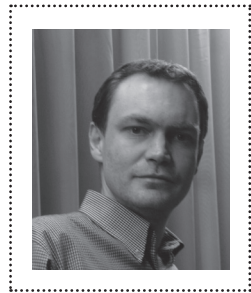


# Nouvelle confirmation du rejet de l'action en *wrongful life*

Gilles GENICOT

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



## Samenvatting

Voor de derde keer in twee jaar bevestigt het Hof van Cassatie dat het wettelijke schadebegrip impliceert dat het slachtoffer van de onrechtmatige handeling zich na die handeling in een minder gunstige situatie bevindt dan daarvoor en dat het onmogelijk is om het bestaan van een met een handicap geboren persoon te vergelijken met het niet-bestaan van deze persoon. Daaruit volgt dat er geen vergoedbare schade kan bestaan in hoofde van het kind zelf wanneer het met een handicap wordt geboren ten gevolge van een verkeerde prenatale diagnose. De *wrongfullife*-vordering wordt aldus afgewezen in het Belgische recht: een dergelijke fout vormt enkel de aantasting van een subjectief recht in hoofde van de ouders, namelijk het recht dat erin bestaat gebruik te maken van een medische zwangerschapsafbreking volgens de wettelijk bepaalde voorwaarden. Daaruit volgt voor het kind dat geboren zal worden geen enkel wettig belang om het voorwerp te zijn van een therapeutische abortus.

## Résumé

Pour la troisième fois en deux ans, la Cour de cassation affirme que la notion légale de dommage implique que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant, et qu'il est impossible de comparer, d'une part, l'existence d'une personne née avec un handicap et, d'autre part, sa non-existence. Il en résulte qu'il ne peut exister de dommage réparable dans le chef de l'enfant lui-même lorsqu'il naît handicapé à la suite d'une faute de diagnostic prénatal. L'action en *wrongful life* est ainsi rejetée en droit belge : une telle faute est uniquement synonyme de lésion d'un droit subjectif dans le chef des parents, celui de recourir à une interruption médicale de grossesse dans les conditions légalement prévues. Il ne se déduit de celles-ci, dans le chef de l'enfant à naître, aucun intérêt légitime à faire l'objet d'un avortement thérapeutique.

C'est dans un retentissant arrêt du 14 novembre 2014, rendu en audience plénière, que la Cour de cassation a posé la règle de principe selon laquelle il ne peut exister de dommage réparable lorsqu'il faut comparer l'existence d'une personne née

avec un handicap et sa non-existence. L'action en *wrongful life*, qui concerne le préjudice propre de l'enfant né handicapé à la suite d'une faute de diagnostic prénatal, est ainsi rejetée en droit belge, alors qu'elle est admise par la jurisprudence française notamment. Nous renvoyons aux commentaires de cet arrêt<sup>1</sup>. Cette solution fut déjà répétée, dans une espèce relative à la faute d'information du gynécologue ayant procédé à la stérilisation d'une femme handicapée mentale au moyen d'une technique présentant des risques d'échec, par un arrêt du 21 avril 2016 qui casse partiellement un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 13 novembre 2014<sup>2</sup>. Celui-ci est légalement justifié en ce qui concerne le *dommage des parents*, sous l'angle de la perte d'une chance (action en *wrongful birth*) : la faute leur a fait perdre une chance réelle d'éviter le dommage constitué par la naissance de leur enfant handicapé, et la perte de cette chance constitue un dommage indemnifiable. En revanche, au regard du *dommage de l'enfant lui-même*, l'allocation aux parents, en leur qualité de représentants légaux, d'une indemnisation pour le dommage moral de l'enfant et les dépenses supplémentaires qui sont la conséquence de son handicap – fondée sur la conviction que la vie avec un grave handicap entraîne pour l'enfant un préjudice tant moral que matériel, dont l'impossibilité de comparer l'existence d'une personne née avec un handicap et sa non-existence n'empêche pas la réparation – viole les articles 1382 et 1383 du Code civil, puisqu'il n'y a pas de dommage indemnifiable dans le chef de l'enfant né handicapé lui-même.

Dans l'affaire tranchée par l'arrêt rapporté, la Cour d'appel de Bruxelles<sup>3</sup> avait estimé que, dans les circonstances de l'espèce, il y avait lieu d'admettre que, si le diagnostic prénatal correct avait été posé, la mère aurait procédé à une interruption de grossesse, de sorte que le préjudice subi par les parents (en leur nom personnel), tel qu'il s'est produit *in concreto*, ne se serait pas réalisé. Elle avait par ailleurs considéré que l'enfant, née avec un handicap d'une particulière gravité et incurable, peut demander la réparation de son propre préjudice résultant de cette situation, qui se trouvait selon la Cour d'appel en relation causale directe avec l'erreur de diagnostic qui a empêché

1. B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, p. 209 ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », *J.L.M.B.*, 2015, p. 269 ; A. HUYGENS, « *Wrongful-life*-vordering overleeft cassatietoets niet », *cette revue*, 2014-2015, p. 195 ; Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », *J.L.M.B.*, 2015, p. 278 ; N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor *wrongful life* », *R.W.*, 2014-2015, p. 1617.
2. Cass., 21 avril 2016, n° C.15.0286.N ; Gand, 13 novembre 2014, *cette revue*, 2016-2017, p. 109.
3. Bruxelles, 21 septembre 2010, *cette revue*, 2011-2012, p. 183, note M. DILLEN et F. DEWALLENS, « *Wrongful life* made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden », p. 190.

sa mère d'interrompre sa grossesse. La Cour d'appel admet que 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 retient que le dommage qui doit être indemnisé n'est pas le handicap en tant que tel mais le fait d'être né avec pareil handicap. Cette décision fut frappée de pourvoi uniquement en ce qu'elle indemnise le préjudice propre de l'enfant ; l'accueil de l'action en *wrongful birth* des parents en leur nom propre n'est donc pas remis en cause. Ainsi que nous le pressentions<sup>4</sup>, ce pourvoi fut accueilli : la notion légale de dommage suppose une comparaison entre un « avant » et un « après », et implique que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant ; or, *il est impossible de comparer*, d'une part, l'existence d'une personne née avec un handicap et, d'autre part, sa non-existence, ce dont il résulte qu'en pareille situation, il ne peut exister de dommage dans le chef de l'enfant né handicapé lui-même.

Nous approuvons cette « doctrine jurisprudentielle »<sup>5</sup>. À supposer qu'elle soit *fautive* – ce qui doit naturellement toujours être déterminé en premier lieu –, une erreur de diagnostic telle celle commise dans ces espèces est synonyme de *lésion d'un droit subjectif dans le chef des parents*, celui de recourir à une interruption médicale de grossesse dans les conditions légalement prévues. Par conséquent, la méconnaissance de ce droit appelle une réparation 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, et qu'il ne convient pas, en règle, de limiter à la seule perte

d'une chance. En revanche, il est juridiquement inexact d'indemniser le *dommage de l'enfant lui-même* : il ne revêt pas les contours d'un préjudice réparable au moyen des règles de la responsabilité civile. La Cour de cassation nous rappelle ainsi ce qui peut passer pour l'un des socles mêmes de la responsabilité civile : toute souffrance, tout vécu dommageable, ne constitue pas nécessairement un préjudice indemnisable. Le message, désormais répété à trois reprises, est clair ; on ne parviendra jamais à éviter, dans ces douloureux litiges, de procéder, *s'agissant du préjudice propre de l'enfant*, à la comparai-

son qu'épingle la Cour de cassation et qu'elle stigmatise à bon droit, ni plus largement à contourner l'obstacle que représente l'utilisation *a posteriori* de la personnalité juridique, acquise du fait de la naissance, à l'appui d'une demande de réparation d'un préjudice qui fut *précisément révélé* à l'occasion de cette naissance.

L'arrêt rapporté comporte un enseignement complémentaire. L'article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal prévoit qu'une interruption de grossesse peut être pratiquée au-delà du délai de douze semaines lorsque, notamment, il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 septembre 2010 avait retenu que, par cette disposition, « le législateur a nécessairement voulu permettre d'éviter de donner la vie à des enfants atteints d'anomalies graves, en ayant égard non seulement à l'intérêt de la mère, mais aussi à celui de l'enfant à naître ». Celui-ci, en l'espèce, « avait un intérêt certain et légitime à faire l'objet d'un avortement thérapeutique, auquel (...) sa mère aurait eu recours si elle avait été dûment informée de l'affection » dont elle était atteinte. L'arrêt est en cela également censuré : la Cour de cassation pose à bon droit que la disposition légale précitée a pour seul objet de fixer les conditions auxquelles un avortement pratiqué sur une femme qui y a

consenti ne constitue pas une infraction, et qu'il ne s'en déduit, dans le chef de l'enfant à naître, aucun intérêt légitime à faire l'objet d'un avortement thérapeutique. En présence d'une affection congénitale et *inhérente au patrimoine génétique du fœtus*, fautivement non décelée *in utero*, le seul

droit – ou, si l'on préfère, le seul intérêt légitime – qui se voit lésé est celui *de la mère* (ou plus généralement des parents) de recourir à une interruption médicale de grossesse motivée par le handicap grave et incurable affectant l'enfant à naître<sup>6</sup>. L'erreur *fautive* de diagnostic prénatal ne permet pas à l'enfant de disposer, rétrospectivement qui plus est, d'un droit subjectif ou d'un intérêt légitime à faire l'objet d'un avortement et, partant, à ne pas devoir subir le handicap indissociable de sa naissance ; le seul droit qui a été lésé est *celui de la mère* d'interrompre sa grossesse.

### ***En présence d'une faute de diagnostic prénatal, le seul droit lésé est celui de la mère d'interrompre sa grossesse.***

4. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, collection de la Faculté de droit de l'ULg, 2<sup>e</sup> éd., 2016, pp. 693 et 694, note 165.

5. Voir G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 676 à 694, et notre étude « Handicap grave non décelé *in utero* : panorama des réponses jurisprudentielles », *cette revue*, 2014-2015, p. 177, à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 12 octobre 2012 qui respecte anticipativement l'enseignement de la Cour de cassation – tout en se prononçant essentiellement au regard de l'absence de lien causal, et non de celle de dommage réparable –, de sorte que le pourvoi formé à son encontre, toujours pendant, devrait pour sa part être rejeté.

6. En ce sens, T. VANSWEEVELT, « Schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland kind », in *Handboek gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1401 et 1402, n° 2916.