

# REGARD COMPARÉ SUR LE DROIT FRANÇAIS ET CANADIEN (COMMON LAW) EN MATIÈRE DE DOMMAGES PRÉNATAUX ET PRÉJUDICE DE VIE : LA QUESTION DIFFICILE DE L'INDEMNISATION

*Karine McLaren\**

Can a child born with a disability in circumstances where medical negligence deprived his mother of the opportunity to resort to a medical termination of pregnancy initiate a “wrongful-birth” action in his own name to obtain compensation for the very fact of his disabled birth?

Un enfant né handicapé dans des circonstances où une faute médicale a privé sa mère de la possibilité de recourir à une interruption médicale de grossesse peut-il, à son propre nom, intenter une action dite « pour préjudice de vie » afin d'obtenir in-

- 
- \* Karine McLaren, LL.B., LL.M., Trad. a., L.L.D., a exercé le droit pendant près de dix ans en Angleterre et demeure membre non-praticienne du barreau anglais (*Law Society of England and Wales*). Elle est aujourd’hui professeure en droit au sein de la Faculté de droit de l’Université de Moncton, où la common law est enseignée exclusivement en langue française.
  - \* Karine McLaren, LL.B., LL.M., B. Transl., L.L.D., practiced law for almost ten years in England and remains a non-practicing member of the English Bar (*Law Society of England and Wales*). Today, she is a Professor of Law at the University of Moncton’s Faculty of Law, where common law is taught exclusively in the French language.

© Karine McLaren, 2024

Citation: Karine McLaren, “Regard comparé sur le droit français et canadien (common law) en matière de dommages prénataux et préjudice de vie : la question difficile de l’indemnisation” (2024) 16:1 McGill JL & Health 37.

Référence: Karine McLaren, « Regard comparé sur le droit français et canadien (common law) en matière de dommages prénataux et préjudice de vie : la question difficile de l’indemnisation » (2024) 16:1 RDr & santé McGill 37.

This article provides a comparative analysis of how French and Canadian courts have handled somewhat similar legal principles yet arrived at opposite conclusions on the issue. While the French Cour de cassation, sympathetic to the child's situation, was able to stretch logic to establish the causal link necessary to award compensation to the child, Canadian courts, constrained by the framework of tort liability, did not venture to follow suit, concerned about the ethical and legal implications of a contrary conclusion. Consequently, while the pragmatic question of compensation to the child was finally addressed by legislative intervention in response to French judicial creativity, it remains an unresolved issue in Canada, its federal structure making legislative action hardly conceivable.

démnisation du fait même de sa naissance handicapée?

Le présent article jette un regard comparé sur la façon dont les tribunaux français et canadiens ont manié des principes juridiques somme toute semblables pour pourtant arriver à des conclusions opposées sur la question. Ainsi, si la Cour de cassation française, sympathique au sort de l'enfant, a su pousser la logique pour établir le lien de causalité nécessaire à l'indemnisation de l'enfant, les tribunaux canadiens, enfermés dans le carcan de la responsabilité civile délictuelle, n'ont pas risqué faire de même, inquiets des incidences éthiques et juridiques d'une conclusion contraire. Ce faisant, alors que la question pragmatique de l'indemnisation de l'enfant a finalement été réglée par intervention législative en réaction à la créativité judiciaire française, elle demeure irrésolue au Canada, sa structure fédérative rendant l'action législative peu concevable.

---

<b>I. INTRODUCTION</b>	40
<b>II. LA RECONNAISSANCE JURISPRUDENTIELLE D'UNE ACTION POUR PRÉJUDICE DE VIE EN FRANCE ET SES CONSÉQUENCES</b>	41
<b>III. LE REJET JURISPRUDENTIEL DES ACTIONS POUR PRÉJUDICE DE VIE AU CANADA ET SES CONSÉQUENCES</b>	49
<b>IV. CONCLUSION</b>	57

---

## I. INTRODUCTION

Les tribunaux tant français que canadiens ont débattu de la question épique de savoir si un enfant né handicapé dans des circonstances où une faute médicale a privé sa mère de la possibilité de recourir à une interruption médicale de grossesse peut, à son propre nom, obtenir dédommagement du fait même de sa naissance.

Alors que le concept même d'indemniser une personne du seul fait qu'elle soit née affligée de handicap est perçu par certains comme un développement négatif qui renforce les réactions stéréotypes envers les personnes handicapées, d'autres estiment que le rôle qui revient aux tribunaux judiciaires est de prioriser une réparation intégrale à la famille en permettant une combinaison d'actions entreprises tant au nom des parents qu'à celui des enfants, et non pas de se préoccuper des difficultés conceptuelles que présente la question de la « non-existence » ou de s'inquiéter de faire offense à ceux qui parlent au nom de personnes handicapées<sup>1</sup>.

Si les tribunaux canadiens semblent avoir quasiment fermé la porte aux actions dites « pour préjudice de vie », la Cour de cassation française, dans un véritable coup de théâtre judiciaire, concluait il a déjà près de 25 ans que les difficultés philosophiques abstraites que présentent ces actions ne sauraient justifier le fait de refuser d'indemniser un enfant né handicapé en raison d'un acte fautif quelconque d'un médecin, dans des circonstances où l'enfant a besoin de fonds substantiels pour assurer sa survie et son soutien à long terme<sup>2</sup>.

Le présent article fournira une comparaison sur la manière les tribunaux ont manié des principes juridiques, semblables des deux côtés de l'Atlantique, pour arriver à des conclusions opposées.

Quoi qu'il en soit, cette différence de traitement judiciaire s'avérera sans conséquence pratique, le législateur français étant intervenu pour prescrire les actions pour préjudice de vie, désormais irrecevables des deux

---

<sup>1</sup> *Bovingdon c Hergott*, 2008 ONCA 2 [*Bovingdon*].

<sup>2</sup> Il est important de préciser que cette jurisprudence française perdure uniquement pour les enfants nés avant le 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, qui est venue contrer la jurisprudence de la Cour de cassation (voir *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JO, 5 mars 2002, n° 1 à la p 1 [*Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*]).

côtés de l'Atlantique. Les actions judiciaires étant vouées à l'échec, se pose alors la question matérielle de savoir comment répondre aux besoins de l'enfant handicapé à long terme.

Resurvient alors la dissimilitude de traitement entre pays. Alors que la France a créé un régime de prestation de compensation du handicap, personnalisé et évolutif, financé par la solidarité nationale, la structure fédérale canadienne représente un obstacle de taille à la création d'un régime semblable. Aussi mérités soient-ils, les appels à l'action du législateur canadien risquent ainsi de demeurer lettre morte.

## II. LA RECONNAISSANCE JURISPRUDENTIELLE D'UNE ACTION POUR PRÉJUDICE DE VIE EN FRANCE ET SES CONSÉQUENCES

Les deux hautes juridictions françaises<sup>3</sup>, le Conseil d'État et la Cour de cassation, ont traditionnellement refusé de reconnaître que le fait d'être né puisse, à lui seul et en l'absence de dommage quelconque, représenter un préjudice indemnisable<sup>4</sup>.

Si l'enfant naît handicapé, en raison d'une faute médicale ayant eu pour conséquence de priver ses parents de l'opportunité d'envisager une interruption de grossesse, sa naissance constitue toutefois, tant en droit français qu'en droit canadien, un préjudice indemnisable pour ses parents, donnant lieu pour ces derniers à une action dite « pour naissance préjudiciable »<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> En France, le Conseil d'État est le juge administratif suprême qui tranche les litiges relatifs aux actes des administrations (voir France, Ministère de la Justice, « Le Conseil d'État » (dernière consultation le 22 juillet 2024), en ligne : <justice.gouv.fr> [perma.cc/A6FQ-HXL8]). La Cour de cassation, quant à elle, est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français, sa mission étant de contrôler l'application du droit par les tribunaux et les cours d'appel (voir France, Ministère de la Justice, « La Cour de Cassation » (dernière consultation le 22 juillet 2024), en ligne : <justice.gouv.fr> [perma.cc/4PB8-T246]).

<sup>4</sup> Voir Cons d'État, *Assemblée du 2 juillet 1982*, Rec, n° 23141 (France); Voir Cass civ 1<sup>e</sup>, 25 juin 1991, Bull civ, n° 89-18.617 (France). En l'absence de dommages particuliers, la mise au monde d'un enfant normalement constitué à la suite de l'échec d'une interruption médicale de grossesse ne peut à elle seule constituer un préjudice juridiquement réparable pour la mère de l'enfant.

<sup>5</sup> Au Canada, le terme est normalisé (voir Centre de traduction et de terminologie juridiques, *Juriterm*, Moncton, Université de Moncton, 2008, *sub verbo* « *wrongful-birth action* »).

(*wrongful-birth action*). Ainsi ont été indemnisés les parents d'un enfant né gravement handicapé en raison de la rubéole de la mère contractée en début de grossesse, maladie non détectée à la suite de l'omission fautive du médecin de prescrire un test sérologique<sup>6</sup>.

Qu'en est-il toutefois de l'enfant lui-même? Peut-il intenter une action dite « pour préjudice de vie »<sup>7</sup> afin d'obtenir indemnisation, à son propre nom, du fait de sa naissance handicapée?

C'est dans l'affaire *Quarez*<sup>8</sup>, en 1997, que le Conseil d'État français répond initialement à cette question. L'enfant Mathieu Quarez est né atteint de trisomie 21, une faute médicale lors de la réalisation d'une amniocentèse ayant privé ses parents de l'opportunité d'envisager une interruption de grossesse. La faute médicale résultant du défaut d'information étant considérée comme la cause directe du préjudice matériel causé aux parents, sont jugées indemnisables « les charges particulières, notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée »<sup>9</sup> avec lesquelles ces derniers doivent composer.

S'agissant toutefois de la demande d'indemnisation formulée au nom de l'enfant Mathieu Quarez lui-même, peu importe son bien-fondé, la logique juridique s'y oppose. Alors que la faute hospitalière était bien la source du préjudice causé aux parents, à savoir le fait de devoir « supporter les conséquences de cette naissance non désirée »<sup>10</sup>, elle n'avait effectivement pas causé le handicap de l'enfant, celui-ci étant de nature génétique. La faute a

---

<sup>6</sup> Voir Cass civ 1<sup>e</sup>, 25 juin 1991, Bull civ 213 à la p 139, n° 89-18.617 (France). La jurisprudence canadienne approuve une décision britannique qui arrive à la même conclusion à ce sujet (voir *McKay c Essex Area Health Authority*, [1982] QB 1166 [*McKay*]).

<sup>7</sup> Le terme est normalisé au Canada, voir Centre de traduction et de terminologie juridiques, *supra* note 5.

<sup>8</sup> Cons d'État, 14 février 1997, [1997] Rec, n° 133238 (France) [*Quarez*].

<sup>9</sup> *Ibid.* Le centre hospitalier mis en cause est condamné à payer aux parents une indemnité qui correspond à une rente mensuelle de 5000 francs pendant toute la durée de la vie de l'enfant.

<sup>10</sup> France, Sénat, Commission des lois, *Avis présenté sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, par Pierre Fauchon, rapport n° 175 (16 janvier 2002) à la p 22–23 [Fauchon].

simplement eu pour conséquence sa naissance, car sans cette faute, sa mère aurait eu recours à une interruption de grossesse.

L'incidence éthique qui ressortirait de l'accueil de la demande de l'enfant en son propre nom amène ainsi le Conseil d'État à refuser de prendre le risque juridique<sup>11</sup> de distendre le lien de causalité entre la faute hospitalière et le handicap de l'enfant, lien essentiel au droit à la réparation :

Nous ne pensons pas qu'un enfant puisse se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents [...] Affirmer l'inverse serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues et imposer à la mère une sorte d'obligation de recourir, en cas de diagnostic alarmant, à une interruption de grossesse<sup>12</sup>.

Trois ans plus tard, dans la fameuse affaire *Perruche*<sup>13</sup>, la Cour de cassation française, réunie en assemblée plénière, effectue toutefois un revirement spectaculaire qui causera une énorme controverse. À l'instar de l'enfant Mathieu Quarez, l'enfant Nicolas Perruche naît avec de graves handicaps, ses parents ayant été privés de l'opportunité d'envisager une interruption de grossesse en raison d'une faute médicale, en l'occurrence une erreur de diagnostic sérologique rubéolique<sup>14</sup>.

Faisant fi des réserves exprimées par le Conseil d'État dans l'affaire *Quarez*, la Cour de cassation, elle, n'hésite pas à distendre le lien de causalité afin d'arriver au résultat recherché : l'octroi de compensation à l'enfant Perruche lui-même. La théorie dite de l'équivalence des conditions, qui envisage comme causal tout évènement sans lequel le dommage n'aurait pas eu lieu<sup>15</sup>, lui permet de conclure à l'existence du lien causal nécessaire : n'eût été de l'inexécution de l'obligation contractuelle d'informer la mère, le dommage n'aurait pas eu lieu, car la mère aurait avorté, ayant préalable-

<sup>11</sup> *Ibid* à la p 23.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Cass Ass plén, 17 novembre 2000, [2000] Bull civ, n° 99-13.701 (France) [*Perruche*].

<sup>14</sup> Voir Danielle Moyse, « Naissances Coupables? À propos de l'«affaire Nicolas Perruche» et d'autres du même genre » (2001) 271:1 *Esprit* 6 à la p 6.

<sup>15</sup> Voir Cass civ 1<sup>e</sup>, 20 mai 1936, *Mercier* (France), reproduite dans « Cour de Cassation, Civ., 20 mai 1936, *Mercier* » R Générale du Dr 6815.

ment exprimé ce dessein. Dans le cadre de la responsabilité contractuelle du dommage causé à un tiers, l'enfant est tiers à la relation contractuelle entre la mère et le laboratoire médical et a donc droit à ce titre à la réparation du préjudice<sup>16</sup>.

Si la théorie de l'équivalence des conditions permet ainsi de « solidariser des chaînes de responsabilité »<sup>17</sup>, il n'en demeure pas moins que la causalité juridique ainsi établie entre la faute et le dommage est en déphasage complet avec la causalité biologique du dommage : « le handicap est la conséquence de l'affection pathologique dont l'enfant a été atteint dès le début de la grossesse; l'erreur fautive de diagnostic n'y a nullement participé dès lors qu'il n'existe aucune possibilité de traitement »<sup>18</sup>.

En réalité, la faute médicale a ainsi eu pour seule conséquence la naissance de l'enfant Perruche, car sans cette faute, il ne serait simplement pas né. La situation ne diffère donc aucunement de celle de l'enfant Quarez. En accueillant la demande de l'enfant Perruche, la Cour de cassation accepte de fait implicitement la reconnaissance d'un droit de ne pas naître handicapé, d'où la controverse qui en découle. Comment justifier d'accorder réparation à l'enfant né alors que la seule façon d'éviter le handicap était de l'avorter<sup>19</sup>? La conséquence prévisible de ce droit ne serait-elle pas « le développement

---

<sup>16</sup> *Perruche*, *supra* note 13 :

« Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »).

À propos de l'application de la théorie de l'équivalence des conditions, voir Thierry Pech, « Retour sur la jurisprudence Perruche » (2002) 18:8-9 *Medecine/Sciences* 897 aux pp 898-99.

<sup>17</sup> Pech, *supra* note 16 à la p 899.

<sup>18</sup> France, Sénat, Commissions des lois, *Jurisprudence "Perruche": faut-il légitimer? Rapport d'information*, par René Garrec, rapport n° 164 (20 décembre 2001) à la p 49.

<sup>19</sup> France, Sénat, Commissions des lois, *Jurisprudence "Perruche": faut-il légitimer? Rapport d'information*, par Jerry Sainte-Rose rapport n° 164 (20 décembre 2001) à la p 50 (c'« est bien l'aveu que la suppression du malade était la seule méthode envisageable pour éviter la maladie »).

d'un eugénisme de précaution, les praticiens étant incités, devant le plus léger doute, à préconiser l'avortement »<sup>20</sup>?

La Cour de cassation n'est certes pas insensible à ces questions d'éthique, qui avaient aussi préoccupé le Conseil d'État avant elle<sup>21</sup>. Il est toutefois clair qu'elle est motivée par des considérations d'équité et de justice individuelle, exprimées avec éloquence par son rapporteur Pierre Sargas en ces termes :

[L']argument suivant lequel admettre la réparation du préjudice de l'enfant c'est admettre qu'il existe des vies qui ne méritent pas la peine d'être vécues puisqu'on les indemnise [...] procède davantage de l'image que de la raison. Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie : dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques<sup>22</sup> ?

Au cœur de la décision de la Cour de cassation, aussi controversée ou contestable soit-elle, se trouve ainsi une préoccupation pour le sort de l'enfant demandeur en cas de rejet de sa demande, conséquence qui semble avoir échappé au Conseil d'État dans l'affaire *Quarez*<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Moyse, *supra* note 14 à la p 16.

<sup>21</sup> Les conclusions de l'avocat général Jerry Sainte-Rose, qui aurait rejeté la demande de l'enfant notamment pour ces raisons, étaient l'un des facteurs pris en compte dans la décision de la Cour de cassation. Voir Alexis Saurin, « Que signifie l'arrêt Perruche? De l'affaire et l'arrêt Perruche à la loi anti-Perruche et ses premières applications », (janvier 2003), en ligne : <jurischrono.free.fr> [perma.cc/X6WM-HQNQ].

<sup>22</sup> Fauchon, *supra* note 10 à la p 24.

<sup>23</sup> L'indemnisation accordée aux parents lui semblait ainsi suffisante pour répondre à la demande de l'enfant (voir *Quarez*, *supra* note 8). Aux dires de la Commissaire du gouvernement dans l'arrêt *Quarez* :

Distendre le lien de causalité [semble] un effort juridique [...] d'autant plus inutile qu'il est possible de donner, dans une large mesure, satisfaction aux demandes indemnитaires formulées devant la cour sans avoir à reconnaître l'existence pour le jeune enfant d'un préjudice directement lié à la faute hospitalière

Comme l'explique le rapporteur de la Cour de cassation, la solution retenue par le Conseil d'État présentait toutefois de graves inconvénients pour l'enfant :

La position du Conseil d'État, qui alloue en réalité aux parents l'indemnisation due à l'enfant (...) comporte d'ailleurs l'inconvénient d'un risque de dilapidation, en particulier si le couple se disloque ou abandonne l'enfant, ce qui est malheureusement assez fréquent. Et dans l'hypothèse où les parents meurent avant d'avoir pu agir, la solution « camouflée » de la réparation du préjudice de l'enfant à travers ses parents n'est même plus possible<sup>24</sup>.

Bien que la protection optimale de l'enfant né handicapé semble être un objectif entièrement souhaitable, la créativité juridique dont a fait preuve la Cour de cassation afin d'accueillir la demande de l'enfant s'est toutefois soldée par une avalanche de critiques et a mené à une énorme controverse. Au centre de cette controverse se débattent de multiples questions éthiques et socio-politiques. Mis à part le caractère ténu du lien de causalité juridique entre la faute et le dommage, question qui préoccupe particulièrement les juristes, l'eugénisme qui se dégage « de l'idée selon laquelle il vaut mieux être avorté que de naître handicapé (...) »<sup>25</sup> oppose universitaires, parents, associations de personnes handicapées et médecins.

C'est ainsi que le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, estime que :

[...]a reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître dans certaines conditions apparaîtrait hautement discutable sur le plan du droit, inutile pour assurer l'avenir matériel des personnes souffrant de handicaps congénitaux et redoutables sur le plan éthique. En effet, un tel droit risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens une pression normative d'essence eugénique »<sup>26</sup>.

---

(voir Fauchon, *supra* note 10, citant *Quarez, supra* note 8).

<sup>24</sup> Fauchon, *supra* note 10.

<sup>25</sup> Fauchon, *supra* note 10 aux p 26–27.

<sup>26</sup> Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, « Handicaps congénitaux et préjudice » (29 mai 2001) à la p 7, en ligne (pdf) : <ccne-ethique.fr> [<https://perma.cc/DB58-GEB9>].

Le monde médical, quant à lui, se retrouve aussi en situation de quasi-crise, les implications de la décision *Perruche* menant à des menaces d'abandon par de nombreux médecins de l'exercice de l'échographie pré-natale, situation exacerbée par l'augmentation prévisible et fulgurante des primes d'assurances<sup>27</sup>.

Cette controverse mène le législateur français à intervenir en édictant la *Loi du 4 mars 2002*, dite loi « anti-Perruche »<sup>28</sup> qui prévoit que : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »<sup>29</sup> et, ce faisant, exclut purement et simplement l'indemnisation judiciaire de l'enfant atteint d'un handicap congénital.

Outre de contrecarrer la jurisprudence *Perruche*, la *Loi du 4 mars 2002*, renvoie toutefois les plaignants à la solidarité nationale<sup>30</sup>, dans les termes qui suivent :

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long

---

<sup>27</sup> Voir Saurin, *supra* note 21.

<sup>28</sup> Voir *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, *supra* note 2. À propos du cheminement de la loi « anti-Perruche », voir Saurin, *supra* note 21.

<sup>29</sup> Les dispositions de la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002* étaient initialement incluses dans la loi, puis intégrées au *Code de l'action sociale et des familles* (voir *Code de l'action sociale et des familles*, JO, 12 février 2005, art L114-5 (France)).

<sup>30</sup> À savoir le système de sécurité sociale français, financé par les cotisations sociales des travailleurs et des employeurs qui prennent en charge les soins de santé notamment des personnes handicapées et les aides et allocations octroyées par les maisons départementales des personnes handicapées, financées par les contribuables (voir France, Ministère du Travail de la Santé et des Solidarités, *Présentation de la Sécurité sociale* (10 octobre 2019)).

de la vie de l'enfant, de ce handicap. *La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale* [nos italiques]<sup>31</sup>.

Il est important de noter que l'emploi dans la *Loi* du mot « compensation » n'est pas anodin, car il rejette la logique judiciaire « strictement indemnitaire » qui, en voulant indemniser l'écart entre le handicap et le fait de ne pas naître, représentait une « sorte d'aporie »<sup>32</sup>. La *Loi* s'avérerait toutefois être « le véhicule d'une ambition plus grande, consistant non pas seulement à financer les frais de soins et d'aide à la vie quotidienne, mais à permettre à une personne en situation de handicap de déployer toutes ses capacités personnelles »<sup>33</sup>.

La *Loi du 4 mars 2022* ferait ainsi aujourd'hui échec à la demande de l'enfant Perruche à l'encontre du médecin<sup>34</sup>, le défaut de fournir des informations n'ayant pas « provoqué directement » le handicap de l'enfant, ne l'ayant pas « aggravé » et l'absence de défaut n'étant pas susceptible non plus d'« atténuer » ce handicap, puisqu'il aurait mené à sa non-existence<sup>35</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme ayant censuré l'application rétroactive de la *Loi du 4 mars 2002*, la jurisprudence *Perruche* aura toutefois bénéficié à l'enfant Perruche lui-même et à tous les enfants nés avant

---

<sup>31</sup> *Code de l'action sociale et des familles*, *supra* note 29, art L114-5.

<sup>32</sup> Denis Piveteau, « La ‘loi Kouchner’ et les droits des personnes handicapées : fin d'un espoir ou point de départ ? » (2021) 4:70 *Tribunes Santé* 73 à la p 78.

<sup>33</sup> *Ibid* à la p 79. À la suite du débat créé par la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, *supra* note 2, est adopté la *Loi n° 2005-102 du 11 février 2005*, qui, en créant la « prestation de compensation du handicap » (PCH), introduit les concepts de « plan personnalisé de compensation » et de « projet de vie » des personnes en situation de handicap (voir *Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, JO, 12 février 2005 (NC), 36). Voir généralement, France, Mon Parcours Handicap, « Alternance : Quelles sont les mesures de compensation du handicap? » (dernière modification le 26 juillet 2024) en ligne: <monparcourshandicap.gouv.fr> [perma.cc/2UZJ-3QDA].

<sup>34</sup> Le *Code* ne s'est pas appliqué pour faire échec à la demande d'indemnisation de l'enfant Perruche, qui prédate à sa mise en œuvre (voir *Code de l'action sociale et des familles*, *supra* note 29).

<sup>35</sup> Sur les conséquences de la loi « anti-Perruche », voir Saurin, *supra* note 21; Quentin Mameri, Emmanuelle Fillion et Bénédicte Champenois, « Le juge et le diagnostic prénatal depuis la loi du 4 mars 2002 » (2015) 9:4 *Alter* 331 à la p 333.

le 7 mars 2002 (date d'entrée en vigueur de la loi) et susceptibles d'exercer un recours<sup>36</sup>.

### III. LE REJET JURISPRUDENTIEL DES ACTIONS POUR PRÉJUDICE DE VIE AU CANADA ET SES CONSÉQUENCES

En l'absence d'indication contraire du pouvoir législatif au Canada, les tribunaux canadiens continuent à débattre la question difficile de l'indemnisation de l'enfant handicapé dans de telles circonstances, la créativité judiciaire ne pouvant s'exercer que dans les limites qu'impose la logique juridique. Dans les juridictions canadiennes de common law, c'est vers la responsabilité civile délictuelle à titre de structure juridique<sup>37</sup> que doivent se tourner les tribunaux pour répondre à la question controversée de savoir si un enfant né avec des handicaps infligés *in utero* ou au cours de sa conception peut intenter une action contre le médecin.

La Cour suprême du Canada n'ayant toujours pas eu l'occasion de se prononcer sur la question<sup>38</sup>, ce sont aux quelques décisions des juridictions où a été étudiée cette question qu'il faut faire appel pour apprêhender l'état actuel du droit. C'est dans la décision *Lacroix (Litigation Guardian of) c Dominique*<sup>39</sup>, rendue à la même période que l'arrêt *Perruche*, que la rece-

<sup>36</sup> Voir les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *Maurice c France* [GC] (radiation), n° 11810/03, [2005] CEDH 683; *Draon c France* [GC], n° 1513/03, [2005] CEDH 679.

<sup>37</sup> En vertu de la règle de la connexité contractuelle (*privity of contract*), les contrats n'ont force obligatoire que dans le cadre des relations qu'entretiennent les parties contractantes, à l'exclusion des tiers. Cette règle a parfois été tempérée au Canada par voie de réforme législative, par exemple dans le domaine de l'assurance automobile. Le droit de la responsabilité civile délictuelle tempère la règle de la connexité contractuelle, le devoir de diligence né d'une relation contractuelle pouvant alors s'étendre à des tierces parties (voir Centre de traduction et de terminologie juridiques, *supra* note 5, *sub verbo* « *privity of contract* »).

<sup>38</sup> Dans l'affaire *Krangle* qui concernait une demande d'indemnisation faite par les parents d'un enfant atteint de trisomie 21, aucun test de dépistage n'avait été offert à sa mère. Il avait été admis d'emblée que l'enfant n'avait lui-même aucune cause d'action (voir *Krangle (Tutrice à l'instance de) c Brisco*, 2002 CSC 9 au para 2 [*Krangle*]).

<sup>39</sup> *Lacroix c Dominique*, 2001 MBCA 122 [*Lacroix*].

vabilité des actions pour préjudice de vie est étudiée pour la première fois par une juridiction d'appel au Canada<sup>40</sup>. L'enfant est né avec des handicaps causés par des médicaments contre l'épilepsie prescrits à la mère, cette dernière n'ayant pas été avisée des risques associés. La demande de l'enfant à l'encontre du médecin peut-elle être accueillie?

Comme dans l'affaire *Perruche*, le lien de causalité entre le dommage et l'acte fautif est central au raisonnement juridique. Au lieu de distendre ce lien, comme l'a fait la Cour dans *Perruche*, la Cour d'appel du Manitoba en opère toutefois une scission. Les demandes faites par enfants nés handicapés tomberaient ainsi dans deux catégories distinctes :

- i. les situations où les anomalies ont été *causées* par un acte fautif ou une omission d'une tierce partie;
- ii. les situations où, n'eût été de l'acte fautif ou de l'omission, l'enfant ne serait jamais né [notre traduction et nos italiques]<sup>41</sup>.

Seules les demandes qui tombent dans la première catégorie sont recevables en droit canadien<sup>42</sup>. Est ainsi recevable une demande de réparation par l'enfant à qui le dommage a été causé par une procédure d'avortement qui n'a pas abouti, ce dommage découlant d'une violation du devoir de diligence du médecin envers l'enfant non encore né au moment de la tentative d'avortement<sup>43</sup>. Est aussi recevable la demande de réparation de l'enfant à

---

<sup>40</sup> La question n'avait préalablement été traitée qu'à quelques occasions par des tribunaux de première instance. Voir notamment *Arndt c Smith*, 93 BCLR (2d) 220, 1994 CanLII 16660 (BCSC) inf pour d'autres motifs par *Arndt c Smith*, [1997] 2 SCR 539; *Mickle c Salvation Army Grace Hospital*, 1998 CanLII 14934, 166 DLR (4th) 743 (ONSC) [*Mickle*]; *Jones (Guardian ad litem of) c Rostvig*, 1999 CanLII 6400 (BCSC) [*Jones*].

<sup>41</sup> *Lacroix*, *supra* note 39 au para 24.

<sup>42</sup> La demande de l'enfant Lacroix avait été radiée en première instance, au motif que le droit canadien ne reconnaît pas les actions pour préjudice de vie; la Cour d'appel était appelée à déterminer si la demande de l'enfant avait été correctement catégorisée à ce titre (voir *Lacroix*, *supra* note 39 au para 1).

<sup>43</sup> *Cherry (Guardian ad Litem of) c Borsman*, 1991 CanLII 8297 au para 38 (BCSC) [*Cherry*]. En l'espèce, la cour a accordé une indemnisation à l'enfant, une fois né, pour ses séquelles. L'enfant à naître tomberait ainsi dans le principe du prochain (*neighbour principle*) énoncé pour la première fois dans la décision séminale de la Chambre des Lords, *Donoghue c Stevenson*, 1932 AC 562.

qui dommage a été causé par un médicament, tel le thalidomide, prescrit au cours de la grossesse<sup>44</sup>. Certes, tout comme en droit français, un enfant à naître n'est pas encore constitué sujet de droit et n'est pas capable d'agir en justice. Toutefois, le droit canadien permet à l'enfant né vivant de demander réparation pour des dommages encourus avant sa naissance<sup>45</sup>, la qualité de sujet de droit pouvant ainsi « avoir des effets juridiques rétroactifs portant sur une période où le sujet de droit n'était pas constitué »<sup>46</sup>. Il en est de même en France. En application de l'adage « *infans conceptus* », l'embryon et le fœtus pourront, dans certains cas, et à certaines conditions, bénéficier de la personnalité juridique, une fois né vivant et viable.

Dans la seconde catégorie tombent les situations où l'action fautive n'a pas *causé* le dommage à l'enfant, mais a seulement mené les parents à le concevoir ou à ne pas l'avorter. Typiquement, la faute consiste en l'omission de la part d'un médecin d'avertir les parents des risques de donner naissance à un enfant handicapé, en raison de facteurs sur lesquels le médecin n'a aucun contrôle. Seule la demande d'indemnisation des parents est alors recevable. Toute demande de réparation formulée par l'enfant est caractérisée

<sup>44</sup> Voir *Florence c Benzaquen*, 2020 ONSC 1534 au para 21, juge Wilson [*Florence*] :

Cases falling into the first category include situations where the mother was prescribed a medication while pregnant, and as a result, the foetus was born with abnormalities—for example, thalidomide cases. They would also include other types of cases where the foetus was harmed due to the direct negligence of a treatment provider, such as a botched abortion case or perhaps a negligently performed amniocentesis.

Appel rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Florence c Benzaquen*, 2021 ONCA 523 au para 11; autorisation d'appel refusée dans *Florence c Benzaquen*, 2022 CanLII 21667 (CSC).

<sup>45</sup> *Dehler c Ottawa Civic Hospital*, 1979 CarswellOnt 484 aux para 23–24, [1979] 3 ACWS 297.

<sup>46</sup> Voir Pech, *supra* note 16 à la p 899. Voir aussi *Cherry*, *supra* note 43 au para 41:

The injuries sustained by these infants were compensable when they were born alive: see *Distillers Co. (Bio-Chemicals) Ltd. v. Thompson*, [1971] 1 All E.R. 694, [1971] A.C. 458 (P.C.). Had they been stillborn or miscarried, they would not have been able to commence proceedings in their own right. Their right to claim damages for their pre-natal injuries exists from the moment of their live birth.

comme « action pour préjudice de vie » (*wrongful-life actions*), ce genre d'action étant, selon la Cour d'appel du Manitoba, irrecevable au Canada<sup>47</sup>.

Tomberait clairement dans cette seconde catégorie et serait ainsi irrecevable en droit canadien la demande de l'enfant Perruche, l'erreur de diagnostic sérologique n'ayant pas causé le handicap, mais ayant simplement privé sa mère de l'option de recourir à une interruption de grossesse<sup>48</sup>. Dans la même veine, n'obtiendrait pas gain de cause l'enfant dont les déformités fœtales congénitales n'ont pas été détectées au cours d'un examen échographique<sup>49</sup> ou l'enfant dont les parents n'ont pas été avisés de l'opportunité d'examen prénatals capables de détecter la trisomie 21<sup>50</sup>.

Or, comme le remarquera la Cour d'appel de l'Ontario en 2008 dans la décision *Bovingdon*<sup>51</sup>, toutes les situations factuelles ne peuvent être si aisément catégorisées. Si la seconde catégorie semble relativement claire, n'incluant que les cas où l'acte fautif n'a pas *causé* le handicap, mais a simplement empêché les parents d'exercer le choix de terminer une grossesse ou d'éviter de concevoir, les situations factuelles qui semblent à première vue tomber dans la première catégorie sont beaucoup plus difficiles à cloisonner.

Dans quelle catégorie, par exemple, placer la situation où le handicap a été causé par l'effet d'un médicament prescrit à la mère, tel un médicament pour l'épilepsie, alors qu'elle n'avait pas été prévenue de ses effets potentiels sur le fœtus? Telle était la situation dans la décision *Lacroix*<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> *Lacroix*, *supra* note 39 aux para 41–43.

<sup>48</sup> La Cour d'appel du Manitoba approuve par ailleurs la décision britannique *McKay*, *supra* note 6, dans laquelle avait été rejetée la demande de l'enfant né handicapé en raison d'une infection rubéolique intra-utéro non détectée (voir *Lacroix*, *supra* note 39 aux para 36–37).

<sup>49</sup> *Mickle*, *supra* note 40.

<sup>50</sup> *Jones*, *supra* note 40.

<sup>51</sup> *Bovingdon*, *supra* note 1. Demandes d'autorisation d'appel rejetées dans *Hergott c Bovingdon et Bovingdon c Hergott*, 2008 CanLII 32727 (CSC).

<sup>52</sup> *Lacroix*, *supra* note 39. Voir aussi l'arrêt *Paxton c Ramji*, 2008 ONCA 697 (CanLII), 92 OR (3d) 401 [*Paxton*], qui concernait un médicament prescrit pour l'acné.

D'un côté, l'acte négligent était à l'origine du handicap de l'enfant, car c'est bien le médicament prescrit qui a causé le dommage et non pas un facteur sur lequel le médecin n'avait aucun contrôle, tel qu'une infection ou une déformité congénitale. D'un autre côté, l'acte négligent n'était pas l'acte de *prescrire* le médicament, dont avait besoin la patiente, mais seulement l'*omission d'informer* la mère des risques associés. La Cour d'appel du Manitoba jugea, non sans hésitation<sup>53</sup>, que la situation tombait dans la seconde catégorie, car n'eût été de l'omission négligente du médecin d'informer la mère des risques, l'enfant ne serait pas né<sup>54</sup>. Pour la Cour d'appel de l'Ontario, saisie de faits semblables dans *Bovingdon*, la cour dans *Lacroix* aurait fait fausse route sur ce point, car l'acte négligent n'avait pas seulement causé la naissance, mais aussi le handicap<sup>55</sup>. Au contraire, dans *Bovingdon*, l'inducteur d'ovulation prescrit à la mère n'avait eu aucun effet pharmacologique sur les enfants jumeaux.<sup>56</sup> Le médicament n'était qu'un maillon dans la chaîne de causalité qui avait abouti à la conception d'enfants jumeaux, la gestation multiple ayant causé ou contribué à leur naissance prématurée, la prématurité ayant causé le handicap des enfants.<sup>57</sup> Pour la juge Feldman, qui rend le jugement au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le cas *Bovingdon* pouvait ainsi plus clairement être qualifié d'action pour préjudice de vie, la seule conséquence de l'omission négligente du médecin d'aviser la mère des risques étant la naissance des enfants jumeaux<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Sans y répondre, la Cour semble admettre, comme le faisait valoir l'avocat de l'enfant, que la situation factuelle pourrait tomber dans la première catégorie, car c'est le médicament, et non une condition héréditaire ou une infection, qui avait causé le handicap (voir *Lacroix*, *supra* note 39 au para 38).

<sup>54</sup> La preuve avait démontré que si la mère avait été avisée des risques, elle aurait continué à prendre le médicament, dont elle avait besoin, mais aurait évité la grossesse (voir *Lacroix*, *supra* note 39 au para 41).

<sup>55</sup> Voir *Bovingdon*, *supra* note 1 au para 58 (« In my view, with respect, *Lacroix* fits much more easily into category one than does the case at bar »).

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid* aux para 58–59.

<sup>58</sup> En première instance, le jury avait conclu que si la mère avait été avisée des risques, elle aurait choisi de ne pas prendre le médicament, si bien que les enfants ne seraient pas nés. La Cour infirme ainsi la décision de première instance, qui avait accueilli la demande des enfants, plaçant la situation des enfants dans la première catégorie (voir *Bovingdon*, *supra* note 1). Voir aussi *Florence*, qui concernait aussi la naissance d'enfants multiples, provoquée par

Il ressort de ces décisions que les catégories malléables énoncées dans *Lacroix* ne peuvent manifestement fournir, à elles seules, un mécanisme juridique cohérent ou complet pour déterminer la recevabilité de ce genre d'actions dans les multiples situations factuelles capables de se manifester. Notamment, il semble très difficile, sinon impossible, de déterminer quelle place relative doit occuper le lien de causalité dans la chaîne d'évènements qui mènent au handicap pour qu'une cause d'action puisse se concrétiser. C'est pour cette raison que la juge Feldman préconise l'abandon des catégories énoncées dans *Lacroix* en faveur d'une approche fondée sur l'analyse traditionnelle de la responsabilité civile délictuelle, qui exige d'abord la reconnaissance juridique d'un devoir de diligence (*duty of care*) entre les parties<sup>59</sup>. Au lieu de diviser ainsi les diverses situations factuelles qui se présentent en deux catégories distinctes, il convient ainsi de débuter l'analyse par l'examen du devoir de diligence : un médecin a-t-il, envers l'enfant à naître, un devoir de diligence qui est coextensif à celui qui est dû à sa mère<sup>60</sup>? Si la réponse est positive, devront alors être examinés la norme

---

un inducteur d'ovulation, et qui suit le même raisonnement (*Florence, supra* note 44).

<sup>59</sup> Voir *Bovingdon, supra* note 1 aux para 61–73. Ce raisonnement est suivi dans la décision *Paxton, supra* note 52, le dispositif ayant aussi été prononcé par la juge Feldman au nom de la Cour d'appel de l'Ontario. Il est à noter que, même si l'analyse de la cour dans *Lacroix* semble se concentrer sur la distinction entre les deux catégories, elle tient aussi compte des éléments centraux à la responsabilité délictuelle, car la cour justifie aussi sa décision par référence à l'absence de devoir de diligence envers le fœtus et à l'impossibilité de calculer les dommages-intérêts (voir *Lacroix, supra* note 39 aux para 33–42).

<sup>60</sup> Voir *Bovingdon, supra* note 1 au para 61. Il est à noter que ce devoir, s'il est établi, ne peut qu'exister à l'égard d'un enfant né vivant, seul un enfant né vivant pouvant avoir une cause d'action. Voir *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c DFG*, [1997] 3 RCS 925, 1997 CanLII 336 (CSC) au para 21:

L'enfant peut intenter une action en responsabilité délictuelle pour le préjudice subi avant sa naissance. Toutefois, ce n'est qu'à la naissance qu'il a la capacité juridique de le faire, et le préjudice subi n'est évalué qu'à partir de ce moment: voir *Montreal Tramways*, précité; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.), *Cherry (Guardian ad litem of) c. Borsman*, 1992 6 WWR 701.

de diligence, le manquement éventuel à cette norme, la causalité factuelle, la proximité causale et le préjudice subi<sup>61</sup>.

Le rapport entre médecin et enfant à naître n'appartenant pas à une catégorie déjà reconnue de rapports donnant lieu à un devoir de diligence<sup>62</sup>, deux conditions sont nécessaires à la reconnaissance juridique éventuelle d'un nouveau devoir de diligence : 1) l'existence de relations suffisamment étroites pour donner naissance à une obligation et 2) l'absence de considérations de politique résiduelles justifiant le rejet de cette obligation<sup>63</sup>.

S'agissant de la première condition, les tribunaux saisis de la question ont jusqu'ici conclu à l'absence d'un lien de proximité suffisamment direct dans le rapport entre médecin et enfant à naître<sup>64</sup>.

Toutefois, ils l'ont fait dans l'optique des circonstances particulières qui se sont présentées devant eux, typiquement des situations impliquant l'effet potentiel (non explicité à la patiente) sur l'enfant *non encore conçu* de médicaments prescrits à une femme en âge de procréer. La possibilité qu'un tel lien de proximité entre médecin et enfant à naître soit reconnu dans d'autres circonstances factuelles resterait donc ouverte<sup>65</sup>, mais dans des circonstances très limitées. Ainsi n'a pas été rejetée l'idée d'imposer au

---

<sup>61</sup> *Bovingdon*, *supra* note 1 au para 61.

<sup>62</sup> Voir *Mustapha c Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27 au para 5.

<sup>63</sup> Voir *Anns c Merton London Borough Council*, [1978] AC 728 aux pp 751–52, confirmée en contexte canadien dans *Cooper c Hobart*, 2001 CSC 79 au para 13 [*Cooper*].

<sup>64</sup> Voir *Paxton*, *supra* note 52 aux para 25–86, qui s'attarde longuement sur cette question. La juge Feldman précise notamment que le médecin ne peut ni fournir de recommandations à un futur enfant ni prendre ses instructions et n'est pas non plus en mesure de s'acquitter d'un devoir de prendre toutes les précautions raisonnables pour protéger un enfant du dommage causé par un médicament tératogène. La Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée sur l'existence d'un tel devoir.

<sup>65</sup> Voir *Bovingdon*, *supra* note 1 au para 73 :

[I]t is undecided whether the courts of this province would necessarily dismiss every claim for 'wrongful life'. A proper consideration of this question would require the court to address the policy issue of whether such claims should exist in our law »).

Voir aussi *Florence*, *supra* note 44 au para 47.

médecin une responsabilité accrue envers l'enfant dans des circonstances où un médicament pouvant causer des dommages au fœtus (tel que le thalidomide) est contre-indiqué pour une femme qui est déjà enceinte<sup>66</sup>.

Cela dit, même à supposer que soit établi un devoir de diligence dans certaines circonstances limitées, la question se poserait alors de savoir si l'effet de la reconnaissance d'une telle obligation « sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général »<sup>67</sup> justifie son rejet. Si les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer de façon définitive sur ce point, l'absence du lien de proximité requis par la première condition de l'analyse ayant court-circuité l'examen de la deuxième, le son de cloche qui ressort de la jurisprudence sur ce point semble unanime.

Superposer un devoir de diligence envers un enfant à naître à celui qui existe déjà envers sa mère donnerait lieu, pour le médecin, à un conflit d'intérêt<sup>68</sup> irréconciliable avec la protection des intérêts de la mère<sup>69</sup>, d'autant plus que c'est à la mère qu'il appartient de prendre les décisions qui l'affectent elle-même ainsi que son futur enfant. L'imposition d'un devoir de diligence du médecin envers l'enfant futur serait par ailleurs incompatible avec le « droit des femmes à l'intégrité physique, à la vie privée et à l'autonomie décisionnelle »<sup>70</sup>, droit qui inclut de surcroît celui d'interrompre la grossesse. C'est précisément pour cette raison que le droit

<sup>66</sup> *Cherry, supra* note 43 au para 41 :

The concept that a duty is owed to a fetus is not a novel one. A close analogy is that of the thalidomide children. These children were injured in utero at an early stage. The injuries sustained by these infants were compensable when they were born alive: see *Distillers* see *Distillers Co. (Bio-Chemicals) Ltd. v. Thompson*, [1971] 1 All E.R. 694, [1971] A.C. 458 (P.C.). Had they been stillborn or miscarried, they would not have been able to commence proceedings in their own right. Their right to claim damages for their pre-natal injuries exists from the moment of their live birth.

<sup>67</sup> *Cooper, supra* note 63 au para 37.

<sup>68</sup> Voir *Lacroix, supra* note 39 au para 39; *Paxton, supra* note 52; *Bovingdon, supra* note 1 au para 71; *Florence, supra* note 44.

<sup>69</sup> Par exemple, dans la décision de prescrire à une patiente un médicament tératogène, tel un médicament pour traiter l'épilepsie, sans lequel la vie de la mère serait à risque. Telle était la situation dans *Lacroix, supra* note 39 au para 39.

<sup>70</sup> *Dobson (Tuteur à l'instance de) c Dobson*, [1999] 2 SCR 753 au para 23.

canadien protège la mère de toute responsabilité délictuelle envers son enfant à naître<sup>71</sup>.

À l'obstacle quasi-insurmontable que semble représenter l'établissement d'un devoir de diligence s'ajoute une autre difficulté considérable qui semble militer pour le rejet des actions pour préjudice de vie.

Le fondement des dommages-intérêts pour préjudice à la personne est la comparaison entre l'état de partie demanderesse avant le dommage et son état après le dommage. Dans une action pour préjudice de vie, comment la cour peut-elle se prêter à cet exercice?

La partie demanderesse ne dit pas « n'eut été de votre négligence, je serais né indemne »; la partie demanderesse dit « n'eut été de votre négligence, je ne serais jamais né ». Le tribunal doit alors comparer l'état de la partie demanderesse avec sa non-existence, question sur laquelle le tribunal ne connaît rien. J'estime cette tâche impossible [notre traduction]<sup>72</sup>.

#### IV. CONCLUSION

Comme en témoigne ce qui précède et comme l'a noté la juge Feldman, il est très difficile d'articuler une théorie cohérente de la responsabilité d'un médecin envers un enfant à naître sur des assises juridiques valides qui sont en même temps capables de répondre à toutes les questions d'ordre éthique et socio-politique qui ont animé tant les tribunaux que la doctrine et la société dans son ensemble<sup>73</sup>.

Alors que la Cour de cassation française, motivée par l'ambition de protéger les intérêts personnels à long terme de l'enfant né handicapé, a osé pousser les limites de la logique juridique pour parvenir à cette fin, provoquant une réaction législative à rebours, les tribunaux canadiens semblent jusqu'ici s'être enfermés dans un carcan de logique juridique qui ne semble

---

<sup>71</sup> *Ibid* au para 84.

<sup>72</sup> Propos du juge Griffiths dans *McKay*, *supra* note 6 à la p 790, cités avec approbation dans *Lacroix*, *supra* note 39 au para 36. La doctrine française fait aussi état de l'impossibilité de raisonner en termes strictement indemnitaires dans ces situations (voir *Piveteau*, *supra* note 32 à la p 79).

<sup>73</sup> Voir *Bovingdon*, *supra* note 1 au para 53.

pas présenter d'issue heureuse, du moins de point de vue des enfants affligés. Absente toute indication contraire du législateur, ils continueront vraisemblablement à être saisis de situations factuelles complexes et à la marge des critères non étanches qu'ils ont tenté d'établir dans les limites des éléments constitutifs de la responsabilité civile délictuelle.

Si le législateur français a fait échec au raisonnement judiciaire en prescrivant les actions pour préjudice de vie, il a néanmoins créé la « prestation de compensation du handicap », étayée par les nouvelles notions de « projet de vie » et de « plan personnalisé », de façon à protéger les intérêts de l'enfant né handicapé à long terme et de façon évolutive<sup>74</sup>. Un tel régime est-il concevable ou souhaitable au Canada<sup>75</sup>?

Obstacle de taille, la distribution des pouvoirs législatifs au sein de la Fédération canadienne semble s'opposer à la possibilité de transposer le régime de solidarité nationale française dans le contexte canadien. Ainsi, si le pouvoir d'imposition revient au gouvernement fédéral dans la Constitution – exception faite du pouvoir qu'ont les législatures provinciales de prélever dans les limites de la province un revenu pour des objets provinciaux – la gestion de la santé relève de la compétence des assemblées législatives des provinces<sup>76</sup>. Toute tentative législative fédérale unilatérale visant l'instauration d'un tel régime se solderait ainsi par des conflits d'ordre juridictionnel et constitutionnel, en ce sens que tout droit à de tels paiements de sécurité sociale naîtrait de la prestation même de services de santé en matière de soins prénataux et de soins durant l'accouchement fournis par les provinces.

---

<sup>74</sup> Voir François Vogelweith, *Place du Projet de Vie des personnes en situation de handicap dans les procédures administratives: Cas Particulier de la MDPH54*, mémoire de master en conduite de projets & développement territorial, Université Henri Poincaré, 2009 [non publiée] à la p 28.

<sup>75</sup> Au palier fédéral, le gouvernement offre un nombre limité de prestations d'invalidité ainsi que des prestations destinées aux familles qui subviennent aux besoins d'un enfant handicapé (voir Gouvernement du Canada, « Prestations d'invalidité » (dernière modification le 15 mars 2024), en ligne : <canada.ca> [perma.cc/6PMJ-L9SU]). Si les provinces et territoires offrent leur propre ensemble de programmes et de services (par ex. assistance sociale), ces programmes varient en termes de critères d'admissibilité, de soutiens disponibles et de processus de demande.

<sup>76</sup> Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, arts 91–92, reproduit dans LRC, annexe II, n° 5.

Qui plus est, mis à part la polémique éthique que soulève la reconnaissance implicite qu'il vaut mieux ne pas naître que de naître handicapé (car le régime indemniserait le simple fait d'être né ainsi), le droit à l'égalité devant la loi et à l'égalité de bénéfice et protection égale de la loi, garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>77</sup>, pose un autre problème de taille en contexte canadien. Quid du traitement égalitaire de toutes les personnes vivant avec un handicap, peu importe la cause de ce handicap<sup>78</sup>?

De fait, si l'absence d'un devoir de diligence envers l'enfant à naître semble mener à la conclusion qu'« il vaut mieux laisser au pouvoir législatif le soin de créer et d'implémenter [réparation] » [notre traduction]<sup>79</sup>, le contexte canadien semble rendre cette possibilité chimérique.

Or, l'impossibilité d'indemniser l'enfant lui-même dans les circonstances illustrées dans le présent article a des conséquences clairement indésirables pour la société dans son ensemble. Elle se traduit concrètement, pour l'enfant né handicapé, par une situation de vulnérabilité, qui n'est que partiellement mitigée par la compensation qui peut être réclamée par ses parents pour les indemniser des frais liés à ses soins<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art 15, de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

<sup>78</sup> La « mise en place et la déclinaison d'un véritable droit à compensation visant à restaurer l'égalisation des chances des citoyens handicapés en leur donnant accès à l'ensemble des aides (humaines, techniques, logement) nécessaires à leur autonomie » est d'ailleurs ce que revendique l'AFM-Téléthon (association qui mène un combat contre certaines maladies invalidantes) en France depuis de nombreuses années (voir Saurin, *supra* note 21).

<sup>79</sup> Voir les propos du juge Feldman dans *Paxton*, *supra* note 52 au para 81 :

if there is to be a remedy, it is best left to the legislature to create and implement. It is for the legislature to consider and assess all of the policy issues and to determine whether and in what circumstances a remedy should be available to a child born with disabilities as a result of the conduct of the mother's doctor, as well as the nature and extent of any remedy.

<sup>80</sup> Voir à ce sujet *Krangle*, *supra* note 38.