cour d'appel définit le préjudice de l'enfant comme le *fait d'être né handicapé*, le handicap étant « *indissociable de la naissance* », refusant ainsi

10. Sur la responsabilité pour erreur de diagnostic, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 370 à 380.

11. Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *cette revue*, 2004-2005, p. 380; J.T., 2004, p. 716; R.G.D.C., 2006, p. 108 et la substantielle note précitée de R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PUTZ, pp. 117 à 132.

12. Et le tribunal d'affirmer que « *sur ce point fondamental le cas d'espèce diffère des éléments de fait de l'arrêt (Perruche); dans cette affaire, il était en effet acquis que les parents auraient provoqué une interruption de grossesse s'ils avaient su que la mère était atteinte de la rubéole* ». Sans doute était-il, dans cette célèbre affaire (voy. ci-dessous), établi, d'après les constatations du premier arrêt d'appel (Paris, 17 décembre 1993), que le couple « *avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique* »; mais l'assertion du tribunal laissait in casu perplexe, car cette circonstance – purement factuelle – n'est pas intervenue dans la *ratio decidendi* de la Cour de cassation, qui ne va pas au-delà du constat que les fautes commises par le médecin et le laboratoire ont empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce qui vaut en toute hypothèse, qu'elle ait préalablement indiqué une intention formelle à cet égard ou qu'elle ne l'ait pas fait.

13. Voy., sur ce point précis, G. GENICOT, « *Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin: une valse à trois temps. Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation* », in *Droit médical et dommage corporel. Etat des lieux et perspectives*, I. LUTTE (dir.), Anthémis, 2014, pp. 77 à 124.

de distinguer la naissance en tant que telle et le handicap qui, inévitablement, l'accompagne puisque la malformation est d'origine génétique ou congénitale¹⁴. Partant, elle s'en tient au constat que ce dommage n'a pas été causé par la faute de dépistage: sans celle-ci, l'enfant ne serait tout simplement pas né, puisqu'une interruption médicale de grossesse aurait été pratiquée. En aucun cas il n'aurait pu naître parfaitement valide. C'est précisément ce qui distingue les actions en *wrongful life* de celles où est poursuivie la réparation des conséquences dommageables d'un accident d'accouchement (*prenatal injury cases*), lesquelles ne soulèvent pas la même difficulté conceptuelle.

L'arrêt paraît ajouter – rejoignant une idée défendue en doctrine¹⁵ – que, même à dissocier naissance et handicap, l'enfant né handicapé ne dispose pas du droit subjectif d'exciper de sa personnalité juridique pour amener le juge, sous l'angle du préjudice même et non plus du lien causal proprement dit, à comparer sa situation avec celle dans laquelle il se trouverait en l'absence de faute, soit – par définition – l'absence de vie: il y aurait, selon la Cour d'appel, « une irréductible contradiction dans le fait d'agir en justice, ce qui implique que l'on est sujet de droit et de demander au juge de constater que l'on ne devrait pas être ». Cet obstacle nous semble incontournable, dès lors que la situation dans laquelle la victime – ici, l'enfant lui-même – se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise, situation que la réparation du dommage vise à restaurer par équivalent, est, qu'on le veuille ou non, « caractérisée (...) par l'absence de vie¹⁶ ».

7. Souscrivant ainsi aux deux principales objections élevées à l'encontre de l'admission de l'action en *wrongful life*¹⁷, la Cour d'appel de Mons refuse de s'inscrire dans la voie tracée par la Cour de cassation française. On sait en effet que, dans le célèbre arrêt *Perruche*, rendu en assemblée plénière le 17 novembre 2000¹⁸, celle-ci a admis que « l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité 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 »¹⁹. Selon la haute juridiction, dès lors que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec la femme enceinte a empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique et qu'il n'est pas contesté que les conditions médicales d'une telle interruption de grossesse étaient réunies, d'une part, les parents peuvent demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap, en relation de causalité directe avec la faute retenue, et, d'autre part, la faute du gynécologue chargé de suivre l'évolution de la grossesse et qui est resté en défaut d'informer la mère des risques d'anomalie fœtale, malgré les résultats anormaux d'un test, a fait perdre à celle-ci la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique et se trouve « en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap », de sorte que ce préjudice n'est pas constitué par une perte de chance et doit être intégralement réparé²⁰. Cette jurisprudence française, vivement critiquée, fut vite brisée par le législateur²¹, ce qui entraîna de nombreuses et complexes conséquences de droit transitoire²². Qu'en est-il en Belgique?

14. Sur cette distinction, voy. not. A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *cette revue*, 2011-2012, pp. 226 à 228.

15. Voy. not. la contribution du professeur Fagnart citée par l'arrêt (*supra*, note 8), et notre article « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 79, spéc. pp. 90 à 93; déjà, R. KRUIJTHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind? », *R.W.*, 1986-87, p. 2754. Adde, dans une perspective anthropologique et rhétorique, O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard / Le Débat, 2002; D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, p. 47.

16. En ce sens, T. VANSWEEVELT, « Schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland kind », in *Handboek gezondheidsrecht*; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), vol. I, *Zorgverleners: statuut en aansprakelijkheid*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 1401, n° 2916.

17. L'existence, comme telle, de la faute et la faculté reconnue à l'enfant d'invoquer à son profit la responsabilité extracontractuelle du praticien ne sont généralement guère discutées, le débat se polarisant sur la question du dommage et du lien causal; voy. A. HUYGENS, *op. cit.*, pp. 224 à 225.

18. Sur cet arrêt, on ne peut plus abondamment commenté, voy., pour une synthèse, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 572 à 580, et les réf. citées pp. 553 à 555 et 572 et 573; *Les grandes décisions du droit médical*, F. VIALLA (dir.), LGDJ / Lextenso, 2009, pp. 463 à 492, obs. M. GIRER; *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, n° 25, pp. 127 à 148, obs. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS.

19. Voy., depuis, Cass. fr. ass. plén., 13 juillet 2001, trois arrêts, *D.*, 2001, p. 2325, note P. JOURDAIN; *J.C.P.*, 2001, t. II, 10601, concl. contr. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS; *R.G.D.C.*, 2002, p. 208, note E. DIRIX, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.467 et 13.510.

20. Cass. fr. ass. plén., 28 novembre 2001, deux arrêts, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.471 et 13.472; *J.C.P.*, 2002, II, 10018, concl. contr. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS; *J.T.*, 2001, p. 896, concl. contr. J. SAINTE-ROSE, rapp. H. BLONDET (il s'agissait en l'espèce de la trisomie 21).

21. Article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé et modifié par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

22. Ce dispositif légal était déclaré rétroactif et, partant, applicable aux instances en cours, ce qui fut refusé par la Cour de cassation de France qui a maintenu sa jurisprudence (Cass. fr. (1^{re} civ.), 24 janvier 2006; *Dr. fam.*, 2006, n° 105, concl. M.P. et note B. BEIGNIER; *J.C.P.*, 2006, II, 10062, note A. GOUTTENORE et S. PORCHY-SIMON; *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, p. 263, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; 8 juillet 2008, *D.*, 2008, p. 1995, note I. GALLMEISTER) et condamné par la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H., 6 octobre 2005, deux arrêts, *Maurice c. France* et *Draon c. France*, *J.C.P.*, 2006, II, 10061, note A. ZOLLINGER, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 743, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *Dr. fam.*, 2005, comm. n° 258, note C. RADÉ). Voy. not. sur ce point F. BELLIVIER, Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne: sous la technique, l'éthique, *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 667 à 688; Y.-H. LELEU et M. PAQUES, « Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens », *J.T.*, 2006, p. 277. Les péripéties, redoutablement ardues, subsistent aujourd'hui, en raison de l'intervention ultérieure du Conseil constitutionnel français; voy. la chronique « Sources du droit en droit interne » de P. DEUMIER, *Rev. trim. dr. civ.*, 2012, pp. 71 à 78; L. SAUVEUR, « La prise en charge du besoin d'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital non décelé. Etat actuel du droit français et du droit belge », *Rev. Dr. Liège*, 2011, pp. 492 à 523.

II. Actions en *wrongful life*: jurisprudence belge contrastée

8. La plupart des juridictions belges auxquelles ce contentieux fut soumis ont fait droit à l'action en *wrongful life*; l'arrêt rapporté fait à cet égard figure d'exception, et anticipe le hola que vient d'énoncer notre Cour de cassation.

La première occurrence d'admission d'une telle action dans notre pays est à trouver dans un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 7 juin 2002²³. Quelques jours après, la Cour d'appel de Liège a rendu un arrêt resté longtemps inédit et régulièrement passé sous silence – ce qui semble devoir s'expliquer par la circonstance que la légitimité de l'action formée au nom de l'enfant ne paraît pas avoir été discutée dans cette affaire – condamnant un gynécologue qui s'est fautivement abstenu de refaire un examen de dépistage de la toxoplasmose pendant la grossesse à indemniser le *préjudice propre de l'enfant*, née handicapée en raison de cette infection. La Cour d'appel estime que la faute est en lien de causalité avec ce dommage, dès lors que la maman avait clairement manifesté sa volonté de subir un avortement en cas d'infection avérée, de sorte que le dommage de l'enfant ne se serait pas produit sans la faute du médecin²⁴.

Deux ans plus tard, le Tribunal de première instance de Bruxelles a connu à nouveau d'un litige de ce type. Par un jugement soigneusement motivé et abondamment référencé du 21 avril 2004, il reçoit la demande d'indemnisation dirigée au nom d'un enfant trisomique contre les médecins

n'ayant pas dépisté cette maladie lors de la grossesse de sa mère, privant celle-ci de la possibilité de recourir à un avortement thérapeutique. Le tribunal consacre à la *légitimité* de cette revendication des développements approfondis mais qui ne convainquent nullement²⁵.

Dans un jugement du 16 octobre 2006, resté lui aussi longtemps inédit, le Tribunal de première instance de Hasselt a également fait droit à une action en *wrongful life* dans des circonstances identiques à celles de la présente espèce (gynécologue qui, en présence d'une grossesse de 19 semaines, ne détecte pas lors d'une échographie les malformations de *spina bifida* et d'hydrocéphalie,

commettant ainsi une faute de diagnostic qui a privé les parents de la possibilité de solliciter l'interruption de la grossesse). Il estime que l'enfant à naître a un intérêt légitime à ne pas devoir vivre en étant atteint d'un handicap grave et incurable et que, une

fois né, il peut invoquer cet intérêt pour revendiquer un dédommagement. Il précise que les parents ne doivent pas, dans le cadre d'une action en *wrongful birth*, prouver qu'ils auraient avec certitude pris la décision de recourir à l'interruption de grossesse; il suffit que la liberté d'avorter ait existé, et qu'elle ait disparu par la faute du médecin²⁶.

9. L'arrêt, déjà cité, rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 21 septembre 2010 est présenté comme la première illustration de l'admission, au fond, d'une action en *wrongful life* en degré d'appel²⁷. Cette décision marquante – qui a connu un certain impact médiatique²⁸, mais n'a pas suscité d'agitation doctrinale particulière²⁹ – indemnise tant le préjudice ma-

« Le dommage de l'enfant lui-même n'est pas un préjudice réparable au moyen des règles de la responsabilité civile. »

23. R.G.D.C., 2002, p. 483. Voy., stigmatisant « la rédaction fort confuse et maladroite de ce jugement », P. COPPENS, « Du préjudice d'être né », in *Procréation médicalement assistée: régulation publique et enjeux bioéthiques*, N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 88, note 35 (cette étude approfondit les aspects de droit comparé et de théorie du droit de cette délicate question). En appel, la distinction entre la *recevabilité* de l'action formée au nom de l'enfant et le *fondement* de celle-ci, lequel est à éclairer au moyen d'une expertise et n'a pas encore été débattu dans cette affaire, fut plus finement abordée (Bruxelles, 25 mai 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14.674).

24. Liège, 24 juin 2002, *cette revue*, 2007-2008, p. 242. La Cour d'appel relève que, « si le praticien en cause n'avait pas commis la faute qui lui est reprochée, la mère de l'enfant aurait eu la possibilité de faire provoquer une interruption médicale de grossesse ce qui aurait évité, de manière incontestable, le dommage dont la réparation est demandée », et condamne ce médecin, sans plus amples justifications, à indemniser (forfaitairement) le dommage matériel et moral de l'enfant née lourdement handicapée des suites de cette erreur de suivi au cours de la grossesse de sa maman.

25. Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, J.T., 2004, p. 716; *cette revue*, 2004-2005, p. 380; R.G.D.C., 2006, p. 108, et la substantielle note critique de R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PUTZ. Le tribunal considère en substance que « le préjudice de l'enfant consiste dans l'atteinte à un droit qui est pour lui le prolongement ou, plus exactement, un élément du droit de la femme, dont il faisait indissociablement partie au stade de sa conception, d'interrrompre sa grossesse dans les conditions déterminées par l'article 350 du Code pénal, conditions en l'espèce réunies; à tout le moins, la disposition légale précitée confère à l'enfant à naître un intérêt à ne pas être placé dans la situation d'avoir à vivre avec un handicap très grave et incurable, intérêt dont, une fois né, il peut se prévaloir en vue de la réparation d'un dommage ».

26. Civ. Hasselt, 16 octobre 2006, *cette revue*, 2012-2013, p. 49 et la note.

27. En dépit de l'arrêt précité de la Cour d'appel de Liège du 24 juin 2002. Bruxelles, 21 septembre 2010, *cette revue*, 2011-2012, p. 183, note critique M. DILLEN et F. DEWALLENS, « *Wrongful life* made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden », R.G.A.R., 2010, n° 14.675, obs. N. ESTIENNE. Un montant de l'ordre de 430.000 EUR a été alloué aux parents en réparation de leur propre préjudice et de celui de l'enfant. Rappelons qu'un pourvoi en cassation, toujours pendant, a été formé par l'hôpital condamné.

28. Et a suscité un émoi sur les bancs parlementaires: une proposition de loi fut, en réaction, (re)déposée en vue d'insérer un article 1383bis dans le Code civil qui disposerait qu'« il n'y a pas de préjudice du seul fait de sa naissance » (*Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2032/001). A l'instar de son modèle français, cette initiative suscite des objections d'ordre technique et rédactionnel – il ne s'agit pas d'un « préjudice du seul fait de (la) naissance » –, tout en confirmant que le seul droit qui est lésé dans semblables hypothèses, c'est celui des parents de recourir à une interruption médicale de grossesse si leur enfant à naître est gravement handicapé, ce handicap étant congénital ou d'origine génétique.

29. Voy. cependant J.-M. PIRET, « 'Wrongful life' en de zaak Rukiy. Heeft een genetisch zwaar beschadigde foetus een in rechte beschermd belang bij zijn eigen abortus? », N.J.W., 2011, p. 354; et, pour une analyse critique prenant de la hauteur, A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », R.G.A.R., 2011, n° 14.722.

tériel et moral propre des parents que le préjudice moral et esthétique de l'enfant³⁰. Au rebours de son homologue monétaire dans l'arrêt rapporté, la juridiction bruxelloise retient, en substance, « que, certes, l'erreur de diagnostic n'a pas causé le handicap de l'enfant, qui préexistait à cette erreur et auquel il ne pouvait être remédié », mais « que, cependant, le dommage qui doit être indemnisé n'est pas le handicap en tant que tel, mais le fait d'être né avec pareil handicap » et « que, sans l'erreur de diagnostic, ce dommage tel qu'il s'est produit in concreto ne se serait pas réalisé », dès lors que « le préjudice lié au handicap n'est pas effacé par le seul fait de vivre » et que « l'enfant à naître avait un intérêt certain et légitime à faire l'objet d'un avortement thérapeutique », intérêt auquel l'hôpital a porté atteinte en posant un diagnostic erroné.

Enfin, l'arrêt du 3 novembre 2011 également précité, rendu par la Cour d'appel de Gand, concerne, à l'instar de la présente espèce, un *spina bifida* non diagnostiqué *in utero*³¹. La Cour d'appel estime, à l'instar du premier juge³², que les parents ont perdu une chance de faire procéder à un avortement thérapeutique, chance considérée comme très sérieuse et évaluée à 80 %. Selon elle, la circonstance qu'une comparaison doive être effectuée entre la situation de l'enfant née handicapée et un état de non-existence n'empêche pas de considérer comme un *préjudice réparable*, dans le chef de l'enfant elle-même – à concurrence du même pourcentage –, un dommage moral partiel pendant les périodes d'hospitalisation et de revalidation, ainsi que les dépenses supplémentaires supportées en raison de son handicap. Elle écarte en revanche le préjudice esthétique ou la perte future de revenus professionnels, qui supposeraient une comparaison avec l'état de personne valide, ce qui n'est pas la situation dans laquelle l'enfant se serait trouvée en l'absence de la faute, au vu du caractère congénital de son affection.

C'est cette « comparaison », admise à Gand et, nécessairement mais plus implicitement, à Bruxelles, mais écartée à Mons, qui vient d'être refusée en des termes nets par la Cour

de cassation. L'arrêt rapporté préfigure ainsi la solution enfin dégagée au plus haut niveau juridictionnel.

III. L'enseignement de la Cour de cassation: l'impossible comparaison

10. Dans ce paysage jurisprudentiel et doctrinal incertain, le dernier mot revient en toute logique à la Cour de cassation: il s'agit de dessiner, dans le cadre d'une action en res-

pensabilité civile qui n'est tenue en échec par aucune norme, les contours du préjudice réparable se trouvant en lien de causalité avec la faute commise. Nous sommes dès lors face à une hypothèse paradigmatique où la jurisprudence doit précisément contri-

buer à l'élaboration de la norme³³. On a longtemps attendu sa réponse à une question d'évidence particulièrement délicate et complexe. Un pourvoi fut formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 septembre 2010, contestant le caractère réparable du préjudice propre de l'enfant née handicapée à la suite d'une faute de diagnostic prénatal; en sens inverse, l'arrêt rapporté a pareillement fait l'objet d'un pourvoi affirmant que ce dommage doit être indemnisé comme tel et critiquant le rejet, par la Cour d'appel, de l'action introduite au nom de l'enfant pour défaut de lien causal entre la faute du gynécologue et le dommage dont les parents poursuivent la réparation *qualitate qua*. Ces deux requêtes contrastées sont toujours pendantes à l'heure de rédaction³⁴.

La position de notre juridiction suprême est à présent connue, puisqu'elle vient, par un arrêt du 14 novembre 2014, de casser, en audience plénière, l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 3 novembre 2011³⁵. Elle se démarque par là expressément de la voie tracée par son homologue française, à l'instar de ce qu'elle fit quant à la charge de la preuve d'un défaut d'information et de consentement éclairé. Nous n'analyserons pas ici en détail ce très important arrêt, publié et commenté ailleurs dans la présente livraison de la revue, et où seule la réponse au second moyen présenté par le gynécologue retient l'attention³⁶.

« L'arrêt commenté préfigure l'enseignement de la Cour de cassation en ce qu'il rejette une action en wrongful life. »

30. Décédée durant la procédure, la petite fille était atteinte de la maladie de Sanfilippo B, fautivement non décelée *in utero*. Aussi appelée oligophrénie polydystrophique et appartenant au groupe des mucopolysaccharidoses, cette affection incurable, multifactorielle et gravement dégénérative entraîne un lourd déficit de développement physique et mental et évolue rapidement vers la mort (Dictionnaire Garnier-Delamare des termes de médecine, Paris, Maloine, 30^e éd., 2009, p. 624).

31. Gand, 3 novembre 2011, R.G.A.R., 2013, n° 14.943, note (approbative) D. DE CALLATAY, « L'enfant qu'on aurait pu avorter deux fois », cette revue, 2011-2012, p. 205, note A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », pp. 212-229 (qui se montre dubitative quant à l'admission par cet arrêt de l'action en *wrongful life*, critiquable sur le plan tant juridique qu'éthique, pp. 223 à 229).

32. Civ. Courtrai, 18 février 2010, Rev. trim. dr. fam., 2013, somm., p. 323 et p. 819; T.G.R. / T.W.V.R. 2012, p. 29; cette revue, 2011-2012, p. 198, note A. HUYGENS.

33. Voy. à cet égard l'impressionnante et instructive thèse de C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Paris, IRJS Editions, 2011.

34. Le pourvoi formé contre l'arrêt rapporté fut inscrit le 25 juin 2013 sous le n° C.13.0302.F, et celui dirigé contre l'arrêt bruxellois le fut le 28 janvier 2011 sous le n° C.11.0062.F. On peut y ajouter celui inscrit depuis le 10 août 2009 sous le n° C.09.0414.F, portant sur une question proche mais non identique, dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 22 janvier 2009 cité en introduction, qui n'est, après plus de cinq ans, pas davantage tranché à l'heure de rédaction.

35. Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, publié dans ce numéro de la Revue avec concl. de M. l'Avocat général VAN INGELGEM et note A. HUYGENS; J.L.M.B., 2015, à paraître, notes G. GENICOT et Y.-H. LELEU.

36. Le premier moyen est écarté soit en raison de l'irrecevabilité de certains griefs (nouveaux, mélangés de fait et de droit ou imprécis), soit comme ne pouvant être accueilli car procédant d'une lecture inexacte de l'arrêt attaqué. Une telle réponse de la Cour de cassation n'est porteuse d'aucun enseignement. Observons que la Cour confirme implicitement qu'en soi, l'enfant, tiers au contrat noué entre sa mère et son gynécologue, est en droit d'invoquer à l'encontre de ce dernier la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil, ce qui paraît aller de soi.

11. La Cour commence par rappeler sa jurisprudence constante selon laquelle, au regard de l'obligation de réparation inscrite dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, le juge du fond apprécie en fait l'existence et l'étendue du dommage causé par un fait illicite, ainsi que le montant de l'indemnité tendant à la réparation intégrale de celui-ci, à laquelle la victime a droit, mais il appartient toutefois à la Cour de cassation de vérifier s'il a légalement pu déduire de ses constatations l'existence d'un dommage, s'agissant d'une notion juridique dont l'interprétation retenue au fond est soumise à son contrôle³⁷. Vient ensuite l'attendu de principe: « il n'existe pas de dommage réparable, au sens des dispositions précitées, lorsque la comparaison doit être faite entre l'état d'existence handicapée d'une personne et sa non-existence » – soit très exactement, en se plaçant sous l'angle du lien causal mais la solution revient au même, ce qu'énonce la Cour d'appel de Mons dans l'arrêt rapporté.

L'arrêt du 14 novembre 2014 poursuit en reproduisant le raisonnement de la Cour d'appel de Gand dans l'arrêt attaqué du 3 novembre 2011: la situation hypothétique qui se serait présentée si le gynécologue avait constaté la malformation congénitale du fœtus et l'avait communiquée aux parents consiste en ce que ceux-ci (de manière soit certaine soit très probable) auraient fait procéder à un avortement; l'enfant ne serait donc pas née et n'existerait pas; mais la circonstance qu'une comparaison doive être effectuée avec un état de non-existence n'empêche pas qu'il soit constaté qu'un dommage moral déterminé, dans le chef de l'enfant, de même que les dépenses supplémentaires qu'elle doit supporter en raison de son handicap, constituent un préjudice indemnisable. La Cour de cassation censure: en déclarant pour ces motifs partiellement fondée l'action des parents en leurs qualités de représentants légaux de l'enfant, les juges d'appel ont violé les articles 1382 et 1383 du Code civil.

12. La comparaison qu'évoque la Cour de cassation est classique: il est question d'un dommage lorsque l'état de la victime après l'acte litigieux est moins avantageux que l'état

hypothétique dans lequel elle aurait dû se trouver si cet acte ne s'était pas produit, le dommage se définissant comme l'ensemble des différences négatives existant entre la situation de la victime après l'accident et celle dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de celui-ci. Une comparaison entre ces deux situations est donc par définition nécessaire, et il découle de l'exigence de certitude du dommage, que le juge doit exprimer sa conviction qu'en l'absence du fait dommageable, la victime se serait nécessairement trouvée dans une situation meilleure. Cette approche n'est, en théorie, pas exclusive d'autres³⁸; mais elle est tout à fait constante en droit de la responsabilité médicale³⁹, et on concevrait mal qu'il faille adopter une autre conception du préjudice réparable dans le seul cadre de ce contentieux particulier, qui n'est qu'une forme de responsabilité pour faute de diagnostic. La Cour de cassation prend soin de ne pas assimiler le dommage dont la réparation est postulée à la naissance elle-même, mais elle ne le définit pas pour autant comme procédant du handicap en tant que tel, pour la raison manifeste, exprimée par l'arrêt rapporté, que celui-ci préexiste aux examens prénataux litigieux, étant d'origine congénitale ou génétique, et qu'il ne pouvait y être remédié *in utero*. La Cour évoque donc, plus prudemment mais aussi plus justement, « l'état d'existence handicapée

d'une personne ». Elle n'explique pas véritablement pourquoi il ne saurait exister de dommage réparable, dans le chef de l'enfant né handicapé en raison d'une telle malformation non décelée *in utero*, dès lors que la comparaison doit être faite entre le dit état et la non-existence

de la victime, étant acquis qu'une interruption médicale de grossesse aurait été effectuée si la faute de dépistage n'avait pas été commise; mais, pas plus qu'un autre juge, la juridiction suprême n'est tenue de donner les motifs de ses motifs. Il faut pour cela se tourner vers les conclusions du ministère public, desquelles il ressort, en substance, que la décision de solliciter une interruption de grossesse, dans les conditions prévues par l'article 350 du Code pénal, n'appartient qu'à la femme, l'enfant ne pouvant tirer « aucun intérêt légitime » de cette disposition légale⁴⁰, et qu'il y a lieu de s'en tenir à la conception classique du dommage, d'où il découlera

« Dans le chef de l'enfant, il est impossible d'éviter de procéder à la comparaison que refuse la Cour de cassation. »

37. La cour vérifiera si les faits constatés justifient les conséquences que le juge en déduit en droit; voy. not. Cass., 26 octobre 2005, Pas., n° 542; Cass., 30 avril 2003, Pas., n° 271.

38. Voy. not. E. DIRIX, « Abstracte en concrete schade », R.W., 2000-2001, pp. 1329 à 1335; du même auteur, « De schade van het gehandicapt geboren kind », note sous Cass. fr., 13 juillet 2001, R.G.D.C., 2002, p. 211; Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche' », R.G.A.R., 2002, n° 13.466. Ces auteurs sont favorables à la solution donnée par la Cour de cassation française à la question ici débattue.

39. Sur la notion de dommage et les caractères du dommage indemnisable, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 470 à 472, et les réf. citées pp. 467 et 468. Dans un tout autre domaine – mais la pertinence des raisonnements juridiques ne dépend pas de leurs déclinaisons et secteurs d'application –, la Cour de cassation a posé que « toute personne dépouillée d'une chose ensuite d'un acte illicite a droit à la reconstitution de son patrimoine par la restitution de la chose; lorsque la restitution n'est pas possible, elle a droit à la valeur de remplacement de cette chose, c'est-à-dire à la somme nécessaire pour acquérir une chose semblable » (Cass., 11 mai 2000, Bull., 2000, p. 873).

40. En ce sens, M. DILLEN et F. DEWALLENS, « Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden », *cette revue*, 2011-2012, pp. 193 et 194; G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », R.G.D.C., 2002, p. 79, spéc. pp. 90 à 92.

que comparer la vie avec un handicap et la non-vie est non seulement impossible, mais contraint en outre l'enfant à nier sa propre existence (ou, plutôt, sa personnalité juridique)⁴¹.

Si la juridiction suprême n'a, par cet arrêt, pas clos le passionnant débat théorique

et anthropologique

que suscite ce doulou-

reux contentieux, elle

en a assurément fer-

meement balisé l'issue

judiciaire. On n'aper-

çoit pas comment les

juges du fond pour-

raient encore motiver

l'admission d'une

action en *wrongful life*

sans se heurter à l'enseignement de l'arrêt du 14 novembre

2014, que pour sa part la Cour d'appel de Mons, dans la dé-

cision commentée, anticipe. L'orientation ainsi fixée en au-

dience plénière devrait, on l'espère prochainement, être répé-

tée – et, pourquoi pas, quelque peu explicitée et affinée,

d'avantage par souci pédagogique que par nécessité juridique

– à l'occasion des pourvois formés contre l'arrêt de la Cour

d'appel de Bruxelles du 21 septembre 2010 et contre l'arrêt

rapporté. Sur cette base, le premier devrait être accueilli et le

second rejeté.

13. Nous souscrivons à cette nouvelle « doctrine jurispru-

dentielle ». A supposer qu'elle soit fautive – ce qui doit évi-

demment toujours être soigneusement examiné en premier

lieu –, une erreur de diagnostic telle celle commise en l'es-

pèce est synonyme de lésion d'un droit subjectif *dans le chef*

des parents. La méconnaissance de ce droit appelle une ré-

paration de *l'ensemble* des préjudices entraînés *pour eux* par

l'infirmité dont est atteint l'enfant, englobant les sommes

destinées à subvenir aux besoins particuliers de ce dernier,

ainsi qu'un préjudice moral important. La réponse judiciaire

à pareil drame humain ne devrait en revanche pas s'abriter

sous la bannière, à notre sens juridiquement inexacte et éthi-

quement problématique, de l'indemnisation du dommage

de l'enfant lui-même: celui-ci ne revêt pas les contours d'un

préjudice réparable au moyen des règles de la responsabilité

civile⁴². On sait gré à la Cour d'appel de Mons de l'avoir affir-

mé, et à la Cour de cassation de l'avoir confirmé.

En effet, en présence d'une affection congénitale et inhérente

au patrimoine génétique du fœtus, fautivement non décelée

in utero, quel est le droit – ou l'intérêt légitime – qui se voit

lésé, sinon celui *de la mère* – plus généralement des parents

– de recourir à une interruption médicale de grossesse, mo-

tivée par le handicap grave et incurable affectant l'enfant

à naître⁴³? En aucun cas ce dernier n'aurait pu naître sain,

ce qui précisément

distingue l'action en

wrongful life d'un *pre-*

natal injury case, l'une

et l'autre ne pouvant

être amalgamés et

recevoir une réponse

identique. Dans le

chef de l'enfant, nous

n'apercevons pas

comment on pourrait

éviter de procéder à la

comparaison qu'épingle la Cour de cassation et qu'elle stig-

matise à bon droit, sous peine d'ouvrir la voie au fameux

« droit de ne pas naître » si vigoureusement placé au centre

du débat français par la jurisprudence « Perruche » et les

dérives rhétoriques qu'il entraîne⁴⁴.

Conclusion

14. La question du caractère réparable du *préjudice propre de*

l'enfant en cas de malformation congénitale non décelée *in*

utero est « l'une des plus stimulantes que les civilistes aient

eu à connaître depuis fort longtemps⁴⁵ ». Sous peine d'en

esquiver l'enjeu véritable, il convient de ne pas s'en tenir à

l'absence de *lien causal* entre la faute de dépistage et le handi-

cap (révélé et subi, par définition, au travers de la naissance),

mais de centrer l'analyse sur la *notion même de dommage*. La

Cour de cassation l'a mieux perçu que la Cour d'appel de

Mons, mais on saura gré à celle-ci d'avoir, dans l'arrêt rap-

porté, et au rebours de ses homologues bruxelloise et gan-

toise, refusé de faire droit à l'action en *wrongful life* intentée au

nom de l'enfant, tout en indemnisant *l'intégralité du préjudice*

des parents, qu'il serait en pareil contexte déraisonnable de

limiter à la seule perte d'une chance.

Nous ne pensons pas qu'en allouant *aux parents*, qui les ex-

posent, l'intégralité des coûts d'éducation et d'entretien, en

ce compris l'ensemble des conséquences du handicap et un

dommage moral substantiel, tout en n'indemnisant pas le

préjudice propre de l'enfant, le juge nie l'évidente souffrance

de ce dernier: aucune motivation convaincante n'est jamais

parvenue à relier le fait d'être né handicapé à la méconnaiss-

sance d'un droit subjectif – ou d'un intérêt légitime – *dans le*

41. Concl. de M. l'Avocat général VAN INGELGEM précédant Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, publiées avec l'arrêt dans ce numéro de la *Revue*. Selon le haut magistrat, le concept divergent de « dommage abstrait » – qui suppose que l'on tente de constater « de manière objective » le dommage en raison de la vie avec le handicap – ne convainc pas car il suppose forcément, de manière au moins implicite, une comparaison avec la *vie sans handicap*, situation ici radicalement impossible puisqu'il s'agit d'une affection génétique. Il est en effet manifeste que le dommage que constitue le handicap n'a, de manière certaine, pas été *causé* par la faute médicale, ce qui empêche de traiter, fût-ce de manière fictive, l'action en *wrongful life* comme un *prenatal injury case* (M. DILLEN et F. DEWALLENS, *op. cit.*, pp. 194 et 195).

42. Voy., de manière plus approfondie, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 572 à 580, et notre étude précitée « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé ».

43. Récemment en ce sens, T. VANSWEEVELT, « Schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland kind », in *Handboek gezondheidsrecht*, T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), vol. I, *Zorgverleners: statuut en aansprakelijkheid*, Intersentia, 2014, pp. 1401 et 1402, n° 2916; *adde*, sur l'ensemble de la problématique, les autres références citées à la note 8.

44. Voy. O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard / Le Débat, 2002; et, pour une percutante dissection et reconstruction de l'argumentaire, M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, PUF, Questions d'éthique, 2002.

45. M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 285.

chef de l'enfant. Le Conseil d'Etat français l'avait bien compris, dès 1997⁴⁶: la faute commise a fausement conduit les parents à la certitude que l'enfant conçu n'était pas atteint du handicap que la naissance a révélé, et que la grossesse pouvait être normalement menée à son terme; cette faute est donc la cause directe des préjudices entraînés *pour eux* par l'infirmité dont est atteint leur enfant, et il y a lieu de leur allouer *toutes les sommes* destinées à subvenir aux besoins particuliers de ce dernier. En revanche, aucune indemnité ne saurait reve-

nir à l'enfant *en son nom personnel*, puisque l'infirmité dont il souffre est *inhérente à son patrimoine génétique* et ne pouvait être corrigée *in utero*. Le résultat est, en pratique, équivalent⁴⁷, mais la démarche est, en droit, toute différente: le fait d'être né handicapé ne constitue pas un préjudice réparable qui puisse être *imputé* à la faute commise⁴⁸. Telle est l'analyse que la Cour d'appel de Mons et, désormais surtout, la Cour de cassation invitent à consacrer.

46. C.E. fr., arrêt *Quarez* du 14 février 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22828, note J. MOREAU; *J.C.P.*, 1997, 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, *Rev. dr. publ.*, 1997, p. 1139, notes J.-M. AUBY et J. WALINE; *RFDA*, 1997, p. 374, concl. V. PÉCRESSE, note B. MATHIEU.

47. L'objection tenant au risque de précédents des parents est pertinente, mais n'apparaît pas décisive. La personne qui, après leur décès, recueillera l'enfant et le prendra en charge sur les plans tant personnel que patrimonial pourra se prévaloir d'un dommage propre dont elle obtiendra en principe réparation. Bien plus, la plasticité des mécanismes de réparation du préjudice, largement arbitrés souverainement par les juges du fond, devrait permettre de parer à cette éventualité en indemnisant au moins en partie le dommage sous la forme d'une *rente réversible* au profit de cette personne le moment venu.

48. Comp. R. SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? », *D.*, 1970, chr., 124.