



Chapitre d'actes

2005

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La notion de préjudice : perspectives européennes : la naissance et la vie non souhaitées

Winiger, Bénédict

How to cite

WINIGER, Bénédict. La notion de préjudice : perspectives européennes : la naissance et la vie non souhaitées. In: Le préjudice: une notion en devenir : Journée de la responsabilité civile 2004. Chappuis, Christine ; Winiger, Bénédict (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2005. p. 75–92. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:22909>

La notion de préjudice: Perspectives européennes

La naissance et la vie non souhaitées

BENEDICT WINIGER¹

Table des matières

I.	Introduction	75
II.	La naissance et la vie non souhaitées	76
	A. Allemagne	76
	B. France	80
	C. Belgique et Pays-Bas	83
III.	Naissance non souhaitée	84
	A. Royaume-Uni	84
	B. Autriche	86
	C. Suisse	87
IV.	Conclusions	90

I. Introduction

Les parents d'un enfant handicapé peuvent-ils demander à leur médecin des frais d'éducation ou une réparation du tort moral s'il a commis une faute de diagnostic prénatal? Plus difficile encore: Est-il préférable de vivre avec un handicap ou de ne pas vivre du tout? Ce sont deux questions qui ont agité la jurisprudence et la doctrine des dernières décennies du 20^e siècle et qui continuent à occuper nos tribunaux. La terminologie qui désigne ces deux problèmes est restée anglaise: on parle de *wrongful birth* et *wrongful life*, que l'on pourrait traduire par les expressions *naissance non souhaitée* et *vie non souhaitée*. Cette problématique est sans doute un des 'points chauds' du problème plus général de savoir ce que nous considérons comme un préjudice.

¹ Professeur à l'Université de Genève. Je tiens à remercier M. Patrick Fleury, mon assistant, pour l'aide qu'il m'a apportée dans la rédaction de la présente contribution.

La *naissance non souhaitée* désigne les prétentions que des *parents* font valoir suite à la naissance d'un enfant, alors qu'ils avaient pris des dispositions médicales soit pour empêcher la conception de l'enfant soit pour mettre un terme à la grossesse. Par exemple, un père qui s'était fait stériliser et qui a néanmoins conçu un enfant, peut-il faire valoir des prétentions à l'égard du médecin traitant?

La *vie non souhaitée*, en revanche, concerne cette même problématique du point de vue de l'enfant. Par exemple, un enfant qui naît handicapé, peut-il faire valoir des prétentions à l'égard du médecin qui avait été chargé de procéder à des testes prénataux pour détecter la maladie génétique dont l'enfant est atteint?

Le débat autour de ces questions à la fois complexes et difficiles a pris de l'ampleur surtout avec l'introduction de moyens toujours plus sophistiqués de contraception et de diagnostique. Il a atteint son paroxysme avec la très médiatique affaire *Perruche*. Depuis, le grand public en parle un peu moins, mais la jurisprudence et la doctrine évoluent constamment. Un bref tour d'horizon, qui ne permet évidemment pas d'aborder le problème dans son ensemble, vise d'abord à constater quel est l'état de la discussion dans quelques pays européens et, ensuite, à voir quelles sont les notions de préjudice qui se cristallisent.

II. La naissance et la vie non souhaitées

A. Allemagne

Pour des raisons chronologiques, je voudrais d'abord discuter quelques cas qui abordent à la fois la *naissance non souhaitée* et la *vie non souhaitée*. En Allemagne, un arrêt de référence en la matière date de 1983². Il s'agissait d'une femme enceinte qui avait consulté un médecin pour vérifier si des boutons sur sa peau n'indiquaient pas une rubéole. Le médecin n'ayant pas détecté la maladie, l'enfant né de cette grossesse était très lourdement handicapé. Les parents et l'enfant demandaient au médecin « de réparer tout le

² BGHZ 86, 241-255 (1983); voir Annexe 6.

préjudice passé et futur causé par la rubéole contractée par la mère au cours de la grossesse »³.

En premier lieu, la Cour suprême constata que l'objet du contrat entre les parties était sans doute de détecter une éventuelle rubéole chez la mère et que ce mandat avait été fautivement mal exécuté par le médecin. Dans ce sens, la détection de la rubéole chez la mère faisait clairement partie du domaine de protection du contrat (*Schutzbereich des Vertrages*) conclu entre les parties. Par conséquent, dit la Cour, le médecin a causé par sa faute le préjudice des demandeurs⁴.

La Cour aborda en premier les prétentions des parents, c'est-à-dire la question de la naissance non souhaitée. Elle considéra que la mère avait subi un dommage patrimonial sous forme de frais et de travail supplémentaires occasionnés par le handicap de l'enfant. Cependant, elle souligna que le médecin ne devait pas *tous* les frais et travaux d'éducation, mais seulement le *supplément* résultant du handicap. Elle déduisit ainsi les frais que les parents auraient eu à supporter si l'enfant n'avait pas été handicapé. Ajoutons ici qu'il s'agissait à l'origine d'une grossesse volontaire qui aurait de toute façon conduit à des dépenses pour l'éducation de l'enfant.

La Cour tint également compte du fait que le handicap de l'enfant avait nécessité une césarienne dont les complications supplémentaires par rapport à une naissance normale justifiaient une réparation morale pour la mère (*Schmerzensgeld*)⁵. En revanche, et c'est important, les juges considérèrent que la charge morale (*seelische Belastung*) qu'un enfant lourdement handicapé pouvait représenter pour la mère n'était pas réparable en droit allemand, de même que la violation du droit à la planification familiale.

S'agissant du père, il avait, comme la mère, le droit à la réparation du dommage financier et matériel engendré par le handicap de l'enfant; en revanche, il était exclu de toute prétention qui ne résulterait pas d'un préjudice matériel.

Le problème de la vie non désirée (*wrongful life*) donnait également lieu à une discussion très approfondie. La Cour souligna immédiatement que le médecin n'avait évidemment pas causé le handicap. Par contre, il n'avait pas empêché la naissance d'un enfant victime d'un handicap très

³ « ...allen Schaden zu ersetzen hat, der ihnen durch die Röteln-Erkrankung der Zweitklägerin [la mère] während der Schwangerschaft entstanden ist und noch entstehen wird », BGHZ 86, 241, (1983).

⁴ BGHZ 86, 244 (1983).

⁵ BGHZ 86, 248 (1983).

grave. La Cour statua que l'enfant n'avait pas de droit à faire valoir⁶. Elle constata également qu'un devoir du médecin d'empêcher la naissance d'un tel enfant serait étranger à l'esprit de la législation allemande, notamment en raison du fait que la vie du *nasciturus* est un bien juridique de premier rang et absolument digne de protection⁷.

La Cour souligna notamment que, au fond, la question si la vie handicapée valait plus ou moins que pas de vie du tout ne pouvait en aucun cas être soumise à un jugement de portée générale⁸. Elle considéra également que le cas sous examen atteignait et même dépassait les limites d'une prétention à la réparation d'un préjudice. Chacun est obligé, dit-elle, d'accepter la vie telle qu'elle lui est donnée et n'a aucun droit ni à la contraception, ni à sa propre destruction⁹. Dans ce sens, ce type de cause qui touche aux aléas inévitables de la vie et aux règles de jeu inhérentes à la nature se situe en dehors du champ juridique¹⁰. De manière presque prémonitoire par rapport à l'affaire *Perruche*, l'arrêt finit avec le constat qu'il appartient à la communauté de prendre en charge la réparation de ce type de préjudice.

Ces droits des parents par rapport à la naissance non désirée ont été confirmés notamment dans un arrêt plus récent, datant du 18 juin 2002¹¹. Le *Bundesgerichtshof* s'y penchait sur la demande des parents d'un enfant gravement handicapé qui réclamaient à la gynécologue des dommages-intérêts parce qu'elle n'avait pas vu, malgré les examens répétés à l'ultrason, les malformations graves du *nasciturus*. Ils demandaient également une indemnité pour traumatisme psychologique.

La Cour suprême allemande considéra d'abord que la détection des malformations en question faisait partie du domaine de protection du contrat conclu entre les parties¹². En effet, la détection de ces malformations par le médecin était un des objets du contrat qui liait les parties. Etant donné que la mère aurait interrompu la grossesse si elle avait eu connaissance de l'évolution malheureuse de l'enfant à naître et qu'un tel avortement aurait été légal, et étant donné que la mère souffrait de troubles psychiques graves, une réparation morale de DEM 20'000.- fut considérée comme adéquate.

⁶ BGHZ 86, 250 (1983).

⁷ BGHZ 86, 252 (1983).

⁸ BGHZ 86, 253 (1983).

⁹ BGHZ 86, 254 (1983).

¹⁰ BGHZ 86, 255 (1983).

¹¹ BGHZ 151, 133 (2002).

¹² Par ailleurs, le père de l'enfant était inclus dans ce '*Schutzbereich*'.

En ce qui concerne les dommages-intérêts pour l'éducation de l'enfant, la Cour suprême appliqua la règle suivante: La violation des devoirs découlant d'un contrat de traitement médical et comprenant également les diagnostics prénataux durant la grossesse peut fonder des prétentions à l'encontre du médecin de payer dans leur intégralité les frais d'entretien de l'enfant né handicapé¹³.

Le rapport de causalité entre l'attitude du médecin et le préjudice était ici clairement admis. En l'occurrence, la Cour affirma l'existence d'un rapport causal entre, d'une part, le diagnostic fautif du médecin et, d'autre part, les frais d'entretien pour l'enfant (*Unterhaltsschaden*)¹⁴.

Notons brièvement que, pour l'évaluation du dommage, la Cour suivit un raisonnement particulièrement nuancé. Le point de départ fut à nouveau le domaine de protection du contrat. Pour déterminer si les frais d'entretien pour l'enfant sont dus ou non, il faut analyser les raisons qui motivent la décision d'interrompre la grossesse. Si elles résident dans les indications médicales concernant l'état de santé de la mère durant la grossesse, les frais d'entretien pour l'enfant ne sont pas dus. Il en est ainsi si, par exemple, on craignait pour la santé de la mère pendant la grossesse ou pendant l'accouchement. En revanche, si la décision d'interrompre la grossesse est motivée par les circonstances survenant *après* l'accouchement, par exemple l'incapacité psychologique de la mère d'éduquer l'enfant ou l'état de santé de l'enfant après la naissance, alors les frais d'entretien sont dus par le médecin¹⁵.

En d'autres termes, le domaine de protection du contrat est la clé de voûte des prétentions que les parents peuvent faire valoir en cas de naissance non désirée d'un enfant. Si le traitement médical avait comme but d'empêcher le préjudice qui s'est produit, le médecin est responsable. En revanche, si le contrat de traitement entre les parties avait un autre but, le médecin ne répondra pas.

Tel fut par exemple le cas d'une femme qui avait consulté un médecin pour un problème orthopédique et qui se plaignait, par ailleurs, de maux de ventre et de nausées. Le gynécologue qui avait alors été consulté et qui

¹³ « Die Verletzung der Pflichten aus einem ärztlichen Behandlungsvertrag, der in dieser Weise auch auf die pränatale Untersuchung in der Schwangerschaftsbetreuung zwecks Vermeidung der Geburt eines schwer vorgeschädigten Kindes gerichtet war, kann Grundlage für den Anspruch gegen den Arzt auf Erstattung des (gesamten) Unterhaltsbedarfs des Kindes sein, das mit schweren Behinderungen zur Welt kommt », BGHZ 151, 133 (2002), II, 1.6.

¹⁴ BGHZ 151, 133 (2002), II, 4.13.

¹⁵ BGHZ 151, 133 (2002), II, 5 16.

n'avait pas décelé la grossesse de la patiente ne répondit pas de ce manquement, parce que le contrat de traitement n'avait pas comme centre de gravité la détection d'une grossesse. Le médecin aurait été astreint à payer les frais d'éducation de l'enfant seulement si le contrat de traitement avait eu comme objet d'éviter que de tels frais ne se produisent¹⁶.

En d'autres termes, la jurisprudence allemande connaissait déjà à partir de 1983 le droit à la réparation du préjudice en cas de *naissance non souhaitée* (*wrongful birth*). Les parents ont droit à la réparation du préjudice financier et matériel et la mère à une réparation morale si elle a enduré des douleurs exceptionnelles (p.ex. césarienne). En revanche, n'est pas réparable la peine morale subie du fait que l'enfant est handicapé.

Quant à la vie non souhaitée (*wrongful life*), ce type de préjudice se situe en dehors des compétences juridiques. Par conséquent, l'enfant n'a pas de droit à la réparation¹⁷.

B. France

L'affaire *Perruche*¹⁸ est très proche de l'arrêt allemand de 1983. Rappelons d'abord brièvement les faits: Suite à des fautes contractuelles d'un laboratoire médical et du médecin traitant, la présence d'anticorps de rubéole chez Mme X, qui était enceinte, n'a pas été évaluée correctement. L'enfant qu'elle mit au monde portait de graves séquelles consécutives à une atteinte *in utero* par la rubéole. Il faut noter que, au moment des testes de dépistage, Mme X était décidée de procéder à un avortement au cas où ceux-ci révélaient une atteinte de l'enfant par la rubéole.

En dernière instance, l'Avocat général Sainte-Rose¹⁹ fit valoir, entre autres, une absence de lien causal entre, d'une part, les tests du laboratoire et l'attitude du médecin et, d'autre part, l'atteinte de l'enfant, en considérant que l'atteinte avait été causée par la rubéole et non pas par le laboratoire ou le médecin. Il s'insurgea notamment contre l'affirmation selon laquelle « les fautes sont causales dès que, sans elles, le dommage pouvait être évité »²⁰. A son avis, cette argumentation aurait signifié qu'« il eut

¹⁶ BGHZ 143, 389 ss (2000).

¹⁷ Dieter MEDICUS, *Schuldrecht I*, 15^e éd., Munich, 2004, N°666 ss, p. 328.

¹⁸ Voir Annexe 7.

¹⁹ Conclusions de Monsieur l'Avocat général Sainte-Rose in, 99-13.701; arrêt n° 457 du 17 novembre 2000, Cour de Cassation; Assemblée plénière; Cassation, pp. 14 ss.

²⁰ Idem, p. 14.

mieux valu que l'enfant ne vint pas au monde ». Par ailleurs, il craignait que cette argumentation n'aboutisse à une extension exorbitante de la notion de causalité²¹.

La négation du lien de causalité est un argument qui revient très souvent dans les cas de naissance ou de vie non souhaitées. Dans l'arrêt *Perruche*, la Cour de Cassation a, comme d'autres juridictions européennes – et notamment celle d'Allemagne –, considéré qu'il existait bien un lien de causalité, mais sans l'expliquer en détail. En effet, ce lien n'est pas difficile à établir, car il s'agit d'un cas classique d'omission, où l'on pose la question suivante: Si le défendeur avait agi selon la diligence requise, le préjudice se serait-il produit? Si la réponse à la question est négative, on considère qu'il existe un lien causal. Appliquée à l'arrêt *Perruche*, la question serait: Si le laboratoire et le médecin avaient agi conformément à leurs devoirs, le handicap se serait-il produit? La réponse est évidemment non. Par conséquent, il y a un lien de causalité entre leur comportement et le handicap. Nier ce lien de causalité parce que c'est la rubéole et non pas le laboratoire ou le médecin qui avait causé la maladie, revient à méconnaître la *nature* du lien causal par omission, qui, par définition, ne peut pas causer directement un dommage (*ex nihilo nihil fit*), mais seulement par le truchement d'un devoir que l'auteur a enfreint par son abstention. Par conséquent, dans l'arrêt *Perruche* les juges ont sans doute correctement évalué la question de la causalité.

En réalité, la crainte de l'Avocat général Sainte-Rose, selon laquelle admettre un lien causal reviendrait à ce qu'il vaille mieux ne pas naître que de naître handicapé, renvoie à une question extrêmement difficile sur la valeur d'une vie handicapée, question qui relève surtout de l'éthique, mais qui n'a rien à voir avec la causalité.

En ce qui concerne le préjudice, il fallait distinguer entre les prétentions des parents et celles de l'enfant. Par rapport à la mère, la Cour considéra qu'elle avait été privée de la possibilité de choisir si elle voulait garder l'enfant ou interrompre la grossesse. Toutefois, la Cour ne se prononça pas, ici, sur la question de savoir si cela constituait un préjudice. Il faut ajouter que cette question avait été abordée par les instances précédentes pour constater que Mme X avait subi un préjudice et pour ordonner une expertise afin de le déterminer plus précisément²². Notons également, à défaut d'indications de la part de la Cour, que les parents avaient fait valoir pour

²¹ Ibidem.

²² Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 1993; Cour de Cassation, 1^{re} CIV., 26 mars 1996, 2^{ème} espèce, in Recueil Dalloz 1997, 3^e cahier, Jurisprudence, pp. 35 s., 36.

eux-mêmes, à titre de préjudice matériel, des « lourdes charges matérielles et financières », dues au handicap de leur enfant, ainsi qu'un préjudice moral²³.

À l'égard de l'enfant, la Cour dit clairement que son handicap était source d'un préjudice soumis à réparation, sans cependant préciser en quoi ce préjudice consistait. Notons encore que les parents avaient fait valoir que leur enfant avait subi « un préjudice corporel »²⁴.

Cette décision de la Cour a soulevé une vague de discussions. Ceux qui désapprouvaient l'issue de l'affaire faisaient surtout valoir que, pour l'enfant, on ne pouvait pas parler d'un préjudice, parce que le seul moyen d'éviter celui-ci aurait été que l'enfant ne naisse pas. Leurs adversaires argumentaient que le handicap de l'enfant résultait exactement de la même faute que le préjudice subi par les parents et que, dès lors, il fallait en tirer les mêmes conséquences pour l'enfant et les parents, à savoir la réparation du préjudice²⁵.

En réaction à cette décision, le pouvoir législatif est intervenu pour fixer dans la loi le principe que « nul ne peut se prévaloir du seul fait de sa naissance »²⁶. Cet article stipule également que le médecin doit réparer le préjudice, si le handicap de l'enfant a été causé par une faute médicale. En revanche, si le médecin n'a pas décelé un handicap du *nasciturus* pendant la grossesse, il répond à l'égard des parents seulement en cas de *faute caractérisée*. L'enfant, en revanche, ne peut pas demander réparation. Par ailleurs, l'enfant handicapé a droit à la solidarité de la communauté nationale.

Cette nouvelle disposition vise évidemment à éviter un problème éthique difficile, à savoir de décider si la vie d'une personne handicapée est préférable ou pas à une grossesse interrompue, celle-ci ayant pour effet, bien sûr, d'empêcher la naissance de l'enfant. Personnellement, je pense que cette question, qui a été discutée largement, n'est pas la bonne manière d'aborder le problème, simplement parce qu'il est impossible de comparer ces deux états. J'y reviendrais dans les conclusions.

²³ Moyens produits par Me Choucroy, avocat aux Conseils pour les époux X, in, 99-13.701; arrêt n° 457 du 17 novembre 2000, Cour de Cassation; Assemblée plénière; Cassation, pp. 2 ss, 4.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Voir notamment le rapport de M. Pierre Sargos, Conseiller à la Cour de Cassation, pour la Cour de Cassation, Assemblée plénière, arrêt du 17 novembre 2000 (pourvoi n° 9913701) n° 44 ss, 46.

²⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 1 (voir Annexe 8).

Les conséquences principales de cette nouvelle disposition légale, nous l'avons vu, sont que (i) l'enfant n'a pas le droit à un dédommagement ou, autrement dit, le droit à une réparation pour une *vie non souhaitée* disparaît; (ii) les parents peuvent faire valoir un préjudice à l'égard du médecin seulement si ce dernier a commis une *faute caractérisée*; (iii) en dehors de la faute caractérisée du médecin, c'est la solidarité nationale qui prend en charge la compensation du handicap.

La littérature souligne que la nouvelle loi a comme effet de réduire les droits des parents à la réparation. Rappelons qu'auparavant le médecin ne répondait pas uniquement de la faute caractérisée, mais de toute faute. En même temps, la nouvelle loi efface les prétentions de l'enfant. Dans ce sens, on peut dire que la position des parents et de l'enfant à l'égard du médecin a été clairement affaiblie²⁷.

C. Belgique et Pays-Bas

Depuis l'affaire *Perruche*, aussi bien la Belgique que les Pays-Bas ont admis que la vie non souhaitée pouvait constituer un préjudice pour l'enfant. Si la problématique abordée dans l'arrêt *Perruche* dépasse de loin les frontières de la France, la Belgique est particulièrement concernée par cette jurisprudence du fait que sa législation est proche du Code civil français. En janvier 2002 et en réaction à l'arrêt français précité, on a proposé au parlement d'insérer dans le Code civil belge un article 1383^{bis}. Selon cette proposition, la naissance d'un enfant ne pouvait pas être considérée comme un dommage. Toutefois, le parlement ne s'est pas prononcé avant l'échéance des nouvelles élections parlementaires et la modification n'a pas été introduite²⁸.

En juin 2002, le Tribunal de première Instance de Bruxelles avait à se prononcer sur un cas de *vie non souhaitée*²⁹. Il s'agissait d'une mère qui avait

²⁷ Voir notamment Robert REBHACH, « Entwicklungen zum Schadenersatz wegen 'unerwünschter Geburt' in Frankreich », *Zeup3*/2004, pp. 794-817, 811; Denis SALAS, « L'arrêt *Perruche*, un scandale qui n'a pas eu lieu », *Justices Hors série* au recueil *Le Dalloz*, 2001, pp. 14 ss; Jean-Louis AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *Le Dalloz*, 2001, pp. 489 ss; Aline TERRASSON DE FOUGÈRES, « Périsse le jour qui me vit naître », *Revue de droit sanitaire et social*, 2001, pp. 1 ss; Laurent AYNES, « Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation », *Le Dalloz*, 2001, pp. 492 ss.

²⁸ Voir Dimitri DROSHOUT, « Belgium », in H. Koziol / B.C. Steiniger (éds.), *European Tort Law 2002*, pp. 89-118, 100.

²⁹ Voir Annexe 9.

donné naissance à un enfant affecté d'un handicap que le médecin traitant aurait pu déceler par échographie anténatale.

Les parents faisaient valoir un dommage tant moral que matériel qui affectait toute la famille, y compris l'enfant concerné, et que le handicap de ce dernier constituait « une lourde épreuve tant sur le plan psychologique que matériel ». L'enfant faisait valoir qu'il subissait « assurément un préjudice d'être né dans les conditions (un handicap grave) qu'il n'a pas choisies ». Se basant sur le fait que la mère aurait interrompu la grossesse si elle avait connu le handicap de son enfant, le tribunal se rallia à la jurisprudence française de l'arrêt *Perruche* et reçut les deux actions³⁰. Il s'agit là d'une décision de première instance qui devrait connaître des suites et sans doute aussi un approfondissement des considérations³¹.

Quant aux Pays-Bas, un autre cas de vie non souhaitée fut favorablement reçu en deuxième instance par la Cour d'Appel de La Haye. Le bébé Kelly³² était née avec un handicap congénital que, par un comportement inadéquat, le gynécologue n'avait pas décelé au cours de la grossesse. Les parents firent notamment valoir les frais d'éducation et de soins de leur fille. Kelly elle-même reprocha au médecin non pas sa naissance, mais son handicap et fit valoir une réparation morale. En deuxième instance, la Cour d'Appel de La Haye admit non seulement les prétentions des parents, mais également celles de leur fille³³.

III. Naissance non souhaitée

A. Royaume-Uni

L'arrêt de référence, *McFarlane v Tayside Health Board*, date de 1999³⁴. Il s'y agit d'un couple qui avait quatre enfants et qui ne voulait plus élargir la famille. Malgré une stérilisation du mari par vasectomie, le couple conçut un cinquième enfant. Les parents firent valoir à l'égard de l'hôpital (i) une

³⁰ *Revue générale de droit civil belge*, septembre 7/2002, pp. 483 ss.

³¹ H. A. COUSY / A. VANDERSPIKKEN, « Report on Belgian Law », in U. Magnus (éd.), *Unification of tort law: damages*, La Haye etc., 2001, p. 41.

³² Cour d'Appel de La Haye, 26 mars, 2003 [2003] NJ, 249.

³³ M.H. WISSINK / W.H. VAN BOOM, *Report on Dutch Law*, in U. Magnus (éd.), *Unification of tort law: damages*, La Haye etc., 2001, p. 154.

³⁴ *McFarlane v Tayside Health Board* (House of Lords) Case report, 2000 HL, n° 1, 25 Nov. 1999, in Scottish Council of Law Reporting: <http://www.scottishlawreports.org.uk/resources/keycases/mfvthb/mcfarlane-v-tayside-report-hl.html>

somme de GBP 10'000 pour la souffrance de la mère lors de la grossesse et de l'accouchement et (ii) GBP 100'000 pour les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant. En deuxième instance, le couple McFarlane avait obtenu gain de cause³⁵. En dernière instance, la House of Lords renversa partiellement la décision. Dans un long arrêt soigneusement argumenté, les Lords n'exprimèrent pas de grands doutes sur le bien-fondé d'une compensation, pour la mère, pour les effets physiques de la grossesse et de la naissance ainsi qu'à titre de *solacium* (consolation pour les souffrances subies)³⁶. En revanche, ils s'opposèrent à la compensation des frais d'éducation pour la fille Catherine. Les arguments avancés étaient multiples. Lord Slynn of Hadley considéra qu'il ne serait pas « fair, just or reasonable »³⁷ d'imposer au médecin une responsabilité pour les frais d'éducation de l'enfant. Il fit valoir que des parents qui souhaiteraient se mettre à l'abri d'une surprise devraient fixer une telle responsabilité contractuellement avec le médecin. Selon Lord Steyn, l'homme de la rue ou le « traveller on the Underground »³⁸ serait opposé à l'idée que des parents puissent en pareil cas faire valoir les frais d'éducation de l'enfant jusqu'à l'âge de 18 ans. Par ailleurs, les principes de justice distributive interdiraient à des parents d'un enfant non désiré, mais en bonne santé, de réclamer d'une autorité publique ou d'un médecin les frais d'éducation³⁹. Pour Lord Hope of Craighead, il y aurait un problème de « fairness » si on demandait au médecin de payer les frais d'éducation sans tenir compte, en quelque sorte à titre de compensation, du 'bénéfice' que l'enfant procurerait aux parents. Car, si les frais d'éducation étaient calculables, le bénéfice ne l'était pas, de sorte qu'on imposerait au médecin une charge trop élevée⁴⁰.

Toutefois, Lord Millet considéra qu'on ne pouvait pas laisser partir les époux McFarlane les mains vides. Il reconnut que les deux avaient subi une injustice et un tort. Ils avaient notamment été privés de la liberté de limiter la taille de la famille et ils avaient perdu une importante partie de

³⁵ *McFarlane v Tayside Health Board* (Second division), Case report 1998 SC 389, no 40, 9 Jan. 1998, in Scottish Council of Law Reporting; <http://www.scottishlawreports.org.uk/resources/keycases/mfvthb/mcfarlane-v-tayside-report-sd.html>

³⁶ Lord Slynn of Hadley: « Whereas I have no doubt that there should be compensation for the physical effects of the pregnancy and birth, including of course *solatium* for the consequential suffering by the mother immediately following the birth... », *McFarlane v Tayside Health Board* (House of Lords), in Scottish Council of Law Reporting, Case Report, 2000 HL, p. 11.

³⁷ *McFarlane v Tayside Health Board* (House of Lords), in Scottish Council of Law Reporting, Case Report, 2000 HL, p. 11.

³⁸ *Idem*, p.16.

³⁹ *Idem*, p.17.

⁴⁰ *Idem*, p.29.

leur autonomie. Par conséquent, Lord Millet proposa de leur accorder des dommages-intérêts généraux de GBP 5'000.- afin de refléter la véritable nature du préjudice qu'ils avaient subi.

En d'autres termes, la House of Lords admit qu'une naissance non désirée pouvait, sous certaines conditions, constituer un préjudice pour les parents et que ceux-ci avaient, par conséquent, droit à une certaine somme à titre de réparation. Le préjudice résiderait en l'occurrence en la perte de la liberté de déterminer le nombre d'enfants et en la perte de l'indépendance des parents. En même temps, la mère avait droit à la réparation du *solacium* engendré par la grossesse et l'accouchement. En revanche, en sont exclus les frais d'éducation pour l'enfant en question⁴¹.

B. Autriche

En Autriche, une récente jurisprudence⁴² de dernière instance a également provoqué un vif débat. Une mère enceinte de son troisième enfant consultait régulièrement le médecin qui suivait la grossesse. A plusieurs reprises, elle s'enquérât auprès du médecin de la bonne santé du *nasciturus*. Elle l'informa également du fait qu'elle avait un frère et une sœur qui souffraient tous deux de la maladie Niemann-Pick, une maladie héréditaire provoquant des handicaps graves. Elle suggéra même de procéder à une amniocentèse pour vérifier si l'enfant qu'elle portait en était atteint. Le médecin se voulait toujours rassurant et expliquait à tort qu'une amniocentèse ne permettrait pas de déceler la maladie en question. La mère donna naissance à un fils, Patrick, atteint de la maladie Niemann-Pick, qui

⁴¹ W.V. HORTON ROGERS, « Report on England », in U. Magnus (éd.), *Unification of tort law: damages*, La Haye etc., 2001, pp. 68-69.

Voir aussi une autre cause récente, *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*⁴¹. Il s'agissait d'une mère affectée de graves troubles de vue. Elle souhaitait ne plus avoir d'enfants, en raison des complications qu'elle pourrait rencontrer au cours de leur éducation. La stérilisation à laquelle elle se soumit ayant été exécutée négligemment, elle tomba enceinte et donna naissance à un garçon en bonne santé. La mère intenta un procès à l'Hôpital pour des dommages-intérêts résultant des frais d'éducation futurs. Après avoir perdu en première instance, elle obtint partiellement gain de cause en appel. La Cour d'Appel lui alloua des dommages-intérêts pour les frais d'éducation supplémentaires qu'elle encourait à cause de sa mauvaise vue. Devant la House of Lords la mère perdit partiellement. Les Lords considérèrent que la mère n'avait pas droit à des frais d'éducation pour son enfant. Toutefois, une majorité reconnut le tort qui lui avait été fait et lui accorda à ce titre une somme d'environ EUR 22'000.

⁴² <http://www.ris.bka.gv.at>; Auswahl RIS; Judikatur der Gerichte: Judikatur Justiz; Jus Rechtssätze et Jus Texte; Suchworte: 6 Ob 303/02f (jugement du 23.10.2003).

compromet notamment la croissance et l'évolution intellectuelle de l'enfant et le rend dépendant d'une surveillance et aide intenses.

La mère demanda au médecin la réparation du préjudice financier futur résultant des frais d'éducation supplémentaires engendrés par le handicap de son fils. Elle reprocha notamment au médecin de ne pas l'avoir envoyée dans un centre spécialisé qui aurait été en mesure de déceler la maladie du *nasciturus* par amniocentèse.

La Cour constata que la maladie en question était très rare et qu'elle mettait la descendance en danger surtout si la famille des *deux* parents en était affectée. En l'occurrence, la Cour reprocha à la mère de ne pas avoir informé le médecin du fait que la maladie Niemann-Pick était également présente dans la famille de son mari. Elle estima que même un profane en médecine devait savoir que, en pareilles circonstances, la descendance serait atteinte par la maladie en question. La Cour reconnut que, à l'époque de la grossesse, il était habituel dans de telles circonstance d'envoyer la mère dans un centre spécialisé en génétique, mais considéra que cette omission du médecin était insignifiante comparée à celle de la mère d'informer le médecin complètement sur la présence de la maladie dans la famille de son mari.

La Cour en tira la conclusion que la mère n'avait pas de droit à une réparation. Elle ajouta que, en matière de responsabilité médicale, il fallait éviter un débordement des prétentions pour des frais d'éducation des enfants.

En d'autres termes, selon cette décision très controversée, le droit autrichien reste extrêmement réticent par rapport à la réparation de préjudices pour une naissance non souhaitée⁴³.

C. Suisse

A ma connaissance, en Suisse il y a très peu de jurisprudence concernant des cas de naissance non souhaitée. Pour la vie non souhaitée, je n'en ai pas trouvé du tout.

⁴³ Pour la doctrine récente, voir Franz BYDLINSKI, « Das Kind als Schadensursache im österreichischen Recht », in *Liber amicorum for Helmut Koziol*, Vienne, 2000, pp. 29-66; Christine HIRSCH, *Artzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung*, thèse, Vienne, 2002; Barbara STEININGER, *Patienten als medizinische Experten*, in *Die Versicherungsgrundschau*, Vienne, 2004, pp. 116 ss.

Un premier arrêt traitant d'un cas de naissance non souhaitée fut rendu par le *Bezirksgericht* Arbon en Thurgovie en 1985⁴⁴. Il s'agit d'une épouse qui, après avoir fait procéder à une stérilisation, avait donné naissance à une fille. Les demandeurs cherchaient à obtenir notamment le paiement des frais d'éducation de la fille pendant 21 ans ainsi qu'un dédommagement pour la perte de gain de la mère pour une durée de 7 ans. Ils firent également valoir une réparation morale pour la mère, d'une part, pour la grossesse subie et, d'autre part, pour une deuxième opération de stérilisation. En outre, ils demandaient une réparation morale pour la fille Rebekka qui devait porter, pendant quelques mois, un appareil orthopédique pour corriger une légère malformation du bassin. Le tribunal de première instance considéra que les frais d'éducation ne constituaient pas un dommage. De même, il refusa à Rebekka une réparation morale pour le port d'un appareil orthopédique, parce que les inconvénients qui en résultaient duraient seulement quelques mois et le traitement était couronné de succès.

En revanche, le tribunal admit que les besoins d'éducation empêchaient la mère de travailler pendant les 6 premières années de vie de sa fille et considéra le salaire que la mère aurait perçu pendant cette période comme gain manqué. De même, il alloua à la mère une réparation morale pour la grossesse et pour la deuxième stérilisation qu'elle devait subir. Ce dernier point n'était du reste pas contesté par le défendeur.

En 1998, le *Appellationsgericht* de Bâle-Ville⁴⁵ alla dans un autre sens que le tribunal d'Arbon. Mme K s'était soumise à un curettage pour interrompre une grossesse non souhaitée. Malgré cette intervention, elle donna naissance à une fille en bonne santé. Elle demanda à l'hôpital cantonal les frais de traitement que l'assurance-maladie n'avait pas pris en charge, des frais divers, perte de gain, frais d'entretien de l'enfant et une réparation morale. Le tribunal cantonal refusa l'ensemble des prétentions au motif que, au cours de la grossesse, les futurs parents avaient malgré leur opposition initiale fini par accepter l'enfant à naître. Dès lors, ils n'avaient pas subi de préjudice, parce que les dépenses réclamées n'étaient pas involontaires.

Et finalement, dans deux arrêts le Tribunal fédéral s'est penché sur cette matière. Dans les deux affaires, il s'agissait d'une naissance non souhaitée, résultant d'une tentative de stérilisation par ligature des trompes qui avait échouée sans la faute des médecins. Dans les deux cas, l'action en

⁴⁴ *Bezirksgericht* Arbon du 16 octobre 1985, SJZ 82/1986, Heft 3, pp. 46-49.

⁴⁵ *Appellationsgericht* de Bâle-Ville, arrêt du 23.10. 1998, BJM 2000, 306.

responsabilité était dirigée contre l'hôpital public ayant procédé à la stérilisation et se fondait par conséquent sur les lois de responsabilité civile cantonales. Les demandeurs, dans les deux affaires, se prévalurent du fait que s'ils avaient été mieux informés ils auraient choisi une autre méthode de contraception, comme par exemple la vasectomie du mari.

La première affaire fut jugée en 1995⁴⁶. Immédiatement après l'accouchement, la mère fit procéder à une nouvelle stérilisation. Elle demanda à l'hôpital des dommages-intérêts et une réparation morale. Les parents invoquèrent notamment une violation grave de leur liberté personnelle et reprochèrent à l'hôpital de ne pas leur avoir donné les renseignements suffisants sur l'efficacité du traitement, sur les risques subséquents de concevoir et sur les traitements alternatifs possibles. L'examen du Tribunal fédéral ayant été limité à l'arbitraire, nous ne disposons pas d'une discussion exhaustive du cas. Toutefois, le Tribunal fédéral retint que, après la naissance de l'enfant en question, les parents avaient opté une deuxième fois pour la même méthode de stérilisation. Il en conclut que, même avec des renseignements suffisants avant la première stérilisation, les parents auraient opté pour la même méthode et auraient accepté ainsi les risques d'une grossesse. Par conséquent, la demande des parents fut rejetée.

Le second arrêt se situe dans le même élan. Il n'a été rendu que très peu de temps après, en 1998⁴⁷. Le Tribunal fédéral considéra également que, même si les époux avaient été informés des risques d'échec de la stérilisation par ligature des trompes, ils auraient néanmoins choisi cette méthode de contraception. Dès lors, l'acte n'était pas illicite vu que la patiente avait été suffisamment informée⁴⁸.

⁴⁶ 1ère Cour de droit public, 14.2.1995, *Die Praxis*, 9/96, 670 ss. Voir aussi le commentaire de Alfred KOLLER, « Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation », in A. Koller (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungstagung 1997*, St. Gall, 1997, pp. 45 ss.

⁴⁷ Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.276/1993, résumé de manière sommaire dans *Plädoyer* 1999, p. 77; pour le même arrêt, voir aussi Peter JÄGER, *Neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht*, Zurich, 1999, pp. 167-185.

⁴⁸ Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.276/1993, consid. 4c, in JÄGER (note précédente), p. 184. Ce faisant, le Tribunal fédéral considère qu'il n'est plus nécessaire de discuter les autres conditions de la RC comme le dommage et la faute, laissant par là le juriste sur sa faim.

IV. Conclusions

Ce rapide tour d'horizon montre que, parmi les juridictions abordées ici, la question de la *naissance non souhaitée* trouve des réponses différentes. En Allemagne, le préjudice dépend dans une large mesure du contrat conclu entre les parties; si le contrat avait comme but de prévenir le préjudice qui est survenu, alors le médecin est soumis à réparation. En France, malgré l'arrêt *Perruche* qui ne fut qu'un intermède, la Cour de Cassation considère depuis 1982 qu'une interruption non réussie de la grossesse n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit de réparation⁴⁹, sauf en cas de circonstances ou d'une situation particulières. Aux Pays-Bas, une décision de deuxième instance donne suite aux prétentions des parents d'un enfant né handicapé, notamment pour les frais d'éducation et de soins. Au Royaume-Uni, l'argumentation met en avant le *solacium* de la mère et la perte de la liberté des parents pour allouer à ces derniers une somme forfaitaire. En Autriche, la mère est sous le coup d'une obligation très étendue d'informer le médecin. Si elle ne satisfait pas à ces exigences, elle n'obtiendra rien pour l'éducation de l'enfant handicapé. En Suisse, finalement, la jurisprudence semble être très restreinte. A part une décision de première instance, nous n'avons pas trouvé de décision admettant une responsabilité du médecin pour une interruption de grossesse ou une stérilisation manquées.

En droit allemand et encore davantage en droit autrichien, mais aussi dans une certaine mesure au Royaume-Uni, il semble se dégager une tendance qui peut paraître problématique. Les parents, et naturellement surtout la mère, semblent être soumis à des devoirs d'information grandissants. Lorsqu'elle consulte le médecin qui suit la grossesse, la femme a en Autriche des devoirs de renseignement très étendus et en Allemagne il est dans son intérêt de formuler un mandat large pour étendre le champ de protection du contrat. Cette tendance pose un problème parce qu'elle contraint la mère en quelque sorte à un rôle d'expert médical, à défaut de quoi elle risque d'être mal protégée contre les fautes de son médecin. C'est là, me semble-t-il, brouiller la distribution des rôles entre le médecin et sa patiente qui, précisément, cherche conseil parce qu'elle n'est pas experte elle-même.

Quant à la question la plus difficile, celle de la *vie non souhaitée*, une réparation est pour l'instant admise seulement en Belgique et aux Pays-Bas.

⁴⁹ Conseil d'Etat, (n° 23141), Arrêt de l'Assemblée 'Mlle R ...' du 2 juillet 1982, rec p. 266.

Soulignons cependant que, dans les deux pays, il ne s'agit pas de décisions émanant de leur Cour suprême. Les autres pays ne donnent pas suite à ce type de demande. Cela ne signifie pas nécessairement que l'enfant n'ait pas subi de préjudice, mais plutôt que le cadre juridique ne permet pas de résoudre le problème. L'habitude très répandue de mesurer le préjudice par une comparaison entre ce qui est et ce qui aurait été (c'est-à-dire, ce qu'il est convenu d'appeler la théorie de la différence) conduit à la comparaison impossible entre une vie handicapée et pas de vie du tout. Vu sous cet angle, le problème est insoluble⁵⁰.

Toutefois, d'autres perspectives sont possibles. En dehors de toute comparaison, on peut notamment se poser la question de savoir s'il se justifie que le médecin ne réponde pas de la qualité de son intervention, alors que, en face de lui, il y a une personne gravement atteinte par un handicap et souvent exposée à des souffrances pendant toute sa vie. Il est évidemment insatisfaisant que le médecin puisse se défiler ainsi de sa responsabilité.

Pour finir, je voudrais rappeler deux points qu'on ne peut pas perdre de vue dans ce débat. Premièrement, le médecin n'est pas entièrement étranger au handicap. Certes, il ne l'a pas causé, mais il a omis de le détecter. Il est important de souligner que le médecin n'avait pas de devoir de supprimer le *nasciturus*, mais de déceler son handicap. Cette omission doit être reconnue et traitée comme toute autre omission. Deuxièmement, il est paradoxal de refuser le bénéfice du droit de la responsabilité précisément à

⁵⁰ La doctrine suisse est d'ailleurs divisée. Parmi les partisans de l'exclusion de toute responsabilité du médecin on trouve Roland BREHM, *Commentaire bernois* ad art. 41 CO, N°96a, p. 49; Heinrich HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3^e éd., §1, N°35, pp. 7-8; Karl OFTINGER / Emil STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., §2, N° 45 pp. 82 ss (qui seraient toutefois prêts à accepter le principe d'une indemnisation en cas de situation de gêne des parents, p. 85). D'un avis un peu plus nuancé, Peter WEIMAR, « Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes », in *Mélanges Hegnauer*, Berne, 1986, pp. 641 ss (qui laisserait subsister néanmoins la possibilité d'une indemnisation si les parents n'arrivent pas à placer l'enfant non désiré en vue d'adoption, p. 654); idem, *Commentaire du jugement du Tribunal d'Arbon*, SJZ 1986, pp. 48 et 49.

Parmi les partisans d'une responsabilité à certaines conditions l'on trouve Walter FELLMANN, « Schadenersatzrecht für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes », RJB 1987, pp. 317 ss; idem, « Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht », AJP 1995, pp. 878 ss, 879-880. Les partisans inconditionnels de l'allocation d'une indemnité sont Franz WERRO, *Commentaire romand CO I*, ad art. 41 CO, N° 26 ss, pp. 271-273; Vito ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich, 2002, pp. 218 ss; Christoph MÜLLER, « Die Aertzliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes... », AJP 2003, pp. 522 ss; David RÜETSCHLI, « Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation zugleich ein Beitrag zur Problematik 'Kind als Schaden' », AJP 1999, pp. 1359-1376; Isabelle STEINER, « Das Kind als Schaden, ein Lösungsvorschlag », RJB 2001, pp. 646-663. Voir aussi, Thomas MANNSDORFER, *Pränatale Schädigung*, thèse, Fribourg 2000, 946 ss, 335.

ceux qui sont à la fois les plus démunis et qui subissent le plus lourdement les conséquences de la faute d'autrui. Il faut éviter de retourner contre eux les mécanismes de la responsabilité. Pour reconnaître la gravité du préjudice qu'ils subissent, on pourrait envisager l'allocation d'une somme forfaitaire. Cette somme d'argent n'aurait en l'occurrence pas la fonction classique de réparation, mais une fonction plus symbolique fixée *ex æquo et bono* par le juge.