

UNIVERSITE DE PARIS I PANTHEON-SORBONNE
CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES SCIENCES ET DES TECHNIQUES
(UMR DROIT ET REGULATION DES ACTIVITES ECONOMIQUES ET SOCIALES)

NAISSANCES HANDICAPEES ET RESPONSABILITE
RECHERCHE SUR L'IMPACT DE L'ARRET « PERRUCHE » SUR LA JURISPRUDENCE
ET SUR LES PRATIQUES EN MATIERE D'ASSURANCE MEDICALE

Equipe de recherche :

Catherine LABRUSSE-RIOU

Professeur de droit privé à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne
Responsable scientifique du projet

Guillaume CANSELIER

Ancien A.T.E.R. de droit privé à l'université de Paris I, Doctorant

Isabelle RONDOT

Doctorante

Auxquels ont été joints :

Hafida ACHMAOUI

Doctorante

Alain RAVELET

Ancien A.T.E.R. de droit public à l'université de Paris XII, doctorant

RECHERCHE REALISEE AVEC LE SOUTIEN DE LA MISSION DROIT ET JUSTICE
DANS LE CADRE DE L'APPEL A PROJETS « L'IMPACT DES DECISIONS DE JUSTICE »
(subvention n° 22.11.15.27)

AVRIL 2005

LE CONTENU DE CE RAPPORT N'ENGAGE QUE LA RESPONSABILITE DE SES AUTEURS.
TOUTE REPRODUCTION, MEME PARTIELLE, EST SUBORDONNEE A L'ACCORD DU GIP

AVANT-PROPOS

METHODES

Le présent travail a été initié dans le cadre d'un appel d'offres publié en 2001 par la Mission de recherche Droit et Justice sur le thème général « L'impact des décisions de justice ».

A l'époque, l'intensité du débat suscité par le désormais célèbre « arrêt Perruche », rendu le 17 novembre 2000 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, révélait l'importance d'une décision dans le champ social, politique, médiatique, mais aussi la complexité des questions posées par un tel cas sur les plans juridique, éthique, économique, philosophique. Plusieurs fois confirmée en 2001, cette décision reconnaissait le droit de l'enfant, né gravement handicapé en raison d'une erreur fautive de diagnostic prénatal ayant privé la mère de la faculté de décider d'une interruption de grossesse, d'engager la responsabilité des médecins en vue d'obtenir réparation de « son » handicap, sans préjudice du droit des parents d'obtenir réparation de leurs propres préjudices matériels et moraux.

Il est alors apparu opportun d'engager une recherche approfondie sur l'impact, inhabituel pour une affaire civile, d'un arrêt qui, au-delà du cas particulier, posait sur tous les plans des questions de principe et mettait en cause le sort des personnes handicapées et la fonction comme les pouvoirs des médecins dans l'usage des techniques de diagnostic prénatal.

Il apparaissait dans un premier temps intéressant d'analyser la jurisprudence des tribunaux et des cours d'appel avant et après l'arrêt du 17 novembre 2000 et ceux qui l'ont suivi. Ce travail devait compléter la recherche entreprise par une équipe de sociologues (Mmes D. Moyse et N. Diederich) concernant l'impact de cette jurisprudence auprès des médecins afin d'examiner si possible de concert la réception des arrêts de la Cour de cassation dans les milieux judiciaires et médicaux et de tenter de comprendre leurs distances dans la compréhension et les effets concrets des décisions de justice.

L'introduction, dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, d'un article premier visant à briser la jurisprudence de la Cour de cassation aurait pu rendre une telle recherche presque sans objet s'il s'était agi d'examiner seulement l'accueil fait à la jurisprudence de la Cour de cassation par les milieux judiciaires ; cependant, par un avenant au contrat, la Mission Droit et Justice a accepté d'étendre l'étude aux pratiques en matière d'assurance, puisque il était clair que la loi nouvelle semblait en partie dictée par les réactions des compagnies d'assurance à la jurisprudence. Ainsi la dimension économique jusqu'alors occultée devenait visible et méritait d'être analysée. Cette extension ne justifiait pas à elle seule l'intérêt de la poursuite des travaux. En effet, la loi nouvelle devait poser de nouvelles questions tant aux tribunaux qu'aux personnes handicapées de naissance et relancer le débat qu'elle voulait clore. Le présent travail s'attache en conséquence à reprendre l'ensemble des problèmes posés par le contentieux de la naissance handicapée en se limitant à l'impact des décisions de justice ; celui-ci révèle des effets en chaîne, souvent contradictoires et fort complexes qui appellent, chacun, une analyse particulière avant de pouvoir tenter d'en démêler les imbrications. L'affaire « Perruche » et ses suites cristallisent de nombreuses questions qui traversent toutes le droit et le champ social et amènent à réfléchir à des manières éventuellement différentes de les traiter afin d'éviter les chemins d'impasse sur lesquels on semble encore buter.

Le présent travail a été mené sur un peu plus de deux années par l'équipe de recherche, non sans certaines ruptures dues à l'indisponibilité temporaire de certains de ses membres pour cause de maladie. L'attente des décisions dans des affaires en cours fut aussi une cause de retard. Nous attendons les arrêts des Cours de justice saisies de la conventionalité de la loi du 4 mars 2002 (article 1) et sommes reconnaissants à la Mission Droit et Justice d'avoir prolongé le contrat de recherche en conséquence. Dans l'hypothèse où des décisions interviendraient postérieurement à la remise de ce rapport, une note complémentaire sera établie sur cette question.

Il est apparu inopportun de traiter de l'impact de l'arrêt « Perruche » de manière chronologique, ce qui aurait fait apparaître l'écho médiatique d'abord, puis l'écho auprès du Parlement ensuite à l'occasion du vote de la loi, lui-même largement déclenché par les réactions des compagnies d'assurance, puis enfin les difficultés d'application et d'interprétation d'une loi qui suscite aujourd'hui la contestation de sa conformité à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette contestation dont on ignore à ce jour quelle sera l'issue peut être considérée comme un impact indirect de la jurisprudence civile. Cette vision chronologique n'est pas principale car elle ne permettait pas d'inclure l'étude des pratiques en matière d'assurance; elle s'inscrit en revanche à l'intérieur des trois parties du plan retenu qui consiste à distinguer trois cibles, si l'on peut dire, de l'impact de l'arrêt « Perruche » ; malgré l'imbrication des problèmes posés par le cas et tous les autres cas semblables, ces trois domaines d'influence directe ou indirecte de la décision, - l'opinion publique, les pouvoirs publics (Parlement et juridictions), les assurances et les organismes sociaux - pouvaient être distingués.

Une première manifestation de la résonance de la jurisprudence était constituée par l'opinion publique et l'opinion des juristes. Après une introduction destinée à poser le problème et à exposer les décisions juridictionnelles rendues dans l'affaire

« Perruche » et dans l'affaire « Quarez » tranchée par le Conseil d'Etat, l'étude de l'impact médiatique fait l'objet d'une première partie. Le travail a consisté dans la collecte et l'analyse d'un très grand nombre de publications dans la presse grand public où s'exprimèrent les principaux intéressés qu'étaient les personnes handicapées et leurs représentants d'une part et les médecins ou leurs représentants d'autre part, ainsi qu'un grand nombre de personnalités du monde universitaire de toutes disciplines, des milieux politique ou scientifique, et bien sûr des journalistes. A cette étude de presse s'est ajoutée celle des publications juridiques, très nombreuses, dont l'intérêt est de montrer les modes d'expression et le contenu d'une controverse interne à la communauté des juristes universitaires d'une réelle et peu habituelle intensité. La bibliographie générale figurant en annexe atteste l'intérêt que la « doctrine » a porté à la question.

L'impact qu'il convenait de privilégier concernait les institutions juridictionnelles. L'intervention de la loi du 4 mars 2002 modifia la manière de conduire une recherche ; celle-ci ne pouvait plus être menée par voie d'enquête auprès des milieux judiciaires car ils ne pouvaient plus s'aligner sur la position de la Cour de cassation ou s'y opposer, mais devaient appliquer la loi. Le parti a été pris, l'état de la jurisprudence avant la loi étant présenté en premier lieu, de procéder à une analyse plus approfondie des décisions de justice prononcées après l'entrée en vigueur de la loi. Pour techniques qu'elles soient, les données recueillies sont fort instructives des difficultés du problème posé à la société toute entière par le remaniement législatif du droit de la responsabilité civile et administrative applicable à la naissance et au handicap. La collecte des décisions s'est faite par les moyens usuels d'accès aux décisions de justice (revues spécialisées) et grâce aux banques de données juridiques, notamment par le service Jurisdata pour lequel un contrat d'abonnement a été passé avec LexisNexis pour l'exécution de cette recherche. L'équipe a analysé une centaine de décisions de justice dont une soixantaine sont antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, et une

quarantaine sont postérieures à l'entrée en vigueur de la loi. Leur analyse fait l'objet d'une deuxième partie.

La troisième cible concernait les aspects économiques et sociaux de l'indemnisation du handicap de naissance. Trois questions distinctes en permettaient une analyse partielle. Dans la foulée de l'étude des décisions de justice, nous avons recherché quelle était l'attitude des caisses primaires d'assurance-maladie dans les procès compte tenu du recours subrogatoire qu'elles peuvent exercer. La question était décisive au regard de l'impact de la jurisprudence de la Cour de cassation par comparaison avec celle du Conseil d'Etat avant la loi. La réaction des compagnies d'assurance des médecins constitua le deuxième volet. Ce n'est pas sans de grandes difficultés que l'équipe a pu accéder à la connaissance de ce secteur. Nous remercions tout spécialement M. Delpoux, Directeur juridique de la Fédération française des sociétés d'assurance, des informations précieuses qu'il nous a fournies. Enfin le volet social était constitué par la réforme de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées du 30 juin 1975, laquelle n'est intervenue que le 11 février 2005 par une loi n° 2005-102 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ». Instituant un droit à la compensation du handicap, cette loi répond à la préoccupation principale des intéressés et met en œuvre la disposition de la loi du 4 mars 2002 qui impute exclusivement à la solidarité nationale la compensation de la charge matérielle d'entretien d'enfants nés handicapés, laquelle échappe à la réparation par le droit de la responsabilité ; elle fonde un droit autonome qui n'est pas mis en rapport avec la responsabilité civile ou administrative, les recours subrogatoires n'étant pas envisagés.

Si nous nous sommes efforcés de traiter le sujet du point de vue principal de l'impact des décisions de justice, il est clair que l'on ne pouvait pas exclure l'examen des questions juridiques de fond. Dans toute la mesure du possible nous avons

évitée de donner sur ces questions de fond une opinion personnelle et nous avons privilégié l'opinion d'autres auteurs afin de mettre en exergue les différences et les divergences des analyses. La responsable scientifique de la recherche ayant pris une part active au débat suscité par l'arrêt « Perruche », a laissé à G. Canselier le soin de rédiger l'analyse de la presse qu'elle s'est limitée à contrôler et le cas échéant à corriger.

Une synthèse finale, plus engagée, s'efforce de tirer les leçons d'une affaire révélatrice des difficultés auxquelles la Justice est confrontée dans le traitement juridique d'un problème dit de société dont nul ne peut négliger l'importance pour l'ensemble du corps social et pour chaque individu en particulier.

L'équipe s'est appauvrie de la participation de Mme Myriam Bloomberg-Mockri en raison de l'abandon du travail d'enquête dans les milieux judiciaires, mais elle s'est enrichie de l'arrivée en fin d'étude de Melle Hafida Achmaoui qui a notamment réalisé les tableaux de jurisprudence et de M. Alain Ravelet, qui nous a permis de combler nos lacunes en droit administratif. L'ensemble du rapport a été lu et approuvé après corrections par toute l'équipe sous la direction et le contrôle de la responsable scientifique du projet, Catherine Labrusse-Riou, qui a pu ajouter quelques développements aux différentes parties et a rédigé seule l'avant-propos, une partie de l'introduction réalisée avec le concours d'Hafida Achmaoui, et la synthèse. La première partie a été rédigée par Isabelle Rondot et Guillaume Canselier ; la seconde partie est le fruit du travail conjoint d'Isabelle Rondot, Guillaume Canselier et Alain Ravelet (avec l'aide ponctuelle d'Hafida Achmaoui) ; la troisième partie est l'œuvre d'Isabelle Rondot.

Cette recherche, accomplie à l'Université de Paris I, a bénéficié des ressources et moyens matériels du Centre de recherche sur le droit des sciences et des techniques (dirigé par Mme Christine Noiville, CNRS) et du Centre de recherche de droit privé

(dirigé par M. le Professeur Patrice Jourdain), l'un et l'autre centres étant membres de l'UMR Droit et régulation des activités économiques et sociales, CNRS 8056 (dirigée par M. le Professeur Thierry Revet).

PLAN SOMMAIRE DU RAPPORT

INTRODUCTION : L'AFFAIRE « PERRUCHE »

A. CONTEXTE ET POSITION DU PROBLEME

B. LES DECISIONS RENDUES DANS L'AFFAIRE PERRUCHE (COUR DE CASSATION) ET DANS L'AFFAIRE QUAREZ (CONSEIL D'ETAT)

I. L'IMPACT MEDIATIQUE DE L'AFFAIRE « PERRUCHE »

A. LES REACTIONS DES ASSOCIATIONS DE PERSONNES HANDICAPEES ET DE PARENTS D'ENFANTS NES HANDICAPES

B. LE DEBAT PUBLIC DANS LA PRESSE

C. LE DEBAT DANS LES PUBLICATIONS JURIDIQUES

II. L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE « PERRUCHE » SUR LE LEGISLATEUR ET SUR LES TRIBUNAUX

A. L'ETAT DE LA JURISPRUDENCE AVANT L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 4 MARS 2002 (ARTICLE 1)

B. LA LOI DU 4 MARS 2002 ET LE CONTENTIEUX POSTERIEUR A SON ENTREE EN VIGUEUR

C. LA MISE EN CAUSE DE LA CONSTITUTIONNALITE ET DE LA CONVENTIONNALITE DE L'ARTICLE PREMIER

III. L'IMPACT DE LA REPARATION DU HANDICAP DE NAISSANCE SUR L'ASSURANCE MEDICALE ET SUR LES MECANISMES DE SOLIDARITE NATIONALE

A. L'INTERVENTION DES CAISSES D'ASSURANCE MALADIE DANS LES PROCEDURES RELATIVES A LA NAISSANCE D'ENFANTS HANDICAPES

B. L'IMPACT DE L'ARRET « PERRUCHE » SUR LES PRATIQUES EN MATIERE D'ASSURANCE

C. L'IMPACT DE L'ARRET « PERRUCHE » SUR LA PRISE EN CHARGE DU HANDICAP : LA REFORME DE LA LOI D'ORIENTATION EN FAVEUR DES PERSONNES HANDICAPEES DU 30 JUIN 1975

IV. SYNTHESE

ANNEXES

INTRODUCTION

L'AFFAIRE « PERRUCHE »

I. CONTEXTE ET POSITION DU PROBLEME

Dès les années 1970, date des premières amniocentèses considérées à l'époque comme dangereusement invasives, ont été mises au point et régulièrement perfectionnées des techniques de diagnostic de la vie prénatale permettant de suivre, grâce à l'imagerie fœtale, la croissance du fœtus et sa normalité physique ou corporelle, ou de vérifier l'absence ou l'existence de pathologies, grâce aux dosages des marqueurs sériques et aux diverses méthodes d'analyse moléculaire, biochimique et cytogénétique. Ces techniques et outils scientifiques concernent toutes les femmes enceintes et plus particulièrement toutes celles chez lesquelles un risque est décelé ou connu. C'est une révolution par rapport à un passé où l'anormalité d'un enfant n'était découverte qu'à la naissance ou même après celle-ci. L'accès technique et scientifique au fœtus a engendré sur le plan épistémologique une nouvelle discipline médicale orientée vers de nouvelles classifications des pathologies destinées à rendre compte de l'état biophysique du fœtus, tout en posant sur le plan de l'action médicale le problème du décalage croissant entre les capacités diagnostiques et les possibilités thérapeutiques. Les décisions à prendre se limitent dans la plupart des cas où une pathologie est découverte, au choix de laisser naître ou d'interrompre la grossesse. La loi de 1975 relative à l'interruption

médicale de grossesse n'a pas été pensée en fonction de ces moyens technologiques et notamment de la marge d'incertitude des diagnostics, toujours présente dans l'interprétation des images échographiques, fréquente dans les données statistiques du risque génétique ou du degré de gravité de l'affection diagnostiquée; elle n'en est pas moins applicable et elle autorise l'interruption de la grossesse à tout moment dès lors que l'enfant à naître est atteint d'une maladie d'une particulière gravité incurable au moment du diagnostic. Or la génétique devait changer la donne car elle nous met en présence d'un risque probable plus que d'une pathologie avérée ou actuelle; en conséquence elle transforme profondément la fonction traditionnelle du médecin, son rapport aux patients et l'étendue de l'obligation d'information ; réducteur ou générateur de l'angoisse parentale selon les cas, la médecine prénatale est fort délicate mais elle jouit de la confiance populaire en la science et fait l'objet d'une demande sociale attisée par la médiatisation des possibilités de maîtrise de la procréation. Le développement exponentiel des techniques de surveillance médicale des grossesses, quantitativement plus important en France que partout ailleurs semble-t-il, coïncide avec un vague retour du refoulé autour de la querelle non éteinte de l'IVG ou de la question de l'eugénisme ; ce développement inquiète autant qu'il attire, voire fascine médecins et futurs parents. Il donne lieu à de nombreux débats scientifiques ou éthiques et à des appréciations d'autant plus ambiguës que l'opinion qu'il inspire varie selon que l'on considère le phénomène collectif ou à l'inverse les cas individuels.

Quelle que soit la manière dont on interprète le phénomène, il ne pouvait pas rester sans conséquence sur le plan juridictionnel et il fallait s'attendre à ce que les tribunaux soient saisis en cas d'échec, c'est-à-dire de naissances d'enfants handicapés, alors que des fautes dans la réalisation ou l'interprétation des diagnostics avaient induit les parents en erreur quant à l'état de l'enfant. Rien ne justifie en effet que les médecins ne répondent pas de leurs fautes dans l'exercice d'un tel pouvoir. Dès les années 1980 la question se posa en effet de savoir si la

naissance d'un enfant par suite de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse constituait un préjudice réparable pour la mère, voire pour l'enfant lui-même en cas de naissance handicapée ; et jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 dans l'affaire Perruche, les tribunaux réussirent tant bien que mal à répondre aux demandes selon le droit commun de la responsabilité civile ou administrative, et considérèrent que si, en principe et sauf circonstances particulières, la naissance ne constitue pas un préjudice réparable, le handicap directement causé et le handicap non décelé de manière fautive pouvaient constituer un préjudice pour la mère et pour l'enfant. Les parents obtenaient en règle générale réparation du préjudice matériel et moral, parfois du préjudice moral seulement, que leur causait le handicap grave de leur enfant si une faute médicale était établie. Pourtant les juridictions se divisèrent sur plusieurs points dont l'essentiel concernait l'action de l'enfant lui-même représenté par ses parents : division des Cours d'appel entre elles ou entre une Cour d'appel et la Cour de cassation, division entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives, pour répondre à la question de savoir si l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur fautive de diagnostic prénatal peut se prévaloir du fait que sa mère s'est trouvée empêchée de prendre une décision d'interruption de la grossesse, pour obtenir réparation du préjudice que lui cause le handicap¹. Si la réparation du préjudice des parents ne semble pas avoir fait de difficultés majeures, celle du préjudice de l'enfant fut à l'origine d'un débat considérable qui fait l'objet de ce rapport. Le handicap étant indissociable de la naissance, il apparut choquant à beaucoup que la réparation du handicap soit liée au fait d'être né tandis que pour d'autres l'action de l'enfant paraissait pleinement légitime et fondée en droit.

Ces procès, outre la preuve de la faute médicale, posaient en effet la question du lien de causalité entre la faute et le dommage, le handicap étant le fait de la nature et non du diagnostic, et surtout celle du caractère réparable du dommage dans la

¹ L'état de la jurisprudence est exposé et commenté dans la deuxième partie. Il convient de noter dès à présent que le revirement opéré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Quarez du 14 février 1997 par rapport à sa jurisprudence antérieure traduit une volonté de s'opposer à la Cour de cassation dans son premier arrêt du 26 mars 1996 rendu dans l'affaire Perruche en ce qu'il avait accueilli l'action de l'enfant.

mesure où il était intrinsèquement lié à la vie qui ne peut, sans risquer de mettre en cause la dignité humaine, être tenue pour un préjudice que le droit de la responsabilité prendrait en charge comme tel. C'est évidemment sur ce terrain délicat –la dignité humaine est-elle mieux respectée en ne supposant pas que la mort prénatale peut être préférable ou en trouvant les moyens d'allouer des indemnisations permettant de faire face aux charges que représente une vie handicapée ? – que le débat fit rage. Certaines questions de droit ont une dimension métaphysique qu'il est vain d'ignorer même si elle n'apparaît pas immédiatement à la conscience. La Cour de cassation, par deux fois dans l'affaire Perruche, jugea que l'enfant était fondé à solliciter réparation de son handicap, tandis que le Conseil d'Etat, dans l'affaire Quarez, s'y refusa en considérant que la réparation du préjudice des parents était seule admissible². La divergence de jurisprudence n'était pas de nature seulement technique ou plutôt la technique juridique révélait les dimensions non techniques des problèmes ; l'écho médiatique le démontra plus que de mesure.

Avant d'entrer dans l'analyse de cet écho, il est bon de se reporter aux textes mêmes des décisions rendues dans l'affaire Perruche d'abord puis dans l'affaire Quarez ensuite, pour faire apparaître les différences entre les deux ordres juridictionnels, administratif et judiciaire.

II. Les Affaires Perruche et Quarez

A. Décisions rendues dans l'affaire « PERRUCHE »

a) Rappel des faits

² Comme on le verra, sous couvert du préjudice des parents seulement, le Conseil d'Etat permet d'indemniser la naissance et le handicap de l'enfant lui-même auquel une rente à vie est constituée. Le problème éthique semble donc bien le même mais la juridiction administrative s'est montrée beaucoup plus prudente en le masquant.

Monsieur P., médecin de famille de Mme Perruche, constate en avril 1982 que sa fille âgée de 4 ans a une éruption cutanée laissant penser qu'il s'agit de la rubéole ; il constate un peu plus tard une éruption semblable sur Mme Perruche à laquelle il prescrit une recherche d'anticorps en raison de son état probable de grossesse ; un premier prélèvement révèle un résultat négatif impliquant qu'elle n'est pas immunisée ; puis une autre analyse après confirmation de la grossesse révèle des résultats positifs impliquant qu'elle est immunisée. La contradiction des résultats du laboratoire, conduit à une vérification des premiers prélèvements, mais par suite d'une erreur le laboratoire conclut à tort en mai 1982 que Mme Perruche est immunisée. . Or en janvier 1983, elle met au monde un garçon qui développera un peu plus tard des troubles neurologiques qui laisseront de très graves séquelles dont la cause réside dans la rubéole contractée pendant la grossesse. Le laboratoire ne conteste pas sa faute et le médecin est accusé d'avoir manqué au devoir de conseil et d'information ; ils sont poursuivis l'un et l'autre ainsi que leurs assureurs en réparation des préjudices causés tant aux parents et à leur fille aînée qu'à l'enfant lui-même, ces préjudices étant considérés comme résultant des fautes commises.

Les époux Perruche ont diligenté plusieurs procédures visant les unes à obtenir réparation du préjudice subi par l'enfant Nicolas, les autres visant le préjudice propre des parents et de leur fille. Les décisions sont reproduites sous forme d'extraits ou de résumés dans leur ordre chronologique. Mais seules les décisions rendues sur la demande formée au nom de l'enfant donneront lieu aux pourvois en cassation.

b) Les décisions

Tribunal de Grande Instance d'Evry, 13 janvier 1992, Perruche/Ponnoussamy, Inédit, infirmé partiellement par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1993, et par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 11 décembre 2002.

Le tribunal a déclaré le Docteur Ponnoussamy et la Mutuelle d'Assurance du Corps Sanitaire Français, son assureur, ainsi que le Laboratoire de Biologie Médicale et la Mutuelle des Pharmaciens, son assureur, responsables de l'état de santé de Nicolas Perruche. Il les a condamnés *in solidum*, avec exécution provisoire, à payer à M. Perruche, ès qualité d'administrateur légal des biens de son fils Nicolas, une provision de 500.000 F à valoir sur son préjudice corporel ainsi que la somme de 1.851.128 F avec intérêts à la CPAM de l'Yonne, a sursis à statuer sur la demande de la Caisse d'assurance maladie correspondant aux prestations versées à Mme Perruche, a ordonné une mesure d'expertise pour examiner Mme Perruche afin de rechercher si elle présente ou a présenté une pathologie découlant directement de l'état de Nicolas, a fait application de l'article 700 NCPC à concurrence de 8000 F pour les époux Perruche et de 2000 F pour la CPAM de l'Yonne.

Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1993 Ponnoussamy/Perruche, infirmation du jugement du TGI Evry, 13 janv. 1992. (La CPAM de l'Yonne précise en appel que sa créance s'élève à 2.461.657, 93 F) ; D. 1995, somm. p. 99, obs. J. Penneau.

« Sur la faute :

Considérant qu'en l'espèce, même si le Docteur Ponnoussamy n'a pas reçu personnellement et par écrit le résultat du premier test effectué sur sa demande le 12 mai 1982, il a été informé par sa patiente de l'existence d'une contradiction inexplicable dans les résultats successivement donnés par le laboratoire pour ce test du 12 mai ; qu'il a eu connaissance de l'ensemble de la situation concernant Mme Perruche ce qui devait lui permettre d'entreprendre toutes diligences utiles, de porter un diagnostic sérieux et de bien informer sa patiente des risques encourus ;

Qu'il a en effet constaté sur la petite fille de Mme Perruche les symptômes apparents de la rubéole, puis ensuite sur sa mère tous les signes cliniques de cette maladie particulièrement contagieuse ; que, sans être contredite, Mme Perruche

lui a fait connaître sa volonté et celle de son mari d'interrompre cette grossesse en cas de rubéole ;

Considérant qu'en égard à cette situation, à la gravité des risques encourus et de leur caractère irréversible pour l'enfant, le Docteur Ponnoussamy ne devait pas limiter son intervention et son information personnelle à une simple « prise de contact » avec le laboratoire pour avoir « confirmation » verbale des résultats sans autre précision alors que la contradiction dans ces résultats était flagrante, qu'il reconnaît lui-même dans ses écritures n'avoir pu « s'engager de façon certaine et absolue » ce dont il a fait part à sa patiente et qu'il devait de ce fait procéder à des investigations complémentaires pour arrêter un diagnostic sérieux et permettre à Mme Perruche d'être pleinement informée et de prendre, avec son mari, une décision en toute connaissance de cause ; qu'il lui appartenait, comme le relèvent les médecins experts de faire preuve de davantage d'esprit critique et de demander l'avis d'un infecticologue ou d'un gynécologue spécialisé ; que le fait que Mme Perruche lui ait indiqué qu'elle allait consulter son gynécologue ne saurait l'exonérer de sa responsabilité alors qu'en sa qualité de médecin traitant consulté par Mme Perruche il aurait dû, à tout le moins, informer personnellement ce praticien de la situation exacte et précise ce qu'il ne prétend pas et ne prouve pas avoir fait ; que dès lors, les arguments relatifs à l'intervention de ce gynécologue et à l'existence d'un troisième test fait le 26 juin 1982 pour solliciter notamment un complément d'expertise sont inopérants ;

Considérant qu'il s'ensuit que le Docteur Ponnoussamy n'a pas donné à Mme Perruche tous les soins attentifs et n'a pas rempli son devoir d'information et de conseil devant permettre à sa patiente de prendre une décision éclairée alors qu'elle était confrontée à une situation particulièrement grave et difficile ;

Considérant que le Docteur Ponnoussamy et son assureur doivent être déclarés responsables, in solidum, des conséquences dommageables en relation causale avec leurs fautes qui ne sont pas indépendantes l'une de l'autre ainsi que le prétend, à tort, le laboratoire médical et son assureur ; qu'en égard à leurs fautes

respectives, le Docteur Ponnoussamy et le laboratoire médical ainsi que leurs assureurs, ces derniers dans la limite de leur contrat, doivent être tenus chacun pour la moitié ;

Sur le préjudice :

.....

Mais considérant que le fait pour l'enfant de devoir supporter les conséquences de la rubéole faite pour la mère d'avoir décidé une interruption de grossesse ne peut, à lui seul, constituer pour l'enfant un préjudice réparable;

Qu'en revanche, la perte de chance de naître normal doit être réparée si elle est en relation directe avec la faute commise;

Qu'en l'espèce les très graves séquelles dont est atteint Nicolas Perruche n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même le manquement du Docteur P. A ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise in utero sa mère;

Que cette infection au caractère irréversible est inhérente à la personne de l'enfant et ne résulte pas des fautes commises par les appelants ;

Qu'à défaut de lien de causalité établi, il convient de réformer le jugement en ce qu'il a déclaré les appelants responsables in solidum du préjudice causé à l'enfant et lui a accordé une indemnité provisionnelle ;

Considérant qu'en conséquence, Monsieur Perruche ès qualité et la CPAM de l'Yonne doivent restitution aux appelants des sommes reçues provisionnellement ;

Considérant que l'équité et la situation des parties justifient qu'il soit fait application de l'article 700 du NCPC au seul profit des époux Perruche à concurrence de 20.000 F en cause d'appel et de première instance confondues ».

Tribunal de Grande Instance d'Evry, 19 juin 1995, Perruche/Ponnoussamy, Inédit, confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 29 mars 2002.

Le tribunal, saisi par les consorts Perruche de demandes autres que la réparation des préjudices propres de Nicolas Perruche a, pour l'essentiel, alloué des dommages et intérêts aux parents de Nicolas et à sa sœur Sandrine au titre du préjudice moral qu'ils avaient subi soit 300.000 F à chacun des père et mère de Nicolas et 100.000 F à Sandrine Perruche. Une expertise médicale a en outre été ordonnée afin d'examiner, de décrire et de déterminer l'état de Mme Perruche.

Cour de Cassation, 1^{re} Chambre civile, 26 mars 1996 : Perruche/Ponnoussamy, Cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris 17 décembre 1993, renvoi devant la Cour d'appel d'Orléans, 5 février 1999. (D. 1997, p. 35, note J. Roche-Dahan ; J.C.P. 1996, I, 3946, n° 6 obs. P. Murat ; 3985, n° 19 obs. G. Viney ; R.T.D. Civ. 1996, p. 871 obs. J. Hauser)

« Vu l'article 1147 du Code civil

.....

Attendu que, pour débouter M. Perruche de la demande faite au nom de son fils, tendant à la réparation de son préjudice, l'arrêt attaqué énonce que le fait de devoir supporter les conséquences de la rubéole, faute pour la mère d'avoir décidé une interruption de grossesse, ne peut, à lui seul, constituer pour l'enfant un préjudice réparable ; qu'il retient encore que « les très graves séquelles dont l'enfant demeure atteint n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même la manquement du praticien à ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise in utero sa mère » ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient fausement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, la cour d'appel a violé le texte susvisé

Par ces motifscasse et annule, mais seulement en ce qu'il a dit que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec les fautes commises, et en ce qu'il a condamné M. Perruche, ès qualités, et la Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne à restitution des sommes reçues à titre de provision, l'arrêt rendu le 17 décembre 1993, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Orléans ».

Tribunal de Grande Instance d'Evry, 9 juin 1997 Perruche /Ponnoussamy, Inédit, confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 29 mars 2002.

Le tribunal, à nouveau saisi des conséquences dommageables pour les parents consécutives aux fautes du médecin et du laboratoire a fixé la durée de l'ITT à quinze mois, a évalué le préjudice de Mme Perruche au titre de l'ITT, à la somme de 67.500 F sur la base de 4.500 F par mois, et réservé le préjudice matériel lié à l'état de santé de Nicolas ainsi que le préjudice économique autre que celui résultant de l'ITT sus-énoncé.

Cour d'appel d'Orléans, 5 février 1999, Perruche/Ponnoussamy, sur renvoi de la première chambre civile de la Cour de cassation, 26 mars 1996. (R.T.D.Civ. 2000, p. 80 obs. J. Hauser, *Revue générale de droit médical*, N° spécial, 2000, p. 77)

Reprenant toute l'affaire au fond, la Cour prend acte du fait que le laboratoire ne conteste pas la faute, qu'il n'est pas contesté que Mme P. aurait interrompu la grossesse, et constate qu'un préjudice tant moral que matériel a été causé aux époux Perruche mais que la cour n'en est pas saisie. Elle n'est saisie que du préjudice subi directement par Nicolas et, après avoir énoncé les prétentions des parties, la cour rappelle qu'en « la matière, dès lors que le dommage peut avoir une autre cause que la faute constatée, cette faute ne peut être censée constituer la condition *sine qua non*

de la perte de chance » ; elle rejette par conséquent la théorie de l'équivalence des conditions sur la question de la causalité.

«

Attendu qu'il est constant que les praticiens sont étrangers à la transmission à la mère de la rubéole ; qu'ils ne sont intervenus qu'après le début de la grossesse, de sorte que ne pouvait plus être évitée la conception de l'enfant ;

Qu'il est tout aussi constant qu'aucune thérapeutique quelconque, pratiquée en début de grossesse, n'aurait pu supprimer, voire limiter, les effets de la rubéole sur le fœtus ;

Que, dès lors, Nicolas, qui n'avait aucune chance de venir au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d'une interruption volontaire de grossesse dont la décision n'appartient qu'à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il pourrait se prévaloir ;

Attendu que la conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant ;

Que, si un être humain est titulaire de droits dès sa conception, il n'en possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre ; qu'ainsi, sa naissance ou la suppression de sa vie ne peuvent pas être considérées comme une chance ou comme une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques ;

Que, dès lors, Nicolas Perruche, représenté par son père, ne peut pas invoquer à l'encontre des praticiens, comme source de dommage, le fait d'être né parce que, à raison de leurs fautes conjuguées, ils n'ont pas donné à ses parents les éléments d'appréciation suffisants pour leur permettre d'interrompre le processus vital qui devait aboutir à sa naissance ;

.....

*Que Christian Perruche, agissant tant en son nom personnel qu'ès qualité d'administrateur légal des biens de son fils Nicolas, et Mme Perruche seront déboutés de l'ensemble de leurs demandes au titre du préjudice subi par leur fils ;
..... »*

Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 17 novembre 2000, Perruche/Ponnoussamy, Cassation de l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans 5 février 1999, renvoi à la Cour d'appel de Paris 11 décembre 2002. (J.C.P. 2000, II, 10438, rapport P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; D. 2001, p.332, note D. Mazeaud, p. 336, note P. Jourdain)

« Vu les articles 1165 et 1382 du code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la Cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. X..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale d'Yerres, aux droits duquel est M. K..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme P... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la cour de renvoi dit que l'enfant P. « ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises » par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse;

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 ;

Par ces motifs

Casse et annule, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans,.... »

Cour d'appel de Paris, 29 mars 2002, inédit, Ponnoussamy/Perruche,,confirmation du jugement du TGI Evry, 19 juin 1995 sur la réparation du préjudice moral des conjoints Perruche et du jugement du TGI Evry, 9 juin 1997 sur la réparation du préjudice économique de Mme Perruche.

« ... Les demandes ayant donné lieu aux jugements des 19 juin 1995 et 9 juin 1997 ont bien pour fondement la réparation du préjudice, envisagé sous différents postes liés à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap gravissime ; qu'il y a lieu d'observer que la première demande des conjoints Perruche a donné lieu à un arrêt de la présente juridiction en date du 17 décembre 1993, définitif en ce qu'il a jugé que le laboratoire et le Dr Ponnoussamy sont in solidum responsables des conséquences dommageables causées par leurs fautes respectives ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la recevabilité des présentes demandes ne peut plus être contestée au regard du principe de la réparation intégrale du préjudice alors que le lien de causalité entre la faute et le préjudice a lui aussi été irrévocablement établi par les arrêts du 17 décembre 1993 de la Cour de céans et les arrêts du 26 mars 1996 et 17 novembre 2000, ce dernier en formation plénière, de la Cour de cassation ;

Considérant que tant la mère que le père d'un enfant né lourdement handicapé, sont recevables et bien fondés en leurs prétentions en réparation du préjudice moral qu'ils subissent du fait de la souffrance de leur enfant qui devient la leur ; que l'existence même du préjudice moral est indépendante d'une atteinte alléguée à la liberté de faire pratiquer une interruption volontaire de grossesse ; qu'en

l'espèce, le préjudice moral des père, mère et sœur de Nicolas est d'autant plus important que le suivi médical de Mme Perruche et les résultats des analyses et investigations prénatales, avaient laissé espérer la naissance d'un enfant exempt de tout handicap et que la volonté d'interrompre sa grossesse avait été clairement exprimée par Mme Perruche ;

Que ce préjudice est constitué par le fait de vivre auprès d'un enfant lourdement handicapé notamment du fait de sa surdité, de sa rétinopathie et de sa cardiopathie ; qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement défféré ;

Considérant sur la réserve des droits relatifs au préjudice matériel des parents de Nicolas que la constatation de ces réserves est de droit ;

Considérant, s'agissant du jugement du 9 juin 1997, qu'en des motifs pertinents que la Cour adopte, les premiers juges se sont livrés, sur le préjudice économique de Mme Perruche, préjudice lié à son ITT, à une exacte appréciation des faits de la cause et à une juste application des règles de droit s'y rapportant (...);

Considérant que la demande de la CPAM de l'Yonne, en l'état des prétentions de Mme Perruche ne pourra pas être accueillie, Mme Perruche ne sollicitant dans la présente instance que la réparation de la seule ITT directement liée aux fautes du médecin et du laboratoire ;

- *Confirme les jugements du 19 juin 1995 et 9 juin 1997*
- *Déboute les parties de toutes autres demandes, y compris la CPAM de l'Yonne en tant qu'elle sollicite dans la présente instance la condamnation des appelants au remboursement de la somme de 1.102,96 F*

Cour d'appel de Paris, 11 décembre 2002, Ponnoussamy/Perruche, Sur renvoi après cassation des deux arrêts rendus le 17 décembre 1993 et le 5 février 1999, infirmation partielle du jugement du TGI Evry, 13 juillet 1992.

.....

« Considérant que l'enfant Perruche, agissant par son représentant légal, son père, est bien fondé, eu égard à l'autorité qui s'attache irrévocablement à l'arrêt

de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 17 novembre 2000, à demander la réparation de l'intégralité de son préjudice résultant de son handicap et causé par les fautes retenues commises en début de grossesse de sa mère ...

Considérant que le principe à valeur constitutionnelle, que rien ne permet d'écarter, de la réparation intégrale du préjudice, conduit à rejeter tant les distinctions proposées par la Mutuelle d'Assurance des Pharmaciens et son assuré ... entre la réparation du préjudice lié au handicap et celle du préjudice moral, que la définition proposée par le Dr Ponnoussamy et la MASCF d'un préjudice spécifique constitué par une souffrance morale et physique liée aux frustrations de l'existence, échappant au recours des tiers payeurs ;

Considérant en effet, qu'il est définitivement jugé que les très graves et irréremédiables séquelles dont Nicolas Perruche est atteint ont pour cause tant l'erreur d'analyse, patente, commise par le laboratoire de biologie médicale, que l'erreur de diagnostic commise par le Dr Ponnoussamy ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le jugement sera confirmé sauf à tenir compte du désistement de la CPAM de l'Yonne de toutes ses demandes ; qu'en l'état des constatations des experts qui n'envisagent qu'une aggravation du préjudice de Nicolas Perruche, la provision à hauteur de 500.000 F soit 76.224,51 euros a été allouée à juste titre par le tribunal ... »

La Cour infirme donc le jugement mais seulement en ce qu'il a condamné les appelants à payer à la CPAM de l'Yonne diverses sommes.

La confirmation par la Cour de cassation de l'arrêt « Perruche » : les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13 juillet et du 28 novembre 2001.

Par la suite et dans d'autres affaires, l'Assemblée plénière a confirmé la « jurisprudence » Perruche dans trois arrêts du 13 juillet 2001³ ; elle y réaffirme clairement le principe du droit de l'enfant né handicapé à agir, mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions, tenant notamment à la légalité d'une interruption médicale de grossesse qui, dans ces espèces, n'apparaissait pas justifiée. Les arrêts des cours d'appel qui avaient écarté la responsabilité des médecins sont en conséquence approuvés. Ces arrêts de l'Assemblée plénière semblent marquer un certain recul et posent d'ailleurs des difficultés de preuve *a posteriori* de l'acceptabilité de l'IMG. Mais l'Assemblée plénière confortera sa jurisprudence initiale par deux arrêts du 28 novembre 2001⁴, précisant que « *L'enfant handicapé peut être indemnisé si en raison d'une faute médicale, sa mère n'a pu recourir à l'avortement pour éviter sa naissance* ». Elle valide la décision de la Cour d'appel qui retenait la relation directe entre la faute commise et le préjudice pour l'enfant résultant de son handicap.

B. DECISIONS RENDUES DANS L'AFFAIRE QUAREZ

a) Rappel des faits

Le diagnostic litigieux consistait en une amniocentèse réalisée dans un hôpital public, visant à l'étude chromosomique aux fins de test de la trisomie 21; aucune faute n'a été établie dans sa réalisation qui n'a révélé aucune anomalie du fœtus; la faute résidait dans l'absence de révélation aux parents du risque (évalué à un ou deux pour mille). La procédure suivie est moins longue que celle qui s'est déroulée devant les tribunaux judiciaires ; de plus le Conseil d'Etat, lorsqu'il casse un arrêt de cour administrative d'appel, a le pouvoir de trancher l'affaire au fond et d'éviter le renvoi.

b) Les décisions

³ Cass. Ass. plén., 13 juillet 2001, Bull. Ass. plén., n° 10; D. 2001 p. 2325, note P. Jourdain ; J.C.P. 2001, II, 10601, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas.

⁴ Cass. Ass. plén., 28 novembre 2001, Bull. Ass. plén., n° 15 et 16; JCP 2002, II, n° 10018, concl. J. Saint-Rose.

Tribunal Administratif de Nice 9 mai 1990, Quarez/CHR de Nice, Inédit, annulé par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon, 21 novembre 1991, et par l'arrêt du Conseil d'Etat 14 février 1997.

« Considérant que, avant de statuer sur la requête de M. et Mme QUAREZ tendant à ce que le centre hospitalier régional de Nice soit condamné à réparer les préjudices qu'eux-mêmes et leur fils Mathieu subiraient à la suite de l'erreur qui aurait entaché les résultats de l'examen chromosomique qui avait été effectué, durant la grossesse de Mme QUAREZ, sur les cellules foetales prélevées par amniocentèse, le tribunal a, par jugement en date du 13 juillet 1989, prescrit une mesure d'expertise à l'effet de déterminer les responsabilités éventuellement encourues :

Considérant qu'il résulte de l'instruction et, notamment, des rapports déposés par les Professeurs Robert GILLY et Daniel GERMAIN, en exécution du jugement avant dire droit, que les examens effectués durant la grossesse de Mme QUAREZ n'ont mis en évidence aucune anomalie du fœtus et que l'amniocentèse a été pratiquée, à la demande des requérants, à la date exacte à laquelle elle devait l'être, c'est-à-dire entre la 17^{ème} et la 18^{ème} semaine ; qu'à cette époque, l'interruption volontaire de grossesse, qui ne s'imposait d'ailleurs pas, ne pouvait plus être opérée ; que l'examen chromosomique effectué dans le cadre de cette amniocentèse a, en l'état actuel des connaissances scientifiques, été conduit dans les règles de l'art et que, si les résultats de cet examen se sont révélés faussement négatifs, aucune erreur d'interprétation ne peut être mise à la charge du professeur AYRAUD, à qui il peut seulement être reproché d'avoir sous-estimé un risque d'erreur qui, de l'avis de l'ensemble de la communauté scientifique, se situe, pour ce type d'examen, entre un et deux pour mille ; qu'à supposer même que M. et Mme QUAREZ n'aient, ainsi qu'ils le prétendent pas été avertis de ce risque d'erreur, la possibilité d'une interruption de grossesse, pour un motif thérapeutique, n'était pas davantage alors envisageable, la poursuite de la grossesse n'ayant présenté aucun risque grave pour la santé de la

mère, et aucune forte probabilité que l'enfant à naître serait atteint de trisomie 21 n'étant apparue ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. et Mme QUAREZ ne sont pas fondés à soutenir que le centre hospitalier régional de Nice aurait en l'espèce, commis une faute lourde, seule de nature à engager la responsabilité de cet établissement hospitalier à leur égard; que, dès lors, il y'a lieu de rejeter la requête. »

Cour Administrative d'Appel de Lyon 21 novembre 1991 (Quarez/CHR de Nice) Annulé par l'arrêt du Conseil d'Etat, 14 février 1997.

« Considérant que le mémoire de la caisse primaire d'assurance maladie des Alpes Maritimes en date du 15 octobre 1991, par lequel elle déclare qu'elle n'a rien à réclamer au centre hospitalier régional de Nice doit être regardé comme un désistement pur et simple de son action ; qu'il y a lieu de lui en donner acte ;

Sur la responsabilité :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le prélèvement de liquide amniotique réalisé sur Mme Quarez n'a permis de recueillir qu'une cellule de mauvaise qualité qui n'a produit qu'un seul clone; que l'expertise prescrite par les premiers juges fait apparaître que l'examen chromosomique pratiqué dans ces conditions par le service spécialisé du centre hospitalier régional de Nice ne permettait pas d'exclure l'existence d'une trisomie avec la très faible marge d'erreur habituellement constatée dans cette matière ; qu'ainsi, en se bornant à annoncer à Mme Quarez que cet examen n'avait révélé aucune anomalie détectable par les moyens actuels, ledit service a commis une faute médicale lourde ; que cette faute, qui rendait sans objet une nouvelle amniocentèse que Mme Quarez aurait pu faire pratiquer dans la perspective d'une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique sur le fondement de l'article L.

162-12 du code de la santé publique, doit, dès lors, être regardée comme la cause des préjudices qu'a entraînés tant pour les parents du jeune Mathieu que pour celui-ci, l'infirmité dont il est atteint ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requérants sont fondés à demander l'annulation du jugement attaqué ;

Sur la réparation :

En ce qui concerne Mathieu Quarez :

Considérant, d'une part, que les troubles de toutes natures dans les conditions d'existence du jeune Mathieu justifient que le centre hospitalier régional de Nice soit condamné à lui verser à compter de sa naissance et jusqu'à sa majorité une rente viagère mensuelle de 5 000 francs qui sera majorée par application des coefficients de revalorisation prévus par l'article L. 434-17 du code de la sécurité sociale, le point de départ de cette majoration étant fixé à la date de la première révision des rentes en application de ces dispositions intervenant après le présent arrêt ;

Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu de renvoyer le jeune Mathieu à se pourvoir devant le tribunal administratif lorsqu'il aura atteint l'âge de 18 ans, pour qu'il soit statué définitivement sur la réparation complémentaire qui lui est due ;

En ce qui concerne M. et Mme Quarez :

Considérant qu'il sera fait une juste appréciation du préjudice moral, des troubles dans les conditions d'existence de M. et Mme Quarez ainsi que des préjudices matériels dont ils font état en condamnant le centre hospitalier de Nice à payer à chacun d'eux une indemnité de 100 000 francs ; »

Conseil d'Etat 14 février 1997, CHR de Nice/Quarez,, Cassation sans renvoi, annulation du jugement du Tribunal administratif de Nice du 9 mai 1990 et de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 21 novembre 1991 et

règlement de l'affaire au fond ; JCP 1997, II, 22828, note J. Moreau ; RFD 1997, p. 374, concl. V. Pécresse.

« Considérant qu'en décidant qu'il existait un lien de causalité directe entre la faute commise par le Centre Hospitalier Régional de Nice à l'occasion de l'amniocentèse et le préjudice résultant pour le jeune Mathieu de la trisomie dont il est atteint, alors qu'il n'est pas établi par les pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'infirmité dont souffre l'enfant et qui est inhérente à son patrimoine génétique, aurait été consécutive à cette amniocentèse, la cour administrative d'appel de Lyon a entaché sa décision d'une erreur de droit ;

Considérant que la Cour ayant, dans sa décision, fixé de façon indissociable les modalités respectives de la réparation accordée à M. et Mme Quarez et à leur fils, il y a lieu d'annuler l'arrêt dans sa totalité ;

Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la loi susvisée du 31 décembre 1987, le Conseil d'Etat , s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut « régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie » ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond ;

Considérant que M. et Mme Quarez demandent, d'une part, l'annulation du jugement du 9 mai 1990 par lequel le tribunal administratif de Nice a rejeté leur demande, présentée tant en leur nom propre qu'en qualité d'administrateurs des biens de leur fils Mathieu, et tendant à ce que le Centre hospitalier régional de Nice soit condamné à réparer les conséquences dommageables de l'absence de diagnostic de la trisomie 21 dont est affecté leur fils Mathieu et, d'autre part, de condamner ledit centre à leur verser en réparation de leur préjudice moral, une somme de 2 000 000 F et, en réparation de leur préjudice matériel, une rente mensuelle de 7 500 F indexée sur l'indice mensuel des prix à la consommation des ménages urbains jusqu'au décès de l'enfant, étant précisé qu'en cas de pré-décès des parents ou du parent survivant, cette rente devra être versée au représentant légal du mineur ou du majeur protégé ;

Considérant que le mémoire de la caisse primaire d'assurance maladie des Alpes-Maritimes, en date du 15 octobre 1991, par lequel elle déclare qu'elle n'a rien à réclamer ni n'aura jamais rien à réclamer au Centre hospitalier régional de Nice doit être regardé comme un désistement pur et simple de son action ; qu'il y a lieu de lui en donner acte ;

Sur la responsabilité :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le service de pathologie cellulaire et de génétique du Centre hospitalier régional de Nice s'est borné à annoncer à Mme Quarez que l'examen auquel il avait procédé "n'avait révélé aucune anomalie détectable par les moyens actuels" et que Mme Quarez n'a pas été informée du fait que les résultats de cet examen, compte tenu des conditions dans lesquelles il avait été conduit, pouvaient être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle ; que, dès lors, M. et Mme Quarez sont fondés à soutenir que le service spécialisé du Centre hospitalier régional de Nice a commis une faute ;

Considérant qu'il résulte également de l'instruction qu'en demandant qu'il fût procédé à une amniocentèse, Mme Quarez avait clairement manifesté sa volonté d'éviter le risque d'un accident génétique chez l'enfant conçu, accident dont la probabilité était, compte tenu de son âge au moment des faits, relativement élevée ; que les époux Quarez avaient ainsi cherché auprès du service spécialisé du Centre hospitalier régional de Nice un diagnostic déterminant quant à l'absence du risque ; que, dans ces conditions, la faute commise par le service de pathologie cellulaire et de génétique du Centre hospitalier régional de Nice avait fausement conduit M. et Mme Quarez à la certitude que l'enfant conçu n'était pas porteur d'une trisomie et que la grossesse de Mme Quarez pouvait être normalement menée à son terme ;

Considérant que cette faute, qui rendait sans objet une nouvelle amniocentèse que Mme Quarez aurait pu faire pratiquer dans la perspective d'une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique sur le fondement de

l'article L. 162-12 du code de la santé publique, doit être regardée comme la cause directe des préjudices entraînés pour M. et Mme Quarez par l'infirmité dont est atteint leur enfant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requérants sont fondés à demander l'annulation du jugement attaqué ;

Sur la réparation due à M. et Mme Quarez :

Considérant qu'il sera fait une juste appréciation du préjudice moral, des troubles dans les conditions d'existence de M. et Mme Quarez ainsi que de certains éléments des préjudices matériels dont ils font état en condamnant le Centre hospitalier régional de Nice à payer à chacun d'eux une indemnité de 100 000 F ;

Considérant que doivent être également prises en compte, au titre du préjudice matériel, les charges particulières, notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée, qui découleront pour M. et Mme Quarez de l'infirmité de leur enfant ; qu'il y a lieu, en conséquence, de condamner le Centre hospitalier régional de Nice à leur payer une indemnité en capital représentant le versement d'une rente mensuelle de 5 000 F pendant toute la durée de vie de Mathieu Quarez ;

Telles sont les deux affaires, la première essentiellement, qui soulèveront les controverses les plus vives et justifieront l'intervention du législateur soucieux des effets de ces décisions sur la pratique des compagnies d'assurance et par voie de conséquence sur la pratique médicale.

Comme on le verra, ces décisions sont intervenues dans un climat de malaise affectant tant la pratique médicale du diagnostic prénatal que la pratique judiciaire en matière de responsabilité civile. Elles ne sont pas venues troubler des eaux calmes, mais elles ont joué un rôle de révélation de problèmes plus généraux qu'elles ont mis au jour. La prudence du Conseil d'État aurait peut-être évité

d'ouvrir un tel chantier. Mais en tout état de cause les faits et les pratiques biomédicales auraient conduit un jour ou l'autre à poser devant les tribunaux des questions que l'on débattait au sein des cercles d'éthique médicale. Cela devait arriver. Le mérite de la scène juridique est justement de ne pas mentir sur les faits et sur leur nécessaire qualification juridique, et de poser, de manière crue des questions auxquelles en général on n'ose pas répondre, à moins que l'on veuille pas les voir, car la seule logique de la technique juridique, désinvestie de ses significations et de ses implications non juridiques, n'y suffit pas. Les tribunaux sont cependant contraints de trancher sous peine de déni de justice. La logique juridique dont la Cour de cassation est la gardienne devait donc révéler une forte tension, de nature métajuridique, entre la responsabilité civile qui accompagne nécessairement l'exercice d'un pouvoir – c'est la rançon des avancées technologiques - et la justification de la réparation du handicap de l'enfant fondée sur le fait, invoqué par l'enfant lui-même ou en son nom, qu'en l'absence de faute il ne serait pas né. En l'espèce le handicap ne pouvait pas être détaché même abstraitement de la naissance.

Le législateur devait alors chercher à briser cette jurisprudence civile et à atténuer la portée de la jurisprudence administrative par l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 qui dispose que :

« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

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 de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

[Ces] dispositions [...] sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. »

Ce texte devait à son tour susciter des remous dans l'opinion et surprendre ceux-là mêmes qui avaient pu critiquer la jurisprudence. L'impact de cette dernière est donc particulièrement complexe et confus. Ce sont ses différents aspects que ce rapport tente de décrire et d'apprécier.

- I -

L'IMPACT MEDIATIQUE DE L'AFFAIRE PERRUCHE

L'analyse des réactions du public à la jurisprudence de la Cour de cassation puis à la loi prétendant la briser mérite une présentation détaillée, non seulement parce que le phénomène fut suffisamment rare pour être analysé – l'étonnante sensibilité du public à la question témoigne de son importance – mais aussi parce qu'on y relève, à travers sa complexité, la construction assez tumultueuse d'un débat public de qualité jusque dans ses contradictions mêmes.

Plan

On présentera successivement :

Les réactions publiques des associations de personnes handicapées, principales intéressées dans ces affaires⁵ (**A**),

puis le débat dont la presse fut le théâtre (**B**),

pour examiner enfin la manière dont il s'est déroulé dans les publications juridiques (**C**).

L'étude de la presse médicale spécialisée n'a pas été entreprise systématiquement, compte tenu de l'existence du rapport sociologique établi par Mmes D. Moyse et N. Diederich⁶. Quelques références puisées dans la presse médicale, sont néanmoins présentes dans ce rapport.

⁵ Les médecins étaient aussi directement concernés ; l'impact des décisions de la Cour de cassation sur les professions médicales directement concernées fait l'objet du rapport présenté par D. Moyse, N. Diederich, L'impact de l'arrêt "Perruche" sur les échographistes et les gynécologues-obstétriciens, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice, 2004

⁶ D. Moyse, N. Diederich, *op.cit.*

A. LES REACTIONS DES ASSOCIATIONS DE PERSONNES HANDICAPEES ET DE PARENTS D'ENFANTS HANDICAPES

L'influence de ces associations, tant dans le débat public et médiatique que dans les débats qui ont conduit à l'adoption de la loi du 4 mars 2002 est certaine.

Les attitudes adoptées par les associations de personnes handicapées ou de parents d'enfants handicapés sont symptomatiques des tensions fortes que provoquent tant l'affirmation d'un droit de l'enfant d'obtenir réparation du handicap qu'il subit du fait que sa mère n'a pas été en mesure d'interrompre la grossesse en raison de la faute médicale de diagnostic qui, dans un premier temps, a vivement choqué la majorité d'entre elles, que de la réponse législative cherchant à répondre à la critique en supprimant ce droit pour l'enfant et en restreignant le préjudice réparable des parents dont la charge est reportée sur la solidarité nationale. Hostiles à la jurisprudence de la Cour de cassation, les associations l'ont également été à la loi. Leur attitude examinée dans le temps, apparemment contradictoire, est en réalité révélatrice de la difficulté de fonder en droit une solution qui, en même temps, préserve une image digne de la personne handicapée et donne les moyens de sanctionner la confiance trompée par la faute médicale par l'allocation de dommages et intérêts permettant de faire face aux besoins matériels de l'enfant.

On analysera donc successivement les réactions à la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation c'est-à-dire aux arrêts rendus en 2000 et en 2001 (a) puis celles qui se sont manifestées lors de l'élaboration de la loi et à l'occasion de ses premières applications (b).

a) Les réactions des associations à l' « arrêt Perruche »

La recherche nous a permis de réunir les différents communiqués de presse et réactions émanant des principales associations de personnes handicapées, qui ont très vivement réagi à la suite de la décision de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000.

L'analyse des propos tenus par les personnes handicapées ou en leur nom par les associations est révélatrice à de nombreux égards de l'impact qu'a pu avoir cette décision de justice. Il apparaît clairement que la décision de la Cour de cassation a permis de placer au centre du débat politique, économique et social des problèmes qui existaient pourtant avant l'arrêt, et qui ont trait principalement à la place des personnes handicapées, tant en termes de difficultés d'accueil et de difficultés financières, qu'en termes de regard porté sur eux dans un contexte où les progrès de la médecine anténatale permettent un diagnostic précoce des anomalies et malformations, et donc la possibilité de décider, en application de la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, une interruption médicale de grossesse.

Toutes les réactions recueillies montrent clairement que l'« arrêt Perruche » a été l'occasion pour ces associations de dénoncer l'insuffisance des moyens à la disposition des personnes handicapées, même si les interprétations divergent parfois quant à l'appréciation de la décision de la Cour de cassation elle-même.

1) Un arrêt ressenti comme insultant, à l'origine de réactions violemment hostiles

La lecture des propos tenus en réaction à l'annonce de la décision de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 frappe par la violence parfois extrême des termes utilisés.

C'est ainsi que, dès le 3 novembre 2000, deux semaines avant que ne soit rendu l'arrêt Perruche, le **Groupement français des personnes handicapées** publiait le communiqué suivant :

« Nous voulons vivre ! »

Choquées et meurtries, les personnes handicapées membres du Groupement français des personnes handicapées, fédération interhandicap membre français de l'Organisation mondiale des personnes handicapées, font part à la presse de leur indignation face à la question posée par M. Perruche, père de Nicolas, à la Cour de cassation, et résumée par la presse par l'interrogation « Un handicapé peut-il se plaindre d'être né avec un handicap congénital au lieu de ne pas être né ? »

Nous, personnes handicapées, considérons que cette démarche est une atteinte directe à nos droits fondamentaux.

Cette question est une double atteinte à la dignité de tous ceux et de toutes celles qui vivent avec une déficience ; parce qu'elle pose la question même de notre droit à l'existence, et parce qu'elle ignore la dimension humaine de toutes les personnes handicapées... »

Jean-Luc Simon, Président de ce groupement a déclaré quant à lui :

« Face à cette insulte qui nous a été lancée au visage en affirmant que vivre avec un handicap est un préjudice qui ouvre droit à un dédommagement, je voudrais conseiller à toutes les personnes handicapées de porter plainte.

Il faudrait pouvoir démontrer l'iniquité et l'imbécillité de " l'Arrêt Perruche " – et je mesure mes mots – Cela présage d'une société folle qui, d'un côté, essaie d'éradiquer le handicap, de l'éliminer – on dit habituellement " prévenir ", mais j'utilise ici des mots volontairement plus forts que celui-là –, et d'un autre côté, cette même société produit du handicap en soignant plus. On réanime, on ramène à la vie des personnes traumatisées crâniennes ou des " grand prématurés " à qui la société ne peut offrir que des conditions de vie " préjudiciables "... !

Nous, personnes handicapées, ne serons satisfaites que quand la société pourra se demander : " Mais que pouvons-nous faire pour que les personnes handicapées puissent vivre simplement à égalité de droits avec les autres ? " Ceci est la bonne question. L'autre question, la question posée par Nicolas Perruche, voudrait que la société se demande " comment faire pour éviter les personnes handicapées ". Voilà ce qui est posé par " l'arrêt perruche ", voilà les vraies questions. »

Une réaction tout aussi vive a consisté en la création d'un « **Collectif des parents contre l'handiphobie** » regroupant une centaine de familles qui a été jusqu'à assigner l'État, le 1^{er} décembre 2000, pour « fautes lourdes dans l'exercice du service public de la justice » et réclamer réparation d'un préjudice moral⁷.

Selon le Collectif,

« la violence du jugement moral posé froidement par l'Assemblée Plénière sur la valeur de leur vie mérite une réparation à la fois exemplaire et symbolique ».

« La haute juridiction a consacré un principe de discrimination entre les personnes handicapées et les personnes en bonne santé. Il ressort de la décision litigieuse qu'il est préférable de mourir que de vivre handicapé. Cette pétition de principe en faveur de l'eugénisme constitue une injure à tous ceux qui surmontent avec courage les souffrances inhérentes à leur handicap », « cette décision qui érige l'avortement en devoir est parfaitement intolérable à ceux qui consacrent une partie de leur vie à accompagner leurs enfants souffrant d'un handicap »

« L'État, qui n'offre en France qu'une aide très limitée aux familles dont l'un des membres souffre d'un handicap - aide qui est d'ailleurs pour partie susceptible d'une action en récupération - ne peut s'arroger le droit de juger de la valeur de la vie humaine sans commettre une faute lourde engageant sa responsabilité. »

Il a en outre assigné en responsabilité M. Henri Caillavet en sa qualité de membre du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé pour l'opinion dissidente qu'il a émise à l'occasion de l'avis n° 68 rendu par le Comité le 29 mai 2001⁸.

2) Une attitude plus nuancée

⁷ Cette demande a été rejetée le 23 janvier 2002 par le TGI de Paris (inédit) qui a jugé que seules les parties à la procédure en cause peuvent se plaindre d'un dysfonctionnement, car le code de l'organisation judiciaire réserve aux seuls usagers de la justice, et non aux tiers, la possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'Etat pour faute lourde de la justice.

⁸ Par jugement du 17 janvier 2003 (inédit), le Tribunal de grande instance de Paris a rejeté la demande, ne trouvant dans l'expression de cette opinion ni abus ni faute.

La réaction de l'**Union Nationale des Associations de Parents et Amis de Personnes Handicapées Mentales (UNAPEI)** a été plus mesurée. Dès le 22 novembre 2000, elle a publié un communiqué de presse, par lequel elle déclarait :

- *prendre acte que la juridiction suprême a retenu une approche technique s'interdisant toute considération éthique,*
- *rappeler que les premiers devoirs de la collectivité sont de parfaire les processus de diagnostic, d'informer les parents de la façon la plus précoce, la plus objective et la plus complète possible et de mettre en place l'ensemble du dispositif d'accueil et d'accompagnement qui permet aux parents qui le décident d'avoir un enfant handicapé,*
- *craindre qu'après une telle décision certains médecins soient conduits, pour se protéger, à systématiser les diagnostics déclarant handicapés des cas incertains et que des enfants ayant des difficultés se retournent contre leurs parents pour leur demander réparation,*
- *regretter que cette décision signifie implicitement que le fait de permettre à un enfant handicapé de voir le jour puisse être considéré comme une faute ;*

Elle a précisé par la suite que :

« La jurisprudence Perruche conduit à l'émergence progressive d'une sorte de droit à naître ou à ne pas naître lié à l'idée selon laquelle un certain nombre de normes devraient être réunies pour qu'une vie mérite ou non d'être vécue. Le juge suprême a, par la jurisprudence Perruche, soulevé un certain nombre de questions qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de trancher ».

« Dans un Etat de droit démocratique, c'est à la loi, expression de la volonté majoritaire, d'apporter les réponses à ce type de problème. En conséquence, il est temps pour le législateur de se prononcer et de fixer des principes au-delà desquels la société s'engagerait dans un processus extrêmement dangereux. En l'occurrence, il s'agit d'affirmer que le fait

d'être né et de vivre ne peut constituer un préjudice. L'UNAPEI attend du Gouvernement et du Parlement qu'ils prennent leurs responsabilités. »

3) Une réaction plus distanciée

Une association s'est pourtant quelque peu singularisée quant à l'interprétation qu'elle a donnée de l'arrêt de la Cour de cassation lui-même. Alors que la plupart des associations ont critiqué la solution adoptée par la Cour de cassation, qui signifiait selon elles que les juges suprêmes avaient décidé, sans aucune logique qu'elle soit juridique ou éthique, que la vie de certaines personnes ne valaient pas la peine d'être vécue, **l'Association des paralysés de France (APF)** a analysé la solution adoptée le 17 novembre 2000 comme une conséquence logique d'une attitude sociale et légale à l'égard des personnes handicapées qui existait de longue date.

Le groupe d'éthique de l'Association des paralysés de France (APF) a en effet publié un rapport dans lequel il considère que l'indemnisation de Nicolas Perruche est le signe d'une dérive éthique et juridique déjà ancienne.

« L'arrêt Perruche n'est pas d'abord à l'origine de dérives éthiques et juridiques réelles ou supposées, mais bien la conséquence d'un glissement éthique et juridique déjà ancien, qui contribue à faire d'une naissance handicapée une réalité inacceptable.

Surtout, la décision de la Cour de cassation n'ouvre la voie à aucune dérive eugéniste, puisque la voie était ouverte depuis longtemps, du fait "d'une revendication croissante des parents, et du corps social, pour le droit à l'enfant normal".

Le rapport souligne que

« ces questions ne feraient pas l'objet de tant de débats si les moyens d'accompagnement et d'insertion sociale des personnes handicapées et de leurs familles étaient à la hauteur de la dignité qu'on leur accorde en théorie » et qu' « il faut sortir au plus vite du cercle vicieux qui veut que l'on élimine d'autant plus l'enfant que sa situation future est jugée insupportable, et que l'on change d'autant moins cette situation future qu'on peut éliminer la situation en éliminant l'enfant ».

Marie-Sophie Desaulle, présidente de l'APF, a également déclaré :

« Le débat comporte une hypocrisie. La question de l'eugénisme, on pourrait se la poser depuis vingt-six ans. C'est l'impact de la faute médicale qui est condamné. La cour indemnise l'enfant parce qu'il est handicapé et pas parce qu'il est né. Le vrai débat porte sur les moyens qu'une société donne aux personnes handicapées pour qu'elles vivent correctement. »

Si l'analyse de l'APF s'éloigne de l'analyse que la plupart des autres associations ont faite de la décision de la Cour de cassation du 17 novembre 2000, en ce qu'elle ne critique pas en elle-même l'argumentation retenue par la Cour de cassation, on constate toutefois que les mêmes préoccupations sont partagées par toutes.

b) La participation des associations à l'élaboration de la loi et la déception sur les conséquences de son application

L'influence de ces diverses prises de position a été telle que les associations ont été largement associées aux discussions parlementaires ayant abouti au vote de la loi du 4 mars 2002 dont l'article 1^{er} consacre le principe d'un droit à compensation du handicap par la solidarité nationale⁹.

C'est ainsi que la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale lors d'une table ronde organisée le 29 mars 2001 sur le thème : « Arrêt Perruche : Faut-il légiférer ? » a entendu Laurent Cocquebert, Directeur général adjoint de l'Union nationale des associations de parents et amis de personnes handicapées mentales (UNAPEI) et Gérard Prier, représentant de l'Association des paralysés de France (APF).

La commission des lois du Sénat lors d'auditions publiques relatives à la jurisprudence « Perruche », le 18 décembre 2001 a quant à elle entendu :

- Mme Marie-Sophie Desaulle, Présidente de l'association des paralysés de France

⁹ Sur l'élaboration de la loi, les positions gouvernementales et parlementaires, voir *infra* II.B.

- M. Patrick Gohet, Directeur général de l'Union des associations de parents et amis de personnes handicapées
- M. Xavier Mirabel, Président du Collectif contre l'handiphobie

A l'issue de ces débats parlementaires, le vote de la loi du 4 mars 2002, énonçant que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* », a été accueilli favorablement par les associations, approuvant le droit à la compensation du handicap par la solidarité nationale.

Ainsi, la principale association de personnes handicapées, l'UNAPEI, a accueilli avec satisfaction le texte de loi. L'association considère que la loi donne la priorité à la solidarité de l'ensemble de la société envers les personnes handicapées. Il consacre le droit à la compensation pour toute personne handicapée.

L'UNAPEI souligne que

« le long débat provoqué par la jurisprudence Perruche a soulevé la question du regard porté par la société sur le handicap. Il a également mis en exergue les insuffisances de la solidarité. Le texte voté permettra, davantage encore, à toute personne handicapée ou tout parent, estimant ne pas recevoir de la solidarité la compensation qui lui est nécessaire et due, de saisir le juge afin d'obtenir la mise en œuvre de ses droits »

Pourtant, trois mois après l'adoption de la loi du 4 mars 2002, qualifiée par la presse de « loi anti-Perruche », cette approbation unanime a laissé place à un mécontentement extrême de la part de ces mêmes associations qui avaient soutenu le projet de loi, révélant par là même la complexité de la situation.

En effet, les réactions furent tout aussi violentes qu'à la suite de l'arrêt du 17 novembre 2000 lorsque fut rendu, le 13 juin 2002, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris en faisant application de la nouvelle loi (Voir *infra* II –B-b.).

Par cette décision, la Cour, statuant en appel d'une ordonnance de référé qui avait accordé une indemnité provisionnelle de 152.449 euros à des parents dont l'enfant était né atteint d'une amyotrophie spinale infantile alors qu'un diagnostic après amniocentèse avait conclu à l'absence de risque en raison d'une inversion des résultats des analyses biologiques pratiquées sur deux patientes, avait réduit la provision à 15245 euros.

Or, l'indemnité provisionnelle avait été rapidement versée à la famille qui avait acheté un véhicule adapté pour l'enfant.

Cet arrêt a provoqué l'indignation des associations de personnes handicapées, et, le 26 juin 2002, sept d'entre elles ont demandé dans une « *lettre ouverte au Président de la République, au Premier ministre et à tous les parlementaires* » l'abrogation de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002.

Les signataires de la lettre (dont l'APF, le FNATH, le GIHP et le Reshus) indiquent :

« L'article premier interdit désormais, alors même que la faute de diagnostic anténatal ou d'information des parents est prouvée, toute réparation du préjudice de l'enfant, mais surtout réduit l'indemnisation des parents au seul préjudice moral, autant dire à rien.

Renvoyer à la solidarité nationale dans la loi, comme substitut à cette indemnisation des parents n'est pas acceptable car absolument insuffisante aussi longtemps que le Parlement ne décidera pas de dégager les crédits adéquats, autant dire jamais ».

Certaines réactions furent toutefois plus mesurées.

Pour l'AFM,

« Le titre 1^{er} de la loi sur le droit des malades ne peut être appliqué en l'état. Il doit impérativement être précédé d'une série de mesures concrètes visant à mettre en place un vrai système de compensation du handicap en France. Dans cette attente et puisqu'il y a acte fautif, l'AFM considère que c'est à l'AP-HP de payer en partie ce qui ne peut être assuré aujourd'hui par la solidarité nationale ».

L'UNAPEI, également non signataire de la lettre ouverte a, dans un communiqué, rappelé son «attachement » à la loi du 4 mars 2002.

« Ce texte a permis de sortir de l'impasse à laquelle avait conduit la jurisprudence Perruche et constitue une avancée », mais considère qu'il faut *« moderniser sans tarder la loi de 1975 »*, engager un *« plan d'urgence pour les personnes gravement handicapées »*

Cette analyse révèle, au-delà des prises de position, la complexité du problème posé et la priorité à accorder au traitement social (matériel et moral) des personnes handicapées. Il apparaît clairement que le principal souci des associations est en effet de mettre en œuvre une politique sociale qui ne distingue pas selon les causes du handicap, qu'il soit imputable ou non à un médecin, qu'il permette ou non d'engager une responsabilité. Le principe d'égalité milite en ce sens ; faut-il pour autant qu'il ait raison du jeu de la responsabilité civile qui implique nécessairement de distinguer les dommages imputables à une personne tenue d'en répondre et ceux qui ne le sont pas ?

Le débat dont la presse fut l'agent et le théâtre montre bien les difficultés d'articuler d'une part le droit des personnes et le droit de la responsabilité et d'autre part le droit de la responsabilité et le droit social dans le traitement juridique du handicap de naissance.

B. LE DEBAT PUBLIC DANS LA PRESSE

Le contentieux relatif à la naissance d'enfants handicapés a suscité, dans la presse généraliste et au sein des revues juridiques, une littérature considérable¹⁰. Il convenait d'analyser comment ces médias, qui s'adressent à des lectorats distincts, ont rendu compte des décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, ainsi que des réactions qu'elles ont provoquées. Un regard rétrospectif porté sur les innombrables articles (*cf.* bibliographie) consacrés à ce que l'on a désormais coutume d'appeler « l'affaire Perruche » est extrêmement instructif. L'attention accordée par l'ensemble des organes de presse à cette affaire civile – Jean-Yves Nau a évoqué un « *formidable écho médiatique* » (*Le Monde*, 26 novembre 2000, « Le préjudice de vivre ») – explique pour partie l'impact hors du commun de cette décision judiciaire dans l'opinion publique. Dans un article de synthèse, Ph. Théry note en effet que « *des revues juridiques à Internet, de la presse écrite à la télévision, de la radio au livre, le débat aura laissé sa trace.* »¹

a) Dès avant l'arrêt Perruche le débat est ouvert

Il est notable que l'émoi occasionné par l'arrêt Perruche a été quelque peu anticipé dans une série d'articles. L'affaire Perruche apparaît après coup comme un scandale annoncé. Dès le 27 octobre 2000, *Le Quotidien du médecin* titrait : « *Le cas d'un enfant atteint de rubéole congénitale remet en cause les lois sur l'IVG* ». Cette présentation est annonciatrice des confusions et crispations à venir. Alors que la question essentielle serait : « *la justice peut-elle considérer un embryon ou un fœtus comme des sujets de droit ?* », l'article reprenant les explications du Président de l'Académie de médecine, Claude Sureau, précise qu'en cas de réponse « *affirmative [...], "c'est tout l'édifice de l'IVG qui saute en l'air"* ».

¹⁰ Ph. Théry, « Un grand bruit de doctrine », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 113. Voir la bibliographie en annexe I.

Le Figaro daté du 2 novembre 2000, dans un article intitulé « *Nicolas : “pourquoi m’a-t-on laissé naître ?”* », donne la parole à M^e Didier le Prado, défenseur du médecin mis en cause : « *si la Cour de cassation décidait de suivre les parents, cela ouvrirait la porte à toutes sortes de dérives éthiques et morales en matière d’euthanasie mais aussi à des actions comme celles engagées aux Etats-Unis par des enfants qui essayaient de traîner leurs parents devant les tribunaux pour les avoir laissé vivre !* ». A travers ces deux références apparaissent les thèmes qui vont devenir les leitmotifs de la controverse. L’idée de dérive sera constamment reprise par la suite, pour stigmatiser des errements éthiques ou les dangers d’une judiciarisation de notre société sur le modèle américain. Le même jour, le journal *La Croix* propose à ses lecteurs un résumé des arguments qui devaient être développés le lendemain par l’Avocat général Jerry Sainte-Rose dans un article intitulé « *Un enfant handicapé se plaint d’être né* ». La presse hebdomadaire annonce également l’événement (*L’Express*, 2 novembre 2000, « *L’éthique selon les juges* »).

Dès ce moment, la couverture médiatique s’étend considérablement. La presse donne à voir la réalité humaine derrière le dossier judiciaire. Le journal *France-Soir*, en date du 3 novembre 2000, reproduit une interview de Christian Perruche (« *L’enfant qui ne voulait pas être né* »). Le père de Nicolas y précise ses motivations :

« je ne parle pas pour lui mais à sa place. Je ne vois pas comment je pourrais lui demander son avis. [...] Mon ex-femme ne supporte pas Nicolas, elle ne l’accepte pas. Elle s’est longtemps sentie coupable. [...] J’aurais préféré ne pas l’avoir, cet enfant. [...] Qui souhaiterait avoir un enfant qui ne soit pas comme les autres ? [...] Quand la procédure a commencé, je souhaitais juste assurer l’avenir de Nicolas. Au fur et à mesure, je me suis posé d’autres questions. [...] C’est dur d’avoir des enfants si différents. Le regard des autres, c’est une grande souffrance. Je me bats aussi pour ça : montrer que je n’accepte pas ce qui s’est passé. »

A cette parole fait écho celle de Josette Perruche, qui déclare quelques jours plus tard :

« si l'interruption de grossesse existe, c'est bien que, dans certains cas, la naissance peut être un préjudice... [...] Les parents dévoués pour leur enfant handicapé forcent mon admiration [...]. Moi, je suis déchirée entre mon amour maternel et le fait que je n'accepte pas de vivre avec un enfant – handicapé en raison d'une faute médicale – qu'on m'a imposé. Chacun réagit comme il peut » (L'Humanité, 20 novembre 2000, « Droit. Ethique. La Cour de cassation de Paris [sic] accepte le “je n'aurais jamais dû naître handicapé” du jeune Nicolas. Une première. Naître ou ne pas naître handicapé »).

L'audience publique permet à la presse écrite de relayer amplement les arguments échangés devant la Cour de cassation. *Le Figaro* (4-5, novembre 2000) consacre deux articles à la question : « *La malchance d'être né* » et « *Les tribunaux américains et la “wrongful life”* ». On peut y lire que « *contrairement aux idées reçues, les tribunaux américains, en grande majorité, répugnent à octroyer des indemnités à l'enfant sous prétexte que le fait d'exister constituerait un préjudice... Cette question, estiment les magistrats, doit être débattue devant le Congrès, entre philosophes et théologiens, mais pas dans une salle d'audience.* » On voit poindre ici une interrogation qui va devenir récurrente : de la compétence de quelle institution de telles affaires relèvent-elles ?

Dans le même temps *Libération* (4-5 novembre 2000, « *Une vie questionne la justice* ») résume les arguments échangés par l'Avocat général Jerry Sainte-Rose et M^e Charles Choucroy, l'avocat défendant les intérêts de Nicolas Perruche. On apprend que la prise en charge du handicap de Nicolas coûte environ 100 000 francs par mois à la Sécurité sociale. François Terré, quant à lui, écrit qu'« *un enfant peut finir par se retourner contre ses parents* ». Toujours dans le même journal, Claude Sureau signe un texte intitulé « *Un débat inédit entre le droit et l'éthique* » dans lequel il pose la question : « *est-il légitime qu'un enfant puisse poursuivre qui que ce soit du fait de ne pas avoir été tué ?* » Dans sa réponse, il réaffirme que « *tout le droit lié à l'IVG risque d'être remis en cause* » en cas d'indemnisation de l'enfant.

Il est tout à fait remarquable que la solution consistant à indemniser l'enfant a, dans un premier temps, été perçue comme une possible atteinte aux dispositions sur l'interruption de grossesse. L'idée est alors que l'indemnisation implique la reconnaissance de la personnalité juridique du fœtus ou de l'embryon.

Le Monde (5-6 novembre 2000, « Le préjudice de vie d'un enfant handicapé soumis à la Cour de cassation ») propose également un résumé relativement complet des arguments et aborde notamment le problème de l'eugénisme. Jean-Yves Nau annonce, dans un article intitulé « *La jurisprudence accorde des réparations aux parents, mais pas à l'enfant handicapé* », qu'« *une évolution en ce domaine serait dangereuse. Elle conduirait inmanquablement à dire que certaines vies ne valent pas la peine d'être vécues. Elle conduirait, d'autre part, à imposer de fait aux mères concernées une obligation d'interruption thérapeutique de grossesse.* »

Dès cet instant, l'opinion publique connaît les interprétations qui devaient nourrir la polémique.

Dans les jours qui précèdent la décision, la presse évoque de nouveau l'affaire Perruche. Ainsi, *Télérama*, le 15 novembre 2000, lui consacre un article intitulé « *Le mal de vivre* ». L'opinion de trois professeurs des facultés de droit y est reproduite. Patrice Jourdain, qui souhaite l'indemnisation de l'enfant, s'oppose à Michel Grimaldi et Denis Mazeaud. Ce dernier déclare son hostilité à la reconnaissance du bien fondé de l'action en ces termes : « *Il n'y a pas de causalité entre la faute médicale et le handicap de l'enfant. [...] Admettre l'indemnisation de l'enfant reviendrait à établir une hiérarchie sordide entre vivre handicapé et ne pas vivre du tout. Il me semble que la vie n'est pas un préjudice réparable, qu'en gardant la vie cet enfant n'a rien perdu. Je crois qu'on ne doit pas pouvoir se plaindre d'une qualité de vie jugée insuffisante.* »¹¹ Le lendemain, un autre

¹¹ Comparer note D. Mazeaud sous Ass. plén., 17 nov. 2000 : D. 2001, p. 332. Après l'arrêt, l'auteur considère que, dans la mesure où il s'agit d'une « indemnisation sans risque », « il ne convient sans doute pas d'accabler [l'Assemblée plénière] qui peut simplement encourir le reproche d'avoir rendu une décision d'équité, fortement teinté d'opportunité, qui fleure bon, par ailleurs, l'arrêt de provocation. Quoi qu'il en soit, quitte à sombrer dans un positivisme béat, on ne s'associera pas au procès en sorcellerie fait en doctrine à l'Assemblée plénière. », p. 335. La connotation eugéniste attribuée à l'arrêt est selon l'auteur « l'accusation la plus lourde et probablement la plus injuste », p. 336.

juriste, Philippe Pédrot, défend une position comparable (*Libération*, 16 novembre 2000, « *Naître ou ne pas naître...* »).

b) Les réactions après l'arrêt Perruche

Ainsi annoncée, la décision rendue le 17 novembre 2000 par l'Assemblée plénière ne pouvait que susciter de vives réactions. Les médias avaient en effet largement diffusé l'idée que l'indemnisation de l'enfant serait la porte ouverte à de multiples dérives. Dans ce contexte, la Cour de cassation, en adoptant cette solution, ne pouvait que s'exposer à l'incompréhension de l'opinion publique. La lecture des articles de presse postérieurs à l'arrêt confirme cette analyse. Les journalistes ne parviennent manifestement pas à s'expliquer le choix de l'indemnisation de l'enfant. On parle ainsi d'un *arrêt* « *resté très laconique sur ses motivations* » (*Le Figaro*, 18-19 novembre 2000, « *Une cascade de remises en question* »), du « *laconisme de l'arrêt [qui] ne permet pas de dire quel est le fondement ultime de la décision de la Cour* » (*Libération*, 18-19 novembre 2000, Editorial « *Un arrêt historique* »), d'un « *langage elliptique* » (*Libération*, 18-19 novembre 2000, « *Un handicapé né après une erreur médicale va être indemnisé* ») ou encore d'une « *motivation lapidaire* » (*ASH*, 24 novembre 2000, « *La Cour de cassation reconnaît le droit à indemnisation d'un enfant handicapé* »).

On souligne également les divisions opposant les juges de la Cour de cassation dans cette affaire. *Libération* (18-19 novembre 2000, « *Un handicapé né après une erreur médicale va être indemnisé* ») mentionne « *la contradiction totale avec l'argumentaire développé à l'audience par l'avocat général* ». *La Croix* (20 novembre 2000, « *La justice invente la naissance comme préjudice* ») évoque même un « *fait inhabituel : dès le 13 novembre, soit cinq jours avant que cette décision soit officiellement rendue, son contenu circulait à la faveur d'une "fuite" organisée.* » La divulgation des dissensions existant au sein de la Cour de cassation peut avoir participé à réduire l'acceptabilité de la décision aux yeux de l'opinion publique.

Pour rendre compte de la décision rendue, les différents journaux ont adopté des attitudes comparables. Dans l'ensemble, ils ont repris les différents arguments échangés de part et d'autre (*Le Figaro*, 18-19 novembre 2000, « Nicolas indemnisé pour être né handicapé »). Favorable à l'indemnisation, M^e Charles Choucroy écarte fermement les implications supposées de l'arrêt : « *Nous ne sommes pas là pour faire de la philosophie, mais pour dire le droit* » (*L'Humanité*, 20 novembre 2000, « Droit. Ethique. La Cour de cassation de Paris [*sic*] accepte le “je n'aurais jamais dû naître handicapé” du jeune Nicolas. Une première. Naître ou ne pas naître handicapé »). De son côté, M^e Lebois, l'avocat de la famille Perruche, réfute l'idée que l'arrêt puisse conduire l'enfant à agir contre ses parents : « *on ne peut exercer un recours que sur un tiers responsable et si ce dernier est assuré [*sic*]* » (*Libération*, 18-19 novembre 2000, « Un handicapé né après une erreur médicale va être indemnisé »).

Toutefois, dans l'immédiat, c'est le concert des critiques qui occupe à l'évidence la plus large place. La parole est donnée aux associations de personnes handicapées exprimant leur indignation (voir *supra* A). Le propos d'André Dessertine, un ancien magistrat, président de l'association d'entraide des polios et handicapés, est fort représentatif (*Le Figaro*, 18-19 novembre 2000, « *Les associations indignées* »). Il rapporte l'histoire d'une amie « *atteinte de la rubéole avant la naissance, comme Nicolas : “elle est née sourde et muette, donc lourdement handicapée. Pourtant, elle a réussi à faire de brillantes études (HEC) et à décrocher un poste de responsabilité dans une entreprise”* ». Il dénonce ainsi le déterminisme du malheur postulé par l'arrêt. Les craintes de dérives eugéniques sont évoquées. Globalement, les parents d'enfant handicapés considèrent que « *l'arrêt de la Cour de cassation remet en cause et dénigre l'existence de [leur] propre enfant* » (*La Croix*, 20 novembre 2000, « Les associations de parents sont indignées »). Des familles expriment le besoin de dire l'amour qu'elles portent à leurs enfants handicapés (*La Croix*, 21 novembre 2000, « Hedwige a le plus beau sourire du monde »).

La réaction négative des médecins est amplement relayée. Ainsi, le Professeur Milliez, chef du service de gynécologie-obstétrique à l'hôpital Saint Antoine de Paris et expert judiciaire, déclare : « *On condamne des médecins pour ne pas avoir tué* » (*Le Figaro*, 18-19 novembre 2000). Il affirme que les médecins ont « *le sentiment que la Cour de cassation ne tient pas compte des conséquences de ses arrêts sur la pratique médicale.* » Selon lui, la « *décision risque de bouleverser la pratique en matière de diagnostic prénatal et d'interruption médicale de grossesse.* » Il affirmera, quelques jours plus tard (*L'Express*, 23-29 novembre 2000, « Handicap : l'arrêt qui change tout »), qu'il « *hésite à continuer* ». Claude Sureau exprime sa désapprobation dans le journal *La Croix* (20 novembre 2000, « La justice invente la naissance comme préjudice »). Le 22 novembre 2000, *Le Quotidien du médecin* rend compte des critiques issues de la profession médicale. Dans *Le nouvel observateur* (24 novembre 2000, « Que vaut la vie de Nicolas ? »), Didier Sicard, Président du Comité consultatif national d'éthique, qualifie l'arrêt d' « *extrêmement insultant pour les handicapés* ». Il précise cependant que « *cet arrêt est malheureusement cohérent avec notre époque. Il traduit le pouvoir de la science médicale dans notre culture, qui perd ainsi toute référence à l'imaginaire, à l'irrationnel, au hasard. Les juges sont pris dans une société qui croit que la médecine apporte des certitudes et ils en ont tiré les conséquences.* »

Le propos révèle comment la logique juridique accompagne et sanctionne la logique techniciste.

Plus généralement, se diffuse l'affirmation excessive selon laquelle la décision du 17 novembre 2000 « *conduit, de facto, à réclamer dans ce domaine [...] non plus une obligation de moyens mais bel et bien une obligation de résultat* » (*Le Monde*, 26 novembre 2000, « Le préjudice de vivre »). Les organes représentant la profession ne tardent pas à s'exprimer au sujet de l'arrêt. Le Syndicat national des gynécologues de France (SYNGOF) déclare, dans *Le Quotidien du médecin* (4 décembre 2000, « Arrêt Perruche : cent familles assignent l'Etat en justice »), que la décision est « *“louable” sur le plan éthique, car elle “pallie les carences de la société en matière d'aide aux handicapés”.* »

Mais elle fait de l'embryon un "sujet de droit pour le préjudice subi". » Le syndicat précise qu'elle « fait porter le poids financier "des carences de la société" sur les médecins et leurs assureurs "déjà asphyxiés" ». Le Bulletin de l'Ordre des médecins (janvier 2001) retranscrit la déclaration de l'Ordre qui considère quant à lui que les praticiens « ne peuvent endosser des responsabilités excessives qui reviennent à d'autres intervenants ou à l'ensemble de la société, suivant des principes fondamentaux de solidarité et d'assistance. »

Des commentaires désapprobateurs formulés par différents professeurs de droit sont également rapportés¹². Ainsi, le journal *La Croix* (20 novembre 2000, « La justice invente la naissance comme préjudice ») retranscrit les analyses de Jean Hauser. Il est par ailleurs précisé, du fait probable d'une fuite, que « des juristes se mobilisent » et que « deux juristes de renom [prennent] l'initiative de faire circuler parmi les spécialistes de droit civil [...] une pétition d'une rare virulence ». Cette présentation maladroite, excessive et au demeurant erronée annonce le texte paru dans *Le Monde* daté du 24 novembre 2000, « *La vie humaine comme préjudice ?* », écrit à l'initiative de Catherine Labrusse-Riou et de Bertrand Mathieu, qui fut cosigné par un nombre important d'enseignants et chercheurs des facultés de droit. Une telle initiative était remarquable dans la mesure où les universitaires, traditionnellement portés à l'individualisme, ignoraient largement ce type d'expression collective¹³. Dans

¹² Certains, contestant l'intervention d'universitaires dans la presse généraliste, n'ont pas hésité à la qualifier de campagne de presse organisée et reposant sur une déformation de la décision. Comme le remarque Ph. Théry, art. préc., p. 114 et 115, c'est leur prêter « une puissance et une organisation que l'on ne soupçonnait guère chez les universitaires plutôt réfractaires à tout ce qui peut paraître collectif. » Selon D. Fenouillet, « Pour une humanité autrement fondée », *Droit de la famille*, avril 2001, chron. n° 7, p. 11, « on comprend mal la critique adressée aux juristes qui ont publiquement protesté contre cette décision, critique qui a consisté à leur reprocher d'émettre une "opinion" en oubliant que nous sommes "dans un état de droit" et non dans "un Etat de convictions personnelles", voire de s'être "répandus dans la presse et sur les ondes en déclaration péremptoire pour jeter l'anathème sur l'arrêt", et à défaut d'arguments juridiques, d'avoir cédé "à un discours moralisateur rempli de sophismes et non exempt de démagogie" ». Contre l'idée que « la critique d'un arrêt par les universitaires n'a véritablement sa place que dans les revues juridiques », Ph. Théry remarque que « le risque est que le point de vue des spécialistes s'exprime dans des revues qui sont lues par d'autres spécialistes, en laissant aux non-spécialistes le traitement des questions juridiques dans les médias de large diffusion » (p. 115). Or, « une opinion qui émane de ceux qui en tant que juristes ont réfléchi à ces questions, quelque parti qu'ils adoptent, a plus de valeur que celle de l'homme de la rue » (pp. 119 et 120). En définitive, le reproche formulé suscite la perplexité de l'auteur : « Si l'on admet que le droit est l'affaire de tous et que le rôle de la doctrine est de l'expliquer, que porter un jugement sur les règles ou les décisions suppose que l'on en ait compris la raison d'être et déterminé les conséquences, quelles critiques peut-on adresser aux universitaires qui décident de publier leurs réflexions dans la presse – quelle qu'elle soit : à chacun d'assumer ses choix – si ces réflexions contribuent à l'intelligence du droit ? » (p. 118). Le droit, aussi technique et ésotérique soit-il, n'est pas qu'une question de spécialistes. Les décisions de justice étant rendues « au nom du peuple français », on comprendrait mal pourquoi des citoyens, fussent-ils des juristes universitaires, ne pourraient pas les commenter dans les médias généralistes dont on sait l'importance pour l'opinion publique.

¹³ V., sur ce point, Ph. Jestaz et Chr. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 241.

l'espoir de réaliser une combinaison du droit des personnes, du droit social et du droit de la responsabilité, ce texte en appelait à l'intervention du législateur¹⁴.

La nécessité d'un débat parlementaire fut en effet très rapidement évoquée dans la presse généraliste. *Le Figaro* (18-19 novembre 2000, « Nicolas indemnisé pour être né handicapé ») rapportait que « *certaines spécialistes s'interrogeaient sur la nécessité pour le législateur de se saisir de cette question.* » Le journal considérait qu'il était important, en toute hypothèse, de « *porter le débat sur la place publique alors qu'il n'a, jusqu'à présent, concerné que des cercles restreints.* » Un autre article complète ce propos en soutenant que la divergence « *entre les deux plus hautes instances [le Conseil d'Etat et la Cour de cassation] sur des cas similaires ne peut que contraindre le législateur à trancher* » (« Une cascade de remises en question »). Les appels au législateur se multiplient (voir, par exemple, *ASH*, 8 décembre 2000, « Le droit pour une personne handicapée de ne pas vivre »). Plus largement, l'espoir est formulé que l'arrêt Perruche demeure une exception isolée (*La Croix*, 23 novembre 2000, « L'arrêt Perruche fera-t-il jurisprudence ? »). C'est que, dans l'ensemble, la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est mal accueillie. *Le nouvel observateur* (24 novembre 2000, « Que vaut la vie de Nicolas ? ») parle d'une « *bouleversante décision* », pendant que le quotidien *Les Echos* (6 décembre 2000) titre : « *Arrêt Perruche : une dérive jurisprudentielle en matière de responsabilité civile* ». *Le Monde* (26 novembre 2000, « Le préjudice de vivre ») évoque, sous la plume de Jean-Yves Nau, « *la judiciarisation rampante des rapports entre les médecins et leurs patients* », tandis que *L'Express* (23-29 novembre 2000, « Handicap : l'arrêt qui change tout ») regrette plus généralement que « *de plus en plus, on règle des problèmes sociaux aux tribunaux* ». Cet hebdomadaire n'hésite d'ailleurs pas à afficher une franche hostilité à l'arrêt en fustigeant « *sa brutalité* » : « *outré l'insulte faite au bon sens, cet arrêt ouvre un abîme de questions philosophiques, éthiques, juridiques et médicales.* »

¹⁴ Publié sous une forme raccourcie dans *Le Monde*, le texte sera publié *in extenso* dans le Recueil Dalloz (« La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *D.* 2001, cahier 44, Point de vue, pp. III et IV) où apparaîtront des nuances et le souci des auteurs de ne pas fermer la voie de la sanction juridique des fautes.

c) La critique de la critique et la genèse d'un vrai débat

Après cette première déferlante médiatique suivront des vagues d'importance variable. L'action contre l'Etat intentée par un collectif de parents d'enfant handicapé créé pour l'occasion est évoquée par les différents organes de presse, qui ne cachent pas leur scepticisme quant à sa possible réussite (*Le Figaro*, 2-3 décembre 2000, « Cent familles contre l'arrêt Perruche » ; *Libération*, 2-3 décembre 2000, « Des parents de handicapés dénoncent l'arrêt Perruche » ; *Le Monde*, 3-4 décembre 2000, « Cent familles dénoncent l'“arrêt Perruche” et poursuivent l'Etat » ; *La Croix*, 4 décembre 2000, « Des familles de handicapés attaquent l'Etat » ; *Le Quotidien du médecin*, 4 décembre 2000, « Arrêt Perruche : cent familles assignent l'Etat en justice » ; *La Croix*, 18 décembre 2000, « Ces cent familles qui refusent l'arrêt Perruche »). L'excès que constitue une telle initiative révèle la dérive émotionnelle et illustre le risque de pétrification des positions.

Tandis que des juristes (Denis de Béchillon, Yan Thomas et Olivier Cayla, *Le Monde*, 21 décembre 2000, « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire » ; Laurent Aynès, *Le Monde*, 31 janvier 2001, « Malheur et préjudice ») continuent d'échanger leurs arguments au sujet de l'arrêt, les politiques commencent à se saisir de la question (*Le Monde*, 11 janvier 2001, « L'arrêt Perruche s'invite à l'Assemblée nationale » ; *La Croix*, 11 janvier 2001, « “L'arrêt Perruche” revient devant les députés »).

Au mois de février 2001, la presse évoque l'existence d'affaires présentant des faits similaires à ceux ayant conduit à l'arrêt du 17 novembre 2000 (*La Croix*, 5 février 2001, « Trois affaires dans l'ombre de “l'arrêt Perruche” »). Les médecins expriment leur inquiétude. Le Dr Roger Bessis, président du Collège français d'échographie fœtale, déclare ainsi qu'« *il y a un risque de dérive abortive tout à fait préoccupant.* » Dans un registre plus prosaïque, le Dr Philippe Kolf, président du

syndicat national des ultra-sonologistes, affirme que les primes pourraient, selon les estimations des assureurs, atteindre 500 000 francs (76 000 euros) par an alors qu'à l'époque, un échographiste payait en moyenne 2000 francs (305 euros).

Malgré ces inquiétudes, un magistrat affirme, de manière quelque peu péremptoire, qu'« *il est impossible de revenir sur une décision prise en Assemblée plénière* » (*Le Figaro*, 10-11 février 2001, « trois enfants handicapés réclament justice »).

Il est notable qu'à compter de cet instant, les considérations financières prennent une importance prépondérante. On discute notamment de la légitimité des recours exercés par les Caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) (*Le Quotidien du médecin*, 13 février 2001, « Arrêt Perruche : les défenseurs des handicapés contre la Sécurité sociale »). On apprend à cette occasion qu'en 1999, les dépenses occasionnées par le handicap de l'enfant Perruche étaient évaluées à 5,3 millions de francs. L'idée apparaît alors que si la solution retenue dans l'arrêt du 17 novembre pouvait se comprendre dans la mesure où elle visait à aider financièrement un jeune handicapé, elle devient beaucoup plus discutable lorsqu'elle sert à assurer des ressources aux CPAM pour faire face aux dépenses dont elles sont légalement débitrices (sur la question voir *infra* III, A).

Les craintes du milieu médical occupent toujours une large place dans la presse. On peut lire dans *Le Quotidien du médecin* (14 février 2001, « Après l'affaire Perruche, les échographistes redoutent de graves difficultés financières et éthiques ») que la Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français estime de 5 à 15 millions de francs le préjudice dans l'affaire Perruche. Un assureur s'inquiète : « *Vous vous rendez compte du nombre de primes qu'il faudrait toucher pour couvrir seulement un seul de ces cas ? Or la population qui cotise est peu importante* », puisqu'elle ne comporte que 6000 à 7000 praticiens. Le Dr Bessis constate que « *la répercussion du montant de l'assurance sur une échographie serait de 300 francs [...] c'est exactement le tarif de la Sécurité sociale pour cet acte.* » Dès lors, les articles se multiplient pour dénoncer les risques qui

pèsent sur l'échographie prénatale (*Le Quotidien du médecin*, 28 février 2001, « Les échographistes se mobilisent contre l'arrêt Perruche » ; *Le Quotidien du médecin*, 5 mars 2001, « La république des juges » ; *Le Figaro*, 6 mars 2001, « L'échographie prénatale menacée »¹⁵ ; *Libération*, 7 mars 2001, « Les échographistes sous la loupe de la justice » ; *Le Quotidien du médecin*, 8 mars 2001, « Le dépistage prénatal remis en question par l'arrêt Perruche »). *Le Parisien* (7 mars 2001, « Menace sur les échographies des femmes enceintes ») rapporte que « *selon certaines estimations, 2000 enfants dont une malformation n'a pas été détectée par l'échographie seraient en mesure de réclamer chaque année une indemnisation.* » Un responsable du Sou médical déclare, dans *Le Quotidien du médecin* (8 mars 2001, « Derrière les préoccupations éthiques, les enjeux financiers ») que « *si l'on raisonne sur la base des préjudices corporels, on peut penser que l'ensemble des primes d'assurance versées par les médecins concernés serait absorbé par un seul sinistre.* » On apprend par ailleurs dans cet article que l'on est passé de 40 à 6 compagnies pour assurer la couverture des risques associés à la responsabilité civile professionnelle. Toutefois, le Professeur Patrice Jourdain cherche à rassurer en soutenant que « *le contentieux sera très faible. L'hypothèse d'une faute médicale à l'origine d'un handicap est rarissime* » (*Le Figaro*, 30 mars 2001, « Arrêt Perruche : un pas vers l'eugénisme ? »).

¹⁵ Cet article, rédigé par le Dr Martine Pérez, est une synthèse riche en informations. On y apprend que « *plus d'une centaine de litiges [...] sont en cours actuellement pour des questions de non-dépistage de malformation au cours de la grossesse.* » Nicolas Gombault, directeur général adjoint du Sou médical, en déduit que « *si l'on applique le principe de cet arrêt à tous les litiges concernant les affaires de non-dépistage des malformations, on risque de tuer l'échographie. Si l'on indemnise le préjudice d'une naissance d'un enfant handicapé à hauteur de 10 à 15 millions de francs, sachant qu'il existe 6 à 7000 échographistes, pour financer un seul dossier d'indemnisation, on atteint déjà un taux de cotisation annuel de 3000 F par an. [...] Les cotisations vont monter en flèche, [...] un certain nombre de praticiens ne vont pas pouvoir s'assurer ou au contraire répercuteront ces tarifs sur le coût de l'acte échographique qui deviendra inabordable pour bon nombre de patientes.* » Sur le registre éthique, le Professeur Israel Nisand déclare que « *le risque est de voir les médecins redouter de sous-estimer la gravité du pronostic et d'acquiescer plus facilement à une demande d'interruption médicale de grossesse qu'ils auraient refusée dans d'autres circonstances. La nuisance est ici de santé publique. Si le diagnostic prénatal aboutit à l'avortement injustifié pour une malformation mineure ou pire devant la seule annonce d'un doute, il faut le remettre en question comme dangereux pour la population qui s'y soumet.* » L'article cite également une lettre ouverte aux députés et sénateurs rédigée par le Syndicat national des ultrasonologistes diplômés : « *Au vu de l'arrêt Perruche, ne vaudrait-il pas mieux ne pas réanimer les enfants nés à 5-6 mois [de grossesse] et qui statistiquement peuvent développer des handicaps ? Ne faut-il pas pour le médecin échographique, militer pour l'avortement systématique si le fœtus n'est pas parfait ?* » Cela conduit le Dr Martine Pérez à évoquer « *la qualité du dépistage des malformations fœtales [qui] dépend du matériel et surtout de la compétence de l'opérateur. Au début des années 80, beaucoup de médecins attirés par la simplicité apparente du maniement de l'appareil se sont équipés d'échographes et ont multiplié abusivement les actes de dépistage au cours de la grossesse, sans compétence particulière.* » La mise en évidence des incertitudes qui existent en la matière conduit le Professeur Boog à affirmer : « *Avant tout suivi échographique, il importe d'informer les patientes sur les limites de l'examen et notamment sur le fait que si certaines anomalies sont évidentes, comme l'anencéphalie, d'autres au contraire peuvent être indétectables, que certaines malformations ne deviennent manifestes que tardivement, et que l'examen connaît des limites sérieuses dans certaines conditions défavorables comme l'obésité de la mère, par exemple. Même si l'échographie apparaît rassurante, elle ne permet en aucune manière d'affirmer que le fœtus est strictement normal.* »

C'est dans cette période de contestation médicale qu'est réalisé un sondage concernant le contentieux relatif à la naissance handicapée. *La Croix* (12 avril 2001, « Des français plutôt hostiles à l'arrêt Perruche ») reproduit certains résultats de ce sondage BVA réalisé les 30 et 31 mars 2001 auprès de 934 personnes. A la question : « Une personne handicapée de naissance doit-elle pouvoir faire un procès, du fait de sa naissance, à l'échographiste parce qu'il n'a pas diagnostiqué le handicap ? », 33 % des personnes interrogées répondent « oui », 58 % répondent « non » et 9 % s'abstiennent. 84 % des sondés estiment que « l'Etat doit aider financièrement les personnes handicapées et leur famille au titre de la solidarité nationale ». *Le Quotidien du médecin* daté du 12 avril 2001 précise que 2 français sur 5 intenteraient une action contre le praticien après une interruption médicale de grossesse pour handicap probable si cette prévision se révélait non fondée.

Un mois avant que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ne se prononce à nouveau, le débat suscité par l'arrêt Perruche connaît un regain d'intérêt avec l'avis du Comité consultatif national d'éthique (*Le Monde*, 16 juin 2001, « Le comité d'éthique s'oppose à la reconnaissance d'un "droit" à ne pas naître handicapé » ; *La Croix*, 18 juin 2001, « Le comité d'éthique craint l'eugénisme »). Les nouvelles décisions de la Cour de cassation sont dès lors très attendues et d'aucuns espèrent une évolution jurisprudentielle (*L'Express*, 7 juillet 2001, « Affaire Perruche, suites » ; *Libération*, 6 juillet 2001, « Le préjudice de naître avec (juris)prudence »). A nouveau, les journaux présentent à leurs lecteurs les argumentaires développés devant la Haute juridiction (*Le Monde*, 8 et 9 juillet 2001, « La Cour de cassation face à l'indemnisation des enfants handicapés »)

Pas toujours bien compris, les arrêts en date du 13 juillet 2001 sont évoqués avec une certaine circonspection (*Le monde*, 14 juillet 2001, « La Cour de cassation confirme sa "jurisprudence Perruche" tout en la nuancant » ; *Les Echos*, 16 juillet

2001, « Handicaps : vive émotion après le maintien de la jurisprudence Perruche » ; *L'Humanité*, 16 juillet 2001, « Nuances dans le “droit de ne pas naître” ». Ainsi, dans *Le Figaro* du 14 juillet 2001, M^e Yves Richard déclare que « *la Cour poursuit son équilibrisme juridique* » (« Le droit à ne pas naître confirmé en cassation »), tandis que le Professeur Milliez considère que ces nouveaux arrêts, qui n'aboutissent pas à une indemnisation sans revenir pour autant sur la solution retenue antérieurement, sont « *rassurant[s] pour la pratique médicale* ». Un article mentionne pourtant dans ce même numéro un « *vent de panique chez les échographistes* ».

C'est finalement cette dernière réaction qui va s'imposer chez les professionnels de la santé. Dès le 23 juillet 2001, *Le Quotidien du médecin* titre sur la « *levée de boucliers contre l'arrêt Perruche* ». Puis les articles dans cette veine se succèdent (*Le Quotidien du médecin*, 6 septembre 2001, « Les échographistes appellent la population à défendre les examens qu'ils pratiquent » ; *La Croix*, 13 novembre 2001, « L'échographie en danger »). Les médecins persistent dans l'incompréhension : « *On est devenus responsables de la maladie du fœtus !* » L'augmentation des primes se précise puisqu'on apprend que, dès janvier 2002, les primes passeront de 457 euros (3000 francs) à un chiffre entre 3656 et 4570 euros (entre 21 et 30000 francs). Les conséquences financières des arrêts rendus semblent prendre le pas sur les considérations purement éthiques. On observe en effet que « *ces arrêts organisent le transfert des coûts du handicap, de la Sécurité sociale vers les assurances* » (*Libération*, 20 novembre 2001, « L'arrêt Perruche n'indemnise que le handicap »).

Si l'ultime prise de position de l'Assemblée plénière est évoquée dans les différents journaux, dans une tonalité généralement critique, l'engouement médiatique paraît s'essouffler (*Le Monde*, 25-26 novembre 2001, « La justice complète l'arrêt Perruche » ; *Libération*, 28 novembre 2001, « La justice handicapée » ; *Le Figaro*, 29 novembre 2001, « Le préjudice d'être né est confirmé », « Les médecins militent pour une loi » ; *Le Figaro*, 30 novembre 2001, « La dictature

de l'homme parfait » ; *L'Humanité*, 1^{er} décembre 2001, « Handicap. Faisant suite à "l'arrêt Perruche" la Cour de cassation prend un nouvel arrêté [*sic*] reconnaissant le préjudice d'être né »).

Alors que l'idée d'une loi se fait de plus en plus insistante, quelques articles tentent de faire œuvre pédagogique en expliquant la position de la Cour de cassation telle qu'éclairée par son rapport annuel (*Le Monde*, 30 novembre 2001, « La Cour de cassation affirme défendre le « respect effectif de l'enfant handicapé »). Toutefois, les revendications du milieu médical se font plus pressantes. Les menaces de grève sont largement relayées par la presse écrite (*Le Monde*, 5 décembre 2001, « Des spécialistes du diagnostic prénatal annoncent une grève des échographies » ; *Le Figaro*, 5 décembre 2001, « Une loi pour contrer la jurisprudence Perruche » ; *Le Quotidien du médecin*, 6 décembre 2001, « Jurisprudence Perruche : le législateur sollicité » ; *Le Figaro*, 12 décembre 2001, « Arrêt Perruche : stopper la machine folle »).

Les médecins ont en effet annoncé le lundi 3 décembre 2001, qu'ils cesseront toute activité de dépistage des malformations au 1^{er} janvier et qu'ils ne participeront plus à l'activité des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal « *dont le rôle apparaît désormais comme superflu* ». Cette grève durera « *jusqu'à ce que la loi dise, clairement, que nul n'est fondé à se plaindre du fait de sa naissance.* » Les revendications du SYNGOF sont parfaitement explicites : « *Nous exigeons, dans les meilleurs délais, la promulgation d'une loi* » (*Le Quotidien du médecin*, 10 décembre 2001, « Jurisprudence Perruche : le corps médical crie à l'injustice »). Ces contestations s'expliquent en grande partie par l'impact des décisions successives de la Cour de cassation en matière d'assurance. Le Sou médical considère en effet que « *la confirmation de la jurisprudence Perruche pose la question, à terme, de l'assurabilité des praticiens échographistes, et, d'une façon générale, de ceux qui pratiquent le diagnostic anténatal, et à terme, de tous ceux qui*

suivent les grossesses » (Le Monde, 11 décembre 2001, « Les primes d'assurance des médecins flambent après l'arrêt Perruche »).

Sommés de réagir, les responsables politiques interviennent afin d'apaiser la situation (*La Croix*, 13 décembre 2001, « Arrêt Perruche : la parole est aux politiques »). Elisabeth Guigou, ministre en charge de la Justice, tente dans un premier temps de faire œuvre pédagogique. Elle explique ainsi que « *“le malaise des médecins” repose sur l’interprétation qu’ils font des décisions de la Cour de cassation : pour eux, avoir à indemniser le préjudice intégral lié au handicap revient à dire qu’ils sont à l’origine de ce handicap, c’est toute la question de la causalité du préjudice* » (*Le Quotidien du médecin*, 17 décembre 2001, « Faute de loi, les spécialistes sont contraints d’arrêter le diagnostic anténatal »). Toutefois, les ressources de la rhétorique politique sont impuissantes à modérer les revendications des médecins. C’est que le problème réside moins dans les divergences d’interprétation au sujet de la signification des arrêts que dans leurs conséquences financières contrariant concrètement l’activité des spécialistes concernés. Des juristes s’associent aux médecins pour en appeler au législateur dans un texte intitulé « *Le manifeste des 17* » publié dans *L’Express* daté du 3 janvier 2002. Suit l’annonce d’une loi destinée à mettre un terme aux difficultés nées avec l’arrêt Perruche (*Libération*, 5-6 janvier 2002, « L’arrêt Perruche bientôt enterré »). Certes, l’accord ne se fait pas immédiatement s’agissant des modalités précises de l’intervention législative (*Le Monde*, 8 janvier 2002, « La position du gouvernement sur l’arrêt Perruche n’apaise pas le mécontentement des échographistes »), mais le principe de cette intervention est dans l’ensemble bien accueilli. Ainsi, l’éditorial de *L’Humanité* du 10 janvier 2002, intitulé « *LA VRAIE SOLIDARITE (Qui devrait décider en effet du seuil de normalité en deçà duquel avoir été laissé en vie serait une faute ?)* », énonce : « *il est sain qu’un débat s’étant noué sur la place publique à la suite d’une succession de décisions judiciaires [...] ce soit la nation, à travers ses représentants, qui reprenne la parole et se prononce sur une évolution des pratiques qui engageait gravement sa responsabilité et son image. La séparation des pouvoirs n’est pas en cause.* » L’auteur de l’éditorial considère que le

raisonnement judiciaire « *n'avait que l'apparence de la solidarité : pour un enfant qui aurait pu obtenir droit à réparation grâce à l'habileté de ses avocats, combien seraient passés à côté – par ignorance de la loi ou parce qu'il ne leur aurait pas été possible de démontrer la faute commise* ». Le journal rapporte le sentiment du juriste Jean Hauser : « *la décision de la Cour de cassation est très dangereuse* », mais « *le texte de loi va être insuffisamment nuancé et je le regrette. J'aurais préféré plus de prudence de la Cour de cassation* » (« Droit et éthique sont inséparables »). Les étapes du processus législatif sont relatées dans les journaux (*La Croix*, 11 janvier 2002, « Consensus à l'Assemblée nationale. Naître n'est pas un "préjudice" » ; *Libération*, 9 février 2002, « Perruche, loi avortée par les médecins »). Comme pour toute manifestation médiatique un peu intense sur des sujets complexes dont les enjeux sont néanmoins perceptibles par tous, l'écho médiatique exceptionnel de l'arrêt Perruche laissera des traces péjoratives de nature à compromettre les relations de la presse et de la justice¹⁶.

d) L'étiollement du débat après la loi

Une fois la loi promulguée, les journaux rendent compte des protestations qu'elle suscite de la part de certaines associations de parents handicapés (*Le Monde*, 26 juin 2002, « Les associations exigent l'abrogation de la loi "anti-Perruche" »), sans que naisse pour autant une véritable polémique au sujet de la nouvelle loi. L'attention médiatique portée sur le contentieux relatif à la naissance d'enfants handicapés diminue progressivement même si des articles de synthèse paraissent encore régulièrement (*Le Monde*, 8 décembre 2002, « De l'arrêt à son abrogation : deux ans de polémique passionnelle »).

Par la suite, des échos de l'arrêt Perruche se font encore entendre dans des articles consacrés à d'autres sujets. Il est abordé de manière incidente à propos de

¹⁶ Le Premier Président de la Cour de cassation, dans un article intitulé « *Le juge entre progrès scientifique et mondialisation* », revient sur l'affaire Perruche et affirme en effet que « *les catégories professionnelles concernées, mobilisant une partie de la doctrine et bénéficiant d'un fort soutien parlementaire, sont parvenues à porter atteinte au crédit de la Cour et, à la suite d'une campagne de presse parfaitement orchestrée, très violente, provoquant un courant d'opinion hostile, à faire modifier la loi pour écarter, à l'égard de l'enfant comme de ses parents, le principe même de la réparation...* », *Revue trim. Droit civil*, 2005, n° 1, p. 43

questions supposées connexes. Ainsi, dans un article relatif à l'interruption involontaire de grossesse intitulé « *Des profs de droit en croisés pro-vie* » (*Libération*, 16 janvier 2004), la journaliste Blandine Grosjean évoque en termes peu flatteurs l'intervention d'« *une cinquantaine d'éminents professeurs de droit* » en faveur de la protection pénale de l'enfant à naître¹⁷. Elle affirme qu'« *on retrouve parmi ces activistes ceux qui se sont agités lors des débats sur le Pacs et sur l'affaire Perruche. Et à l'origine de cette action se trouverait un magistrat, un avocat général près la Cour de cassation, Jerry Sainte Rose, catholique affiché, pourfendeur survolté de l'arrêt Perruche, qui selon lui indemniserait le préjudice, pour un handicapé d'être né.* »¹⁸ Certes le registre est celui du polémiste, qui sacrifie la rigueur intellectuelle à la volonté de persuader son lectorat, mais les amalgames opérés dans cet article¹⁹ révèlent que « l'affaire Perruche » restera pour certains un repère permettant de structurer le débat public, comme ce fut le cas pour la controverse autour de la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse. C'est dire à quel point le débat a marqué les esprits.

L'ampleur des réactions suscitées par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 n'est pas dénuée de raisons. Pour les démêler, on ne saurait ici

¹⁷ L'auteur de l'article considère que « *ce n'est pas la pétition la plus people de l'année. Mais sans aucun doute la plus réactionnaire.* »

¹⁸ Dans la même veine, un précédent article du même auteur (*Libération*, 29 novembre 2003, « La genèse de l'amendement Garraud ressemble à celle de la loi "anti-Perruche". Interruption involontaire de grossesse : un étrange lobby », *Libération*) esquissait une sorte de théorie du complot : « *la genèse de l'amendement de l'UMP Jean-Paul Garraud ressemble fort à celle de la loi "anti-Perruche". Cette loi avait été votée par les parlementaires pour s'opposer à la Cour de cassation qui reconnaissait un préjudice dans le fait d'être né et instaurait, selon ses détracteurs, un "droit à être avorté". Pour l'IIG comme pour l'affaire Perruche, ce sont des professeurs de droit catholiques qui ont mené la fronde contre la Cour de cassation. [...] Comme dans l'histoire Perruche, ces professeurs de droit ne se sont pas contentés d'allumer la Cour de cassation dans les revues juridiques, ils ont "conseillé" et instrumentalisé des associations de parents. Le "Collectif contre l'handiphobie", dans l'affaire Perruche. "Les mères orphelines" pour l'IIG. [...] Les juristes qui les "conseillent" seraient ceux qui en sous-main ont rédigé une proposition de loi déposée en février 2002 par des députés peu progressistes. [...] Ces professeurs ont-ils fait profiter Garraud – magistrat – de leur lumière ? Même s'il se défend de vouloir porter atteinte à l'IVG, Jean-Paul Garraud a été reconnu comme un allié par les mouvements anti-avortement.* » On notera l'influence considérable prêtée à des « *professeurs de droit catholiques* » qui persisterait malgré l'alternance politique au parlement et on regrettera l'absence d'éléments de nature à étayer l'assertion non vérifiée relative aux convictions religieuses des enseignants visés.

¹⁹ D'un point de vue juridique, les liens existant entre l'interruption involontaire de grossesse et l'arrêt Perruche sont ténus. Quant à ceux qui, selon la journaliste, existeraient entre le Pacs et l'arrêt Perruche, on les cherchera en vain. Ces questions sont aussi distinctes que deux problèmes juridiques peuvent l'être. Seul l'abaissement progressif de la qualité du débat public, ce dernier ayant une tendance regrettable à tourner à l'anathème, pourrait servir d'improbable point commun. Sur ce point, v. C. Duvert, « Le droit jetable ? A propos des débats sur l'homoparentalité », *Le débat*, n° 131, sept.-oct. 2004, p. 179 : « *Il est exact que si les dimensions symboliques de cette innovation législative avaient fait l'objet de discussions passionnées, les aspects plus techniques n'avaient guère été débattus, les voix sceptiques à cet égard – auxquelles les difficultés qui commencent à apparaître aujourd'hui devant les tribunaux donnent pourtant a posteriori raison – ayant été le plus souvent étouffées sous le soupçon d'une opposition non dite au principe même du projet.* »

mieux faire que citer longuement le Professeur Didier Truchet : « *Extraordinaire, cet accueil est explicable. D'une part, le sujet était grave et justifiait à lui seul cette extrême attention. D'autre part, la Cour de cassation a été victime, somme toute assez logiquement d'un "effet boomerang" : elle s'est montrée, depuis des années, si sensible à l'opinion publique que cette dernière l'a payée en retour ; elle a tant malmené le législateur (contrôle de conventionnalité oblige...) qu'elle a peut-être cru pouvoir le remplacer : il lui a rappelé son existence. Car la Cour a été imprudente. Elle n'a pas su s'autolimiter : elle a cru à tort avoir une légitimité suffisante pour trancher seule une question aux enjeux essentiels ; elle a maintenu sa position sans égards pour l'inquiétude que beaucoup éprouvaient devant les risques de dérive que sa jurisprudence comportait ; elle a franchi la "ligne rouge" au-delà de laquelle la société se rebelle. Plus entraîné sans doute à l'autolimitation, moins courageux peut-être, moins provocant sûrement, le Conseil d'Etat s'était gardé de franchir cette ligne dans l'arrêt Quarezz [...]. L'affaire confirme que le juge doit rester modeste : la loi seule peut apporter des réponses nuancées aux problèmes de société, après une discussion publique que ne remplace ni un rapport ni des conclusions devant une juridiction. La tendance à la "régulation juridictionnelle" de la société est si forte que certains avaient peut-être oublié l'ordre exact de la hiérarchie des normes. »²⁰*

²⁰ D. Truchet, « La jurisprudence *Perruche* n'est plus », *AJDA*, p. 273.

C) LE DEBAT DANS LES PUBLICATIONS JURIDIQUES

Pendant que la presse généraliste couvrait largement la controverse suscitée par l'arrêt Perruche, les revues spécialisées dans le domaine juridique lui consacraient une place inédite. Avec une célérité remarquable, l'arrêt Perruche est devenu la décision la plus commentée de l'histoire de la Cour de cassation (voir la bibliographie).

Il convient à ce propos de noter deux phénomènes intéressants et rares dans les publications juridiques:

Le premier concerne l'accélération du travail des commentateurs. L'arrêt Perruche illustre la réduction du délai séparant la décision des juges de la parution des premiers commentaires. Différents facteurs expliquent cette situation : les décisions de justice sont désormais rapidement accessibles grâce aux nouvelles technologies de l'information, la concurrence que se livrent les revues sur le marché de l'édition juridique ou encore les exigences des praticiens, et plus particulièrement des avocats, qui tiennent à être informés de la dernière actualité jurisprudentielle. Reste à se demander si l'accélération constatée ne modifie pas le travail des commentateurs en restreignant le temps de la réflexion²¹.

Le second phénomène concerne l'abondance considérable des commentaires, notes ou chroniques consacrés à l'arrêt Perruche. Cette prolifération résulte de la mise à l'écart des standards habituels en matière de publication. Il est

²¹ La découverte de certaines conséquences des décisions de justices demande parfois du temps. Ainsi, ce n'est qu'après quelques mois que l'on a pu prendre pleinement conscience des effets de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'assurance médicale ou de l'importance de l'action subrogatoire des caisses primaires d'assurance maladie. Pourtant, ces éléments étaient déterminants pour apprécier l'aptitude de la solution retenue par la Cour de cassation à réaliser effectivement ses objectifs affichés. Le droit est une réalité complexe où les actions humaines concertées produisent ordinairement des répercussions sociales non voulues et de ce fait difficiles à déceler.

d'usage dans certaines revues de réserver le commentaire d'un arrêt jugé intéressant à un spécialiste reconnu de la question étudiée. Dans ce cas, la revue attend le fruit du travail du spécialiste désigné et refuse la publication des travaux consacrés au même arrêt proposés par d'autres auteurs. Dans les périodiques pratiquant cette forme de « réservation d'arrêt » comme dans les autres, il est inhabituel de publier deux commentaires d'une décision sous la même rubrique. Le plus souvent, le débat doctrinal concernant l'interprétation d'un arrêt s'instaure par revue interposée. Une note publiée dans une revue répond à une note publiée dans une autre. Au sein d'une même revue, si les sommaires commentés répondent souvent aux notes de jurisprudence, il est relativement rare que deux notes soient consacrées à l'étude d'un seul arrêt. Cela n'arrive qu'à l'occasion d'arrêts présentant un intérêt considérable aux yeux de la communauté des juristes. Or, dans l'affaire Perruche, d'importants périodiques tels que la *revue Dalloz* ou la *Semaine juridique* ont publié un nombre anormalement élevé d'études. Le choix a été fait d'adopter une politique éditoriale originale. On a pu voir, à plusieurs reprises, dans les colonnes du *Dalloz* deux auteurs s'opposer à propos de l'arrêt Perruche au sein d'un même numéro. La revue a ainsi organisé les échanges de Messieurs Mazeaud²² et Jourdain²³ dans un numéro, puis de Messieurs Aynès²⁴ et Aubert²⁵ dans un autre. Ces pratiques illustrent le caractère relativement exceptionnel attribué à l'arrêt Perruche, encore qu'elles n'étaient pas inconnues dans des temps plus anciens.

Un exemple permet d'illustrer significativement la place donnée à l'arrêt dans la littérature juridique : alors que son directeur de la publication soutenait qu'« *en lui-même, l'arrêt Perruche est tout au plus un arrêt discutable, mais pas davantage que des milliers d'autres* »²⁶, la Revue trimestrielle de droit civil – tenue communément par les spécialistes pour la revue de référence dans le domaine du droit civil – consacrait,

²² Ass. plén., 17 nov. 2000 : *D.* 2001, jur., p. 332, note D. Mazeaud.

²³ Ass. plén., 17 nov. 2000 : *D.* 2001, jur., p. 336, note P. Jourdain.

²⁴ L. Aynès, « Préjudice de l'enfant handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, chron., pp. 492 et s..

²⁵ J.-L. Aubert, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *D.* 2001, chron., pp. 489 et s..

²⁶ P. Jestaz, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire *Perruche*) », *RTDC* 2001, p. 554.

en 2001, 78 de ses 1035 pages, soit 7,5% de son contenu à l'analyse de l'affaire Perruche.

Parce qu'il compromettait la cohérence du système de responsabilité civile, et plus encore, au fond, parce qu'il mettait en question les conceptions de chacun sur ce qu'est le droit, l'arrêt Perruche a suscité une production doctrinale d'une ampleur considérable. Il a en effet occasionné – phénomène dont les juristes ne sont pas coutumiers – deux niveaux de commentaires : aux habituels commentaires de l'arrêt se sont surajoutés des commentaires de commentaires. S'il est évidemment fréquent d'évoquer les propos d'autres auteurs dans le cadre du commentaire d'une décision, il est beaucoup plus rare que la doctrine ressente à ce point le besoin de parler d'elle-même. Ainsi, de nombreux écrits, publiés à l'occasion de l'« affaire Perruche », paraissent curieusement s'adresser à la seule communauté des juristes universitaires et se désintéresser des arrêts de la Cour de cassation, qu'ils ne commentent pas, comme de leurs conséquences sociales, qu'ils n'envisagent pas. Cela montre que la controverse suscitée par l'arrêt Perruche a ravivé de profondes oppositions qui demeuraient jusqu'alors latentes au sein de la doctrine française²⁷.

Le professeur Rémy Libchaber a présenté la controverse doctrinale en ces termes : « *A peine rendu, l'arrêt Perruche s'installait au cœur des polémiques : soulevant une émotion forte, il provoquait par là même des réactions vives. Celles, immédiates, d'auteurs qui s'en indignaient, et qui ne voulaient pas perdre un instant pour le faire savoir. Puis celles des contradicteurs qui, sans toujours adhérer à la doctrine de l'arrêt, s'irritaient néanmoins de la vivacité des premières réactions. D'où une surprenante controverse : avec une rapidité que l'on n'avait jamais vue pour le commentaire d'une décision novatrice, les opinions fusaient et se croisaient sans se confronter expressément, quand la plupart n'étaient que des réponses. Mobilisant toute la gamme des interventions publiques (articles dans la grande presse, entretiens donnés aux*

²⁷ Ph. Théry, art. préc., p. 119, évoque même « un règlement de compte prémédité où l'arrêt Perruche n'est qu'un prétexte », la discussion trouvant « ses racines en amont d'un arrêt qui aura seulement fait office d'amorce. » L'auteur rapproche ses échanges des querelles anciennes sur les rapports entre science biologique et droit et sur l'existence d'une « entité doctrinale ».

revues, forum sur l'internet, articles et notes, bien sûr), la doctrine s'offrait là une forme de psychodrame. Les raisons restent à démêler de cette crispation, qui est aussi bien le fait de ceux qui claiironnaient que l'humanité était dorénavant en péril, que de leurs adversaires tentant de persuader, contre l'évidence, que l'arrêt rendu était d'une orthodoxie parfaite. »²⁸

L'appréciation de l'importance respective des courants doctrinaux s'avère délicate pour différentes raisons. L'une d'elle réside dans le fait qu'il n'y a pas eu une simple opposition de deux clans parfaitement délimités par leur rejet ou leur approbation de l'arrêt. Certains auteurs, soucieux de demeurer dans un esprit de modération, ont tenté de développer une position moyenne et nuancée, ce qui les amenait parfois à se satisfaire de l'indemnisation de l'enfant tout en demeurant sceptiques quant aux modalités techniques retenues ou à admettre la conformité de l'arrêt à notre système de responsabilité tout en regrettant ses implications éthiques ou le poids des symboles charriés par la décision. On ne saurait enrégimenter de tels auteurs dans un camp ou un autre sans trahir leur pensée. En somme, la pluralité des opinions ne saurait ici être réduite à l'opposition frontale de deux blocs homogènes. Par ailleurs, de nombreux universitaires n'ont pas publié leurs réflexions au sujet de l'arrêt dans la presse juridique. Exprimées dans le seul cadre de leur enseignement, on ne saurait en conjecturer la teneur. Cela contrarie une évaluation valable de l'importance réelle des divers courants doctrinaux. Au fond la question n'a d'ailleurs que peu d'importance, la valeur d'une position doctrinale ne se jugeant pas au nombre de ses partisans.

Sommairement, on peut retenir qu'une part importante de la doctrine a exprimé de sérieuses réserves, voire une franche hostilité, à l'égard de la solution retenue. Les critiques visaient principalement la déstabilisation des structures de la responsabilité civile résultant d'une indemnisation en l'absence de lien de causalité direct et certain et de préjudice réparable, mais également les conséquences

²⁸ R. Libchaber, « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », RTDC 2001, p. 226.

possibles au regard du droit des personnes. En toile de fond transparaissait la délicate question de la place des personnes handicapées dans notre société. Des auteurs ont craint que l'appréhension de la naissance handicapée par le biais de la catégorie juridique de préjudice n'induisse une dépréciation de l'image des handicapés au sein du corps social. Elle impliquerait, en effet, que la mort de l'enfant avant sa naissance était, pour lui-même, une alternative jugée préférable. Ainsi, l'arrêt ne serait pas dépourvu de connotations eugénistes dans la mesure où cette appréciation entérine l'idée d'une sélection des naissances en fonction de l'état physique des individus. L'évocation de cet aspect de la décision a souvent suscité une profonde incompréhension, le terme « eugénisme » ne renvoyant manifestement pas à la même signification selon les intervenants. Là où certains évoquaient la sélection médicalisée des naissances pratiquée avec le consentement de tous les intervenants, pour éviter la venue au monde d'enfants handicapés, d'autres entendaient résonner l'écho de l'eugénisme brutalement pratiqué dans l'Allemagne nazie pour éliminer les personnes handicapées et jugées indésirables socialement, voire pour créer un homme nouveau. Un tel écart ne pouvait que favoriser la crispation et rendre inaudibles les efforts de quelques uns pour examiner plus objectivement la notion de « pratiques eugéniques » et les critères de leur illicéité ou pour apprécier les effets eugéniques possibles de la réparation du handicap de naissance non diagnostiqué.

Les réactions contraires ont également été nombreuses²⁹. Il a été soutenu qu'une conception extensive de la causalité permettait parfaitement de considérer que la faute du médecin était entrée dans le processus causal. Serait causal, selon la théorie de l'équivalence des conditions, tout fait intervenant dans la réalisation du dommage. La causalité pouvait ainsi être retenue dès lors qu'en l'absence des fautes commises, le dommage aurait pu être évité. Si beaucoup de partisans de l'arrêt ont

²⁹ Ph . Théry, art. préc., p. 118, constate qu'« à lire les défenseurs de l'arrêt, on a le sentiment d'un débat déséquilibré. [...] Mais lorsqu'on prend la liste des notes et articles publiés, ce déséquilibre est loin d'être flagrant et la vigueur, en la circonstance, une chose assez partagée. »

reconnu qu'il fallait solliciter les notions de la responsabilité civile pour admettre le bien fondé de l'action de l'enfant, ils ont fait valoir l'absence d'originalité de cette évolution au regard de l'histoire récente. Il n'y aurait donc pas lieu de s'en formaliser, la décision étant en définitive motivée par un légitime souci d'aider les handicapés. De plus, elle ne serait que la conséquence nécessaire de la loi relative à l'interruption de grossesse.

L'imbrication ainsi affirmée de la solution retenue par la Cour de cassation et de la loi Veil explique partiellement l'exacerbation des passions. Il a été soutenu que le refus de l'indemnisation de l'enfant né handicapé ne pouvait qu'exprimer une remise en cause de la liberté de la femme³⁰. De ce point de vue, le débat autour de l'arrêt Perruche démontre, s'il le fallait, qu'une discussion apaisée demeure difficile quand est abordée la question de l'avortement.

La controverse porte alors pour l'essentiel sur la conformité au droit et l'opportunité, au regard de ses possibles conséquences, de la décision rendue par la Cour Suprême³¹. Les arrêts de la première chambre civile avaient déjà suscité en 1996 une vive discussion doctrinale au cours de laquelle la plupart des arguments ici repris avaient déjà été formulés. Après l'intervention de l'assemblée plénière, l'ampleur du débat a enflé considérablement. L'ensemble de la communauté des auteurs semble s'y être intéressé et non plus quelques spécialistes comme en 1996.

La confrontation des idées a révélé de véritables antagonismes au sein de la doctrine ; entre les civilistes d'abord selon que leur spécialisation les portait sur le droit des personnes ou sur le droit de la responsabilité, encore que parmi ces derniers l'unité des appréciations n'était pas évidente ; très vite il était clair que

³⁰ Cela est quelque peu surprenant : la lecture de la loi Veil permet de constater qu'elle n'imposait, par elle-même, aucune réponse évidente à la question posée aux juges. Aucune question relative à la responsabilité n'y est en effet abordée.

³¹ « *S'indignera-t-on de ce que la Cour de cassation aurait été victime d'un procès d'intention, de ce que ses détracteurs lui auraient fait dire ce qu'elle ne disait en effet pas ? Non : un commentaire d'arrêt ne se borne pas à sa paraphrase technique. Dans une telle circonstance, imaginer toutes ses conséquences est légitime et même nécessaire* », D. Truchet, *op. cit.*.

l'arrêt divisait les juristes en général quelle que soit leur spécialité, montrant par là même et *a contrario* que les juristes forment une communauté intellectuelle vivante. Si certains se sont offusqués de l'importance des discussions et ont craint pour l'image des institutions judiciaires, on remarquera que de tels débats, ne sont pas inédits. D'innombrables controverses jalonnent l'histoire du droit³². Les oppositions ont parfois été frontales, pour ne pas dire brutales³³. D'ailleurs, on pourrait se demander si l'accord est toujours désirable dans une discussion doctrinale. La discussion peut être considérée comme fructueuse en l'absence d'accord, lorsque la confrontation des opinions conduit les participants à formuler de nouveaux arguments, même si ces derniers ne sont pas concluants. A l'exception des questions les plus triviales, les arguments décisifs sont rares.

Les désaccords doctrinaux relatifs à l'arrêt Perruche ont en définitive permis d'enrichir la réflexion sur les notions juridiques de causalité, de dommage réparable, mais aussi sur les fonctions de la responsabilité civile et sur sa nécessaire articulation avec la solidarité nationale. On ne saurait donc affirmer que le débat a été vain, chaque auteur ayant été amené, par la critique réciproque, à préciser ou à nuancer ses propres conceptions.

³² Chr. Atias, « La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé », *RRJ* 1983/3, pp. 427 et s. V. également N. Molfessis, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *RTDC* 2003, pp. 161 et s.. L'émergence de la responsabilité du fait des choses n'a pas été sans heurts, de même que l'élaboration d'un droit des accidents de la circulation ou encore l'indemnisation du préjudice moral. Les exemples sont fort nombreux.

³³ Pensons, par exemple, à la controverse relative à l'abus de droit. Ripert écrivait à cette occasion que « *l'Université de Lyon paraît avoir quelque inclination pour le Code civil des Républiques socialistes soviétiques. Son Institut de droit comparé nous en a donné la traduction et M. Lambert l'a présenté comme "le miroir magique" où l'on voit "se dessiner les lignes directrices du régime juridique nouveau". M. Josserand à son tour regarde le droit dans ce miroir* » (cité in S. Carval, *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, PUF, 2001, p. 188). Et Ripert d'ajouter : « *le juriste sait bien que la prétendue défense de l'intérêt social peut n'être qu'un prétexte pour la tyrannie arbitraire* » (p. 192 et 193). On le voit, les attaques virulentes sur le registre politique ne sont pas une innovation récente en doctrine. De même, les piques adressées à des collègues ne sont pas une spécificité du débat relatif à l'arrêt Perruche. V., par exemple, Y. Lequette, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Mélanges Ghestin*, 2001, p. 571. Après avoir cité « *M. Christophe Radé* » selon lequel « *certes, il n'y a pas de faute à avoir des enfants, mais il n'y a aucune raison de faire supporter à autrui les conséquences éventuellement dommageables d'un choix aussi personnel, pour ne pas dire égoïste* », Y. Lequette écrit : « *on souhaite que lorsque l'heure sera venue pour M. Christophe Radé de faire valoir ses droits à la retraite, les quelques "égoïstes" qui continuent l'aventure familiale aient baissé les bras, de telle sorte qu'il pourra alors apprécier pleinement les limites de son analyse.* »

Sur un autre plan, le débat doctrinal a pris une tournure plus ouvertement polémique en ce qu'il mettait en question l'orthodoxie de la conception du droit lui-même et de la fonction des juristes. En marge de la controverse portant sur l'arrêt, un courant doctrinal a contesté la légitimité de la démarche adoptée par la plupart des auteurs³⁴. C'est ainsi que sont apparus des « commentaires de commentaires ». Opérant un changement de registre, certains auteurs ont affirmé que « *les raisons d'approuver ou de désapprouver l'arrêt ne devaient rien à la technique du droit* »³⁵ et que « *la constatation que le droit positif antérieur ne fournissait pas de solution impliquait en bonne logique la nécessité de chercher celle-ci dans une autre sphère* »³⁶. Dans le même sens, il a été soutenu « *que les repères philosophiques employés ne sont pas donnés par la science du droit, qui ne saurait dès lors imposer d'elle-même une solution et en interdire une autre* »³⁷. A leurs yeux, un rappel à l'ordre s'impose : « *le juriste ne peut se prévaloir du droit et prétendre que le droit tranche lui-même – lorsque, en réalité, il ne peut (et ne fait) qu'opter pour un parti ontologique, logique ou moral, sans détenir plus de titre que quiconque pour ce faire* »³⁸. Le Professeur Denys de Béchillon précise « *que cela n'impose au juriste d'autre ascèse que celle de dire qu'il ne parle plus au nom de [la science du droit] dès lors qu'il souhaite juger un tel arrêt* »³⁹.

Il semble qu'il y ait là une sorte de malentendu. Il est en effet fort douteux que les auteurs mis en cause aient entendu parler *au nom de la science du droit*. En tout cas, une telle prétention ne transparaît pas des commentaires de l'arrêt. De manière générale, il faut reconnaître que rares sont les juristes qui se définissent eux-mêmes comme des scientifiques. La volonté de « faire science » ne semble pas une préoccupation primordiale pour la doctrine juridique. De plus, est-il possible – et même souhaitable – de se défaire de ses compétences de juristes lorsqu'il s'agit d'apprécier la solution apportée à un problème de droit ? Radicale, la doctrine que

³⁴ V., par exemple, D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », RTDC 2002, p. 47 : « *une fraction du monde universitaire menace un peu de se laisser rouler sur la pente qui sépare le magistère de la cléricature* ». Etrangement, le propos vise tantôt des auteurs qui n'ont rien dit au sujet de l'arrêt, tantôt un auteur qui l'approuve.

³⁵ Ph. Jestaz, art. préc., p. 556.

³⁶ *Ibid.*, p. 550.

³⁷ D. de Béchillon, O. Cayla et Y. Thomas, « L'arrêt *Perruche*, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, jeudi 21 décembre 2000, p. 18.

³⁸ *Ibid.*.

³⁹ D. de Béchillon, art. préc., p. 48.

nous évoquons ici entend réduire la prise de position juridique à une posture camouflant des sous-entendus politiques, philosophiques ou religieux. On a ainsi pu lire que « *seules les convictions philosophiques et religieuses de chacun permettaient de trancher dans un sens plutôt que dans l'autre* »⁴⁰. On notera que cette conception semble incapable d'expliquer l'existence de juristes changeant de position au cours d'une controverse. Elle sous-entend en effet que de tels auteurs opèreraient une sorte de conversion politique, philosophique ou religieuse. Il paraît plus réaliste d'admettre qu'une argumentation juridique pertinente est parvenue à les convaincre. Toutefois, les arguments juridiques étant assimilés à de pures constructions de façade, destinées tout au plus à donner le change pour ceux qui seraient encore dupes de la réalité⁴¹, les auteurs devraient avant tout affirmer leur position, leurs convictions préalables : « *Que chacun dise bien, sans s'abriter derrière l'abstraction juridique, de quelles valeurs ou idéologies il se réclame* »⁴². Des injonctions paraissent alors nécessaires au rétablissement de l'orthodoxie juridique : « *Le positivisme critique [...] somme chacun de dire quel est son maître et pourquoi* »⁴³. L'important ne paraît plus être le contenu du discours mais sa provenance⁴⁴. L'ultime question devient « d'où parlez-vous ? », ce qui permet aisément de discréditer une argumentation sans avoir à en discuter la teneur⁴⁵. En effet, l'exposé préalable des convictions philosophiques, religieuses, politiques de chacun permet de dévaluer *a priori* tout l'intérêt des arguments développés, en les connotant de manière péjorative lorsqu'on ne les partage pas. Il excite la tentation de rompre le dialogue initié, les protagonistes étant bien

⁴⁰ D. de Béchillon, O. Cayla et Y. Thomas, art. préc..

⁴¹ V. en ce sens, Ph. Jestaz, art. préc., p. 546, qui qualifie l'analyse signée par une trentaine de professeurs parue dans *Le Monde* du 24 novembre 2000 de « *pétition [...] en vue de faire accroire que la décision rendue heurtait la conscience et ne pouvait qu'être désapprouvée par un juriste* ».

⁴² *Ibid.*, p. 554.

⁴³ *Ibid.* Comparer : « *même quand il arrive à ce livre de paraître refléter un parti pris (qui n'en a pas ?), que l'on veuille bien sous-entendre, au-delà de ce parti pris, une sympathie très profonde pour toutes les opinions qui divisent la doctrine, pour tous les sentiments qui font la France* », J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, 24^e éd., 1996, p. 14.

⁴⁴ Ph. Jestaz, art. préc., p. 554, écrit qu'« *on ne peut pas considérer comme scélérate une décision qu'ont approuvée nombre d'auteurs dont les convictions démocratiques et humanistes ne suscitent pas le moindre doute* ». Faut-il en déduire que le contenu de la décision importe peu et que ce qui compte, c'est l'approbation par des auteurs démocrates et humanistes ?

⁴⁵ Evoquant les systèmes qui s'attachent à dévoiler les motifs secrets des uns et des autres, l'épistémologue viennois K. R. Popper, *La société ouverte et ses ennemis*, t. 2, *Hegel et Marx*, trad. J. Bernard et Ph. Monod, éd. du Seuil 1979, p. 148, écrivait qu'ils « *sont d'autant mieux acceptés qu'ils sont d'une application facile et qu'ils flattent ceux qui se targuent de tout percer à jour, à commencer par la sottise des non-initiés. Au demeurant, ils seraient inoffensifs s'ils n'enlevaient à la discussion toute base intellectuelle sérieuse, et ne donnaient naissance à [...] un dogmatisme exacerbé.* »

évidemment incapables de se convaincre sur des sujets tels que la foi ou la politique⁴⁶. Il n'est pas certain que cette attitude aide à élever la qualité des débats⁴⁷. Une controverse constructive est *toujours* difficile à mener. Des éléments humains, non rationnels, entrent *inévitavelmente* en considération. L'intérêt de la confrontation procède de ce qu'elle permet à chacun de modifier, peu ou prou, ses propres thèses. La critique intersubjective permet ainsi, *dans une certaine mesure*, de tendre vers l'objectivité. Cela suppose d'être réciproquement disposés à apprendre auprès de son interlocuteur. La nécessaire ouverture au message d'autrui n'est pas compatible avec le soupçon systématique. Les arguments doivent être débattus pour ce qu'ils sont et non en considération des arrière-pensées imputées, à tort ou à raison, aux uns et aux autres.

On pourrait se demander dans quelle mesure les sommations que nous venons d'évoquer n'ont pas, en définitive, nuit au commentaire des arrêts eux-mêmes. Force est de constater que les arrêts suivants de l'Assemblée plénière n'ont suscité que très peu de commentaires en doctrine. Il semble toutefois qu'il faille voir ici les effets, non pas d'une regrettable intimidation, mais plutôt d'une forme de saturation due à l'excès de littérature entraîné par l'arrêt Perruche.

Il ressort en définitive de tout cela une interrogation sérieuse sur le sens et la fonction du droit comme sur ses limites, qui mériterait d'être creusée plus sereinement qu'elle ne l'a été. A ceux qui ne voient en lui qu'un instrument technique neutre, se sont opposés ceux qui explicitement ou implicitement considèrent que le droit, ses concepts, ses méthodes et ses techniques ont une signification et une fonction pour l'homme vivant en société, ce dont l'affaire Perruche a fourni une preuve manifeste.

⁴⁶ Rapprocher Ph. Théry, art. préc., pp. 119 et 120: « L'étonnement pourrait venir de la radicalité du propos qui conduit le lecteur à conclure que les juristes n'ont, comme tels, aucun titre à parler de l'arrêt Perruche. [...] Le soupçon vient alors que ce renvoi aux convictions personnelles de chacun est davantage un argument polémique qu'un signe d'humilité puisqu'il permet de réduire toute réflexion à une simple opinion. »

⁴⁷ Cf. D. Fenouillet, art. préc., p. 11 : « Il est assez courant, en droit des personnes et de la famille, d'accuser l'"autre" d'être croyant ou athée, intégriste ou tolérant, de reprocher d'être moralement "pour" ou "contre" telle ou telle solution..., ce qui jette un discrédit "automatique" sur l'adversaire, repoussé, sans autre forme de procès, dans tel ou tel camp, celui des juristes techniciens "purs" ou celui des juristes moralistes "impurs". La discussion universitaire ne gagne rien, malheureusement, à procéder à de tels amalgames. »

Il faut ajouter que la controverse s'est portée aussi sur la hiérarchie des sources du droit, le reproche étant fait par les uns à la Cour de cassation d'avoir fait œuvre de législateur alors que d'autres constataient plus exactement qu'elle n'avait fait qu'appliquer les principes du droit de la responsabilité. La controverse sur ce terrain devait également se bloquer dans la mesure où la critique doctrinale de l'arrêt pour des raisons de fond et de droit mêlées fut interprétée comme portant atteinte au « crédit de la Cour de cassation ». Pourtant critiquer un arrêt n'est pas critiquer l'institution qui l'a rendu.⁴⁸ A vrai dire la discussion, si elle avait été plus sereine, portait sur les limites du positivisme comme idéologie de la neutralité politique ou éthique du droit.⁴⁹ Mal posée et jonchée de malentendus, la question ne pouvait faire l'objet de réponse pertinente ni le débat sur le positivisme être renouvelé. Le développement scientifique et technologique implique pourtant de renouveler le traitement traditionnel des rapports entre le droit et la morale, comme nous y invite un petit nombre d'auteurs⁵⁰.

L'analyse, à nos yeux la plus juste, de ce qui a très profondément divisé les juristes, à propos précisément de la fonction anthropologique du droit, a été faite par Gilles Lhuillier dans la revue *Esprit*⁵¹. Il montre, sérieusement et sans passion, les ressorts épistémologiques implicites d'une controverse dont la gravité n'est pas déniée et les mérites comme les risques d'une pensée juridique qui, sachant se départir de l'*imperium* de la rationalité positiviste et technique, retrouverait les moyens de conférer au droit, dans ses techniques mêmes, sa fonction institutionnelle et structurante des rapports entre les hommes. C'est dire que le cas, représenté par l'affaire Perruche, devait susciter une réflexion essentielle sur le Droit de portée

⁴⁸ M. Gobert, La Cour de cassation méritait-elle le pilori ?, *Petites Affiches*, 2000, n° 245, p. 4 s.

⁴⁹ Le Premier Président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet, considère en effet qu'« *en se concentrant sur le seul caractère effectif de la réparation du préjudice d'être né handicapé et en s'interdisant de porter un jugement moral en leur conscience sur l'affaire qu'ils ont eu à trancher, les juges de la Haute juridiction ont, paradoxalement, ouvert la voie à une « fuite en avant» moralisatrice orchestrée par la presse, qui a gommé les aspects juridiques de l'affaire.* », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, n° 1, p. 43.

⁵⁰ En ce sens les travaux d'Alain Supiot, *Homo Juridicus*, Seuil 2005, ou ceux de Muriel Fabre-Magnan, *op. cit.* et *La génétique, science humaine*, Belin, 2004 (en coll. avec Ph. Moullier).

⁵¹ Controverse : Les juristes sont-ils des clercs ? Sur la fonction anthropologique du droit, *Esprit*, novembre 2002, p. 183.

beaucoup plus générale. Peut-être est-ce là un de ses principaux mérites sur le terrain intellectuel du moins.

Pour revenir à l'espèce, il faudrait relever aussi les lacunes du débat d'une communauté trop fermée sur sa discipline. Peu de juristes ont analysé les faits, non des espèces elles-mêmes, mais le phénomène plus général dont ils participent, à savoir le développement des biotechnologies appliquées à la vie humaine dont la sanction juridique apparaît dans le droit de la responsabilité civile qui s'y adapte et s'y transforme. Peu de juristes ont imaginé d'autres motivations ou d'autres fondements juridiques à la responsabilité médicale que ceux puisés dans l'empêchement de l'interruption de la grossesse ou d'autres moyens d'aboutir à des indemnisations du handicap de naissance ainsi qu'à la sanction des fautes médicales sans passer par la supposition que l'enfant aurait pu ne pas naître, donc sans mettre en question, fût-ce symboliquement, l'existence de l'enfant⁵². Les cas difficiles demandent du temps et de la réflexion que la vivacité du débat et les blocages qui s'y sont manifestés ont contribué à paralyser.

⁵² On évoquera dans la synthèse de ce rapport les suggestions faites par le Doyen J. Carbonnier permettant à notre sens de sortir de l'impasse.

- II -

**L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE « PERRUCHE » SUR LES
TRIBUNAUX ET SUR LE LEGISLATEUR**

Si l'arrêt Perruche de la Cour de cassation a connu une résonance médiatique sans précédent, il ne pouvait pas ne pas avoir d'effet sur les pouvoirs publics et en premier lieu sur le législateur. L'intervention de ce dernier dans la loi du 4 mars 2002 visant sinon à briser du moins à neutraliser et à limiter les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation mais aussi ceux de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui n'était pourtant pas aussi discutée, rend en quelque sorte caduque non seulement la jurisprudence antérieure mais celle qui aurait pu se développer après les arrêts de l'Assemblée plénière. Le législateur a, dans une certaine urgence justifiée par la pression médicale, coupé court à la formation forcément plus lente d'un droit jurisprudentiel qui aurait peut-être permis de prendre plus de recul dans le traitement d'un problème aux enjeux multiples et contradictoires.

La jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2002 n'en conserve pas moins de l'intérêt, non seulement parce qu'elle révèle la division des juges sur des questions cruciales et représente la réalité non médiatique de la vie juridique. C'est en elle aussi que s'exprime dans la technique juridique les données du problème sur lequel le législateur a cru nécessaire d'intervenir aussi vite. Or pour une part ces données ne sont pas toutes écartées par la loi et elles conservent leur validité dans toutes les hypothèses où le législateur n'a rien modifié au droit commun tel qu'il était interprété par les tribunaux. De plus comme la conformité

de la loi à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) est discutée et qu'une éventuelle condamnation n'est pas à exclure notamment en ce qui concerne les dispositions de droit transitoire, le débat juridique peut renaître de ses cendres et conduire à réinterpréter le droit commun de la responsabilité dans sa mise en œuvre au cas de la naissance d'enfants handicapés à la suite d'une faute de diagnostic prénatal.

Il nous est apparu que la loi du 4 mars 2002 représentait un seuil entre deux états différents du droit positif et qu'en conséquence sa genèse d'une part et son application par les juridictions administratives et judiciaires d'autre part appelaient une attention plus soutenue. Certes on manque encore de recul sur la manière dont les tribunaux l'interprètent mais de la jurisprudence existante on peut déjà tirer des enseignements utiles sur les difficultés qu'ils rencontrent dans la mise en œuvre d'un texte par ailleurs critiqué devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Plan

Par suite ce rapport s'attache en premier lieu à présenter, sous la forme de tableaux, les décisions de justice étudiées qui ont été rendues entre 1982 et 2002 (à la date de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002) et à en résumer brièvement les données juridiques, sachant que jusqu'à l'arrêt Perruche rendu en Assemblée plénière, ces décisions n'avaient suscité de débat qu'au sein de la communauté des juristes. Ceci doit permettre de faire le point sur les principaux problèmes de droit sur lesquels les tribunaux durent statuer **(A)**.

On s'attachera dans un second temps à l'étude de la loi, de son élaboration et de son application par les juridictions administratives et judiciaires **(B)**, pour examiner enfin les questions posées par la conformité de la loi à la Constitution⁵³ et à la Convention européenne des droits de l'homme **(C)**.

⁵³ Celle-ci n'est discutée qu'en doctrine seulement faute de recours porté devant le Conseil constitutionnel

A. ETAT DE LA JURISPRUDENCE AVANT L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 4 MARS 2002 (ARTICLE 1)

Pour avoir une vue synthétique des décisions de justice, leur présentation sous forme de tableaux permet de dégager l'essentiel des affaires que les juridictions ont eu à connaître.

Ces décisions ont été obtenues pour la plupart grâce aux banques de données mais aussi grâce à leur publication dans des revues juridiques diverses.

Les deux tableaux ci-dessous ont trait aux décisions des juridictions de l'ordre judiciaire et à celles émanant des juridictions de l'ordre administratif **(a)**.

Cette présentation formelle sera suivie d'une brève explication des principales tendances de la jurisprudence sur une question qui divisa les tribunaux comme elle a divisé le corps social. Or le débat proprement juridique, qualifié de technique, constitue un aspect essentiel et souvent mal compris de l'opinion publique dans le traitement des questions politiques, sociales, économiques ou autres **(b)**.

a) Tableaux des décisions de justice

1. LE CONTENTIEUX DE LA NAISSANCE D'ENFANTS HANDICAPES DEVANT LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE (1989-2002)

**2. LE CONTENTIEUX DE LA NAISSANCE D'ENFANTS HANDICAPES DEVANT LES
JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF(1982-2002)**

b) COMMENTAIRE DES TABLEAUX

1. Sur la jurisprudence civile

Le contentieux de la jurisprudence des tribunaux judiciaires relatif à la naissance d'enfants handicapés est aussi abondant qu'ambigu. Après avoir posé, à la suite du Conseil d'Etat, que la naissance d'un enfant n'est pas par principe un préjudice réparable de nature à ouvrir à la mère, confrontée à l'échec de l'interruption volontaire de grossesse, une action contre le médecin, la Cour de cassation réservait une exception au cas où pourrait être prouvé « un dommage particulier ajouté aux charges normales de la maternité »⁵⁴. Par suite les juridictions du fond examinent précisément si un tel préjudice « anormal » existe, ce qui n'est pas admis si l'enfant naît normalement constitué⁵⁵. Il est clair qu'un simple raisonnement *a contrario* permet de penser que le handicap grave de l'enfant pourrait constituer l'exemple de « dommage particulier » qui s'ajoute aux charges normales de la maternité. Ces décisions concernent la faute commise dans la réalisation ou le suivi d'une interruption volontaire de grossesse. Les faits et les données juridiques diffèrent-ils lorsque la faute consiste en une erreur de diagnostic prénatal ?.

S'agissant de la naissance d'enfants handicapés à la suite d'une erreur fautive de diagnostic, la jurisprudence des juridictions du fond est nuancée mais sans opposition frontale jusqu'aux arrêts de la Cour de cassation du 26 mars 1996 (deux arrêts dont l'un dans l'affaire « Perruche »). Deux périodes doivent donc être distinguées, avant et après 1996.

⁵⁴ Civ. 1^o, 25 juin 1991, *J.C.P.* 1992, II, 21784, note Barbieri

⁵⁵ Il n'y a pas pour la mère de préjudice matériel car elle a la faculté d'abandonner l'enfant aux services sociaux, Riom, 6 juillet 1989, *D.* 1989, 282, note Le Tourneau, qui écarte également le préjudice moral du seul fait de la naissance d'un enfant non désiré).

Pendant la première période qui s'ouvre avec le jugement du TGI de Montpellier du 15 décembre 1989 ⁵⁶les tribunaux acceptent en général de réparer les préjudices personnels de la mère ou des deux parents (beaucoup plus exceptionnellement celui des frères ou sœurs), en se fondant sur la perte de chance de prendre une décision d'interruption de grossesse, ou de mettre au monde un enfant normal ; le recours à la notion de perte de chance traduit le plus souvent l'incertitude sur le lien de causalité ; il autorise cependant une indemnisation moins importante qu'en cas de causalité nettement établie. Ce préjudice est matériel⁵⁷ et/ou moral⁵⁸. L'action exercée au nom de l'enfant est en général déclarée non fondée, le plus souvent sur le fondement de l'absence de lien de causalité entre la faute médicale et le handicap de l'enfant⁵⁹, mais parfois aussi sur le fondement du caractère non réparable du dommage. Ces dernières décisions sont les plus nettes et vont conduire à la censure de la Cour de cassation⁶⁰

Les deux arrêts de la Cour de cassation du 26 mars 1996 (l'un dans l'affaire Perruche, l'autre dans une affaire concernant un diagnostic préconceptionnel erroné réalisé 5 ans avant qui n'a pas donné lieu à débat public) vont cristalliser les divergences de jurisprudence entre les cours d'appel et la Cour de cassation et conduire, par l'effet du renvoi après cassation, à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000.

Il n'est pas besoin de rappeler que la Cour de cassation affirme le bien fondé de l'action de l'enfant et qu'elle le fait en abandonnant, dès 1996, la référence à la perte de chance, en reconnaissant par conséquent un lien de causalité entre la faute

⁵⁶ *J.C.P.* 1990, II, 21556, note Gridel,

⁵⁷ TGI Montpellier, 15 décembre 1989, qui alloue une rente substantielle aux parents mais destinée à faire face aux frais à exposer pour l'enfant.

⁵⁸ Paris 17 février 1989, *D.* 1989, somm. 316 obs. Penneau, préjudice consistant dans « les souffrances provoquées par la vue quotidienne du handicap de l'enfant ».

⁵⁹ Paris 17 février 1989, *prec.*, 17 décembre 1993

⁶⁰ Bordeaux, 26 janvier 1995, *J.C.P.* 1995, IV, 1568 « le fait pour un être humain d'être titulaire de droits dès sa conception n'empêche pas le droit de naître ou de ne pas naître ; il est impossible de tirer les conséquences juridiques de la prétendue chance ou malchance constituée par la naissance ou la suppression de la vie » ; déjà TGI Montpellier, *prec.*

et le handicap fondé implicitement sur la théorie de l'équivalence des conditions, compte tenu de l'empêchement de la mère de prendre une décision éclairée d'interruption de grossesse.

2. Sur la jurisprudence administrative

La compétence du juge administratif en la matière est limitée à la responsabilité des seuls établissements publics de santé, à l'exclusion des personnes privées, même lorsque ces dernières assurent le service public hospitalier (art. L. 6112-2-2° du Code la santé publique) et malgré la nature administrative de celui-ci (CE, S., 23 février 1979 *Tolub*, Rec. p. 80), car elles ne disposent, à cet effet, d'aucune prérogative de puissance publique (TC 6 novembre 1978 *Bernardi*, Rec. p. 652). On comprend dès lors que le contentieux, limité à l'hôpital public, soit moins abondant dans l'ordre administratif que dans l'ordre judiciaire.

Il est possible de distinguer **trois tendances** ou mouvements qui traversent la présentation chronologique de la jurisprudence administrative à laquelle ce contentieux a donné lieu.

La reconnaissance des préjudices de vie et de naissance en cas d'enfant handicapé

Bien avant que la Cour de cassation n'en fût saisie (Civ. 1° 25 juin 1991), c'est au Conseil d'État qu'il revint le premier de se prononcer sur les actions en réparation du préjudice qu'entraînerait la naissance ou la vie d'un enfant. Dès le départ, sa position de principe (« *la naissance d'un enfant [non désiré] n'est pas génératrice d'un préjudice* »), prononcée en sa formation la plus solennelle (Assemblée du contentieux, 2 juillet 1982 ; n° 1) et rééditée quelque temps plus tard (CE 25 octobre 1985 ; n° 2), fait corps avec l'exception dont il est aussitôt assorti et sous laquelle se profile déjà le cas où l'enfant n'est plus désiré parce qu'il présente à la naissance un handicap qui n'avait pas été décelé pendant la grossesse.

C'est ainsi que, très vite, le Conseil d'État parachève sa première construction jurisprudentielle en admettant que l'enfant, dès lors qu'il naît handicapé, puisse être considéré comme un préjudice réparable, non seulement pour ses parents mais encore pour lui-même (CE 27 septembre 1989 ; n° 3). Cette interprétation s'impose à la condition d'examiner attentivement les données de fait et de droit qui figurent dans cet arrêt ; car s'il est exact que l'acte interruptif de grossesse a, du fait de son échec, laissé le fœtus dans un état pathologique que l'on peut imaginer, il a cependant été prescrit et exécuté conformément aux règles de l'art ; il n'a donc pu engager la responsabilité de l'hôpital pour les infirmités qu'il a directement infligées. Si la responsabilité est néanmoins engagée, c'est en raison d'une faute médicale intervenue ensuite, le défaut de vérification du résultat de l'opération, dont les conséquences ne sont pas le handicap mais la poursuite de la grossesse et, à son terme, la naissance d'un enfant très lourdement handicapé. Sauf à confondre, comme nombre de commentaires juridiques, le fait dommageable régulier (l'acte abortif) et le fait fautif (le défaut d'examen postopératoire) qui n'a pas endommagé le fœtus, ou bien à ignorer les règles de la causalité, les préjudices nécessairement réparés au terme de cet arrêt sont bien, pour la mère (agissant seule), la naissance d'un enfant handicapé, pour l'enfant, sa propre vie qu'il est contraint de souffrir en état de handicap. Cependant c'est globalement l'avortement mal effectué qui cause le handicap et engage la responsabilité médicale. Il reste que la distinction avec les cas qui nous occupent est sibylline.

Telle est dès lors la direction empruntée par les juges du fond, jusqu'aux derniers jours précédant l'arrêt *Quarez* rendu par le Conseil d'État le 14 février 1997 (TA Rouen 5 février 1997 ; n° 10), qui, pour s'imposer, a précisément dû casser la décision conforme de la Cour administrative d'appel de Lyon (21 novembre 1991, n° 6) qui avait très fidèlement accordé réparation à l'enfant comme à ses parents, au terme d'un raisonnement moins équivoque et, en la matière, plus classique, où l'absence fautive de diagnostic d'un handicap génétique avait empêché les époux de

demander un avortement (alors) dit thérapeutique et privé y compris leur enfant de son bénéfice.

Avant d'aborder ce second temps de la jurisprudence administrative, il est donc permis de conclure à l'existence d'une première période, au cours de laquelle s'observe encore le rapprochement de la Cour de cassation, et ce n'est probablement pas un hasard si elle se termine peu de temps après le premier arrêt *Perruche* rendu le 26 mars 1996. L'impact de cette décision sur la jurisprudence administrative est ici incontestable ; il n'est qu'à lire sur ce point les conclusions très explicites rendues par le commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Quarez* pour se convaincre que la position adoptée par le Conseil d'État est avant tout une réaction à l'arrêt *Perruche*, une prise de conscience de ses implications éthiques et juridiques, une volonté de rompre un appariement de plus en plus éclairant et embarrassant à mesure que se fait entendre, déjà, le grondement de la controverse et de la critique.

L'impact de l'arrêt *Perruche* et le reflux relatif de la jurisprudence administrative

Il n'est pas sans intérêt d'observer que l'arrêt *Quarez*, contrairement au précédent de 1989, est rendu en Section du contentieux, ce qui lui confère une certaine solennité, nécessaire aux revirements de jurisprudence, sans toutefois égaler celle de la décision fondatrice de 1982, rendue en Assemblée du contentieux.

Sur le fond, l'analyse confirme cette articulation formelle : l'arrêt *Quarez* vient se placer dans le cadre posé en 1982, sans le remettre en cause, tandis qu'il revient sur la solution adoptée en 1989 : l'indemnisation des parents est maintenue mais le recours de l'enfant est désormais débouté, au motif que son infirmité est inhérente à son patrimoine génétique et ne résulte pas de la faute médicale.

Il faut lire dans ce motif ce qui n'y est pas écrit mais prononcé implicitement : l'enfant ne peut pas non plus se plaindre de la vie handicapée dont la faute est, en revanche, bel et bien la cause. La rupture semble radicale, tant par rapport à l'arrêt *Karl* de 1989 qu'au regard de l'arrêt *Perruche* de 1996. En réalité, elle est moins

prononcée qu'il n'y paraît. Car la réparation autrefois due à l'enfant est tout simplement reversée à ses parents, au titre - prétendu - de leur seul préjudice. L'artifice n'échappe à personne dans la communauté juridique : le capital versé est représentatif d'une rente à vie, celle de l'enfant, due pendant toute sa durée, soit au-delà de l'éventuel prédécès de ses parents qui signerait, pourtant, la fin de tout préjudice les concernant. Le juge administratif procède à une sorte de novation de l'obligation de réparation par changement de créancier, non par changement d'objet : elle porte toujours sur le même préjudice, le fait d'avoir à assumer la charge de vivre en état de handicap. La nouvelle jurisprudence est donc, comme la précédente, porteuse des mêmes représentations juridiques et éthiques lorsqu'elle conçoit la vie, fût-elle handicapée, comme un préjudice réparable.

Elle ajoute même un surcroît de dérèglement du droit et de la justice, puisque la caisse de sécurité sociale ne peut plus obtenir du responsable (l'hôpital public) le remboursement des prestations versées à l'enfant dès lors que la somme allouée à celui-ci, sur laquelle elles s'imputaient auparavant, entre désormais dans le patrimoine des parents, sur lequel la caisse n'a plus aucun droit. Ces derniers, en plus de la réparation de leur préjudice propre, reçoivent des dommages intérêts destinés à l'enfant. Quant à leur préjudice propre, sa conception jurisprudentielle est encore davantage éclaircie. Car ce qui est dit au sujet du handicap vaut évidemment pour l'enfant aussi bien que pour ses parents ; dès lors qu'il est jugé sans lien de causalité avec la faute retenue, la réparation que les parents obtiennent s'attache alors nécessairement à un autre préjudice, la naissance elle-même de leur enfant handicapé.

Ce préjudice répond seul à l'exigence de la causalité, à condition encore de présumer qu'en l'absence de faute, la décision d'arrêter la grossesse aurait été prise, afin d'éviter cette naissance préjudiciable.

Le Conseil d'État confirme donc en 1997 que, dès 1982, il est fait exception au refus de principe opposé à ce que la doctrine a nommé la théorie de l'enfant-préjudice, lorsque cet enfant naît handicapé.

Les juges du fond prennent alors acte de cette réorientation de la jurisprudence, y compris dans les instances en cours : les parents reçoivent, en propre, et non plus en qualité d'administrateurs légaux de leur fille, l'indemnité allouée précédemment à celle-ci (TA Rouen, préc.) ; les droits de la CPAM sont, par voie de conséquence, purement et simplement annulés (CAA Nantes 8 juillet 1999 ; n° 15), sans contestation possible, même après la loi du 4 mars 2002 (CE 30 avril 2003).

L'avortement, y compris thérapeutique (pour raison « *médicale* » depuis la loi du 4 juillet 2001), est toujours présumé, de façon même irréfragable (CAA Nantes 8 juillet 1999, préc., et 19 octobre 2000, n° 17).

Au final, le juge administratif est paradoxalement parvenu à éviter le « scandale » de la jurisprudence *Perruche*, malgré la consécration beaucoup plus nette et certaine dans sa jurisprudence des préjudices de vie et de naissance. Le législateur ne s'en est d'ailleurs pas laissé conter, qui a condamné l'une et l'autre, par un seul et même texte.

Une nouvelle jurisprudence doit donc être reconstruite, dans les limites très strictes indiquées par la loi. Elle pourrait, dans ces conditions, reconsidérer favorablement certaines décisions des juridictions inférieures qui, dans le même temps, avaient résolu d'emprunter une autre voie que celle indiquée par le juge administratif suprême.

Mouvements de résistance des juridictions du fond

Certaines juridictions inférieures (CAA Nancy 30 septembre 1993, n° 7, et 30 avril 1997, n° 13 ; TA Strasbourg 21 avril 1994, n° 8) se sont attaquées au socle même de la jurisprudence du Conseil d'État, en préférant à son arrêt fondateur de 1982 une rédaction très largement empruntée à celui rendu par la Cour de cassation en 1991 et donné à tort comme équivalent. Si le principe, selon lequel la naissance n'est pas un préjudice, est commun, en revanche, l'exception est plus que nuancée : la naissance est insusceptible de devenir un préjudice, mais en certaines circonstances

il peut apparaître un autre préjudice, « *particulier* » et « *ajouté* » ou « *distinct* » des frais d'entretien et d'éducation, représentatifs de l'existence de l'enfant.

Plus encore, il faut faire mention à part d'un jugement remarqué et à divers égards remarquable du Tribunal administratif de Strasbourg (17 juillet 1990, n° 5). Alors même qu'il ne relève aucune faute, le tribunal prend un soin aussi méritant qu'il est inutile à se prononcer sur les préjudices réparables en la matière. Rejetant la solution pour le moins ambiguë de 1989, anticipant le revirement de 1997, il dénie toute responsabilité envers l'enfant né avec un handicap, dès lors que celui-ci est incurable et congénital, ce qui indique aussi, implicitement, que la vie handicapée n'est pas un préjudice réparable et que l'enfant ne peut invoquer le bénéfice d'un avortement. Seuls ses parents seraient fondés en principe, mais non en l'espèce, à faire valoir la perte d'une faculté, et non d'un droit (contraire au « *principe constitutionnel du respect de la vie de tout être humain, y compris avant la naissance* » !) à l'avortement, pour en demander la stricte compensation, et non celle de la naissance subséquente, quelle qu'elle soit. Ici, le jugement prend le contre-pied radical et courageux de la jurisprudence du Conseil d'État en précisant que la naissance d'un enfant « *même handicapé* » ne saurait être un préjudice réparable. Toute exception disparaît en réintégrant le corps du principe. Seul un préjudice moral d'impréparation psychologique pourrait en ce cas être invoqué par les parents.

Toutefois, en dépit d'une certaine audience de cette jurisprudence particulièrement attentive au droit, à sa logique et à son éthique (TA Toulouse 22 juin 1999, n° 14, qui en reprend manifestement les principes et les termes, après et malgré, c'est encore remarquable, l'arrêt *Quarez*; V. encore TA Nantes 20 décembre 2001, n° 18), le Tribunal administratif de Strasbourg en a rapidement prononcé l'abandon (TA Strasbourg 21 avril 1994, préc.) avec l'aval du juge d'appel (CAA Nancy 30 avril 1997, préc.), auprès duquel il n'avait pas trouvé un complet soutien (CAA Nancy 30 septembre 1993, préc.).

Elle pourrait cependant resurgir avec l'appui cette fois du législateur, dans la mesure où elle ouvre des perspectives intéressantes sur le préjudice des parents, qui serait encore indemnisable par voie de justice, en marge de la solidarité nationale, tel le préjudice moral d'impréparation psychologique à la naissance de leur enfant handicapé ou de perte d'une prérogative légale en matière d'avortement.

B. LA LOI DU 4 MARS 2002 ET LE CONTENTIEUX POSTERIEUR A SON ENTREE EN VIGUEUR

L'intervention du législateur, à l'occasion de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades, devait offrir à la controverse un épilogue attendu. Ambitionnant l'apaisement de la discussion, l'article 1^{er} de la loi, dispose que :

Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

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 de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

[Ces] dispositions [...] sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

On s'attachera à décrire dans un premier temps les circonstances qui ont présidé à **l'élaboration de la loi et aux** difficultés de rédaction qui reflètent et expliquent l'ambiguïté du texte finalement adopté **(a)**. La mise en œuvre qu'il rencontre déjà en pratique judiciaire, ce qui fera l'objet dans un second temps d'une analyse plus poussée **(b)**.

a) L'élaboration de l'article 1 de la loi du 4 mars 2002

L'analyse des débats parlementaires est très instructive pour comprendre l'objet du texte finalement adopté par le Parlement, tant sa rédaction est controversée, critiquée par la doctrine, et le sera certainement par les plaideurs.

Il convient de souligner que si la nécessité d'intervenir par la voie législative pour « mettre fin à la jurisprudence Perruche » a été évoquée très tôt au Parlement, le Gouvernement s'y est longtemps opposé.

Dès le 10 janvier 2001, lors de la discussion à l'Assemblée nationale sur le projet de loi de modernisation sociale, deux amendements visant à mettre fin à la jurisprudence « Perruche » ont été rejetés, le Gouvernement et la majorité s'y étant opposés.

M. Jean-François Mattei, notamment, a proposé un amendement pour des motifs qu'il a rappelés en ces termes devant les députés :

« Nous devons rassurer pour faire en sorte que notre société reconnaisse pleinement la primauté de la vie et l'égalité de toutes les vies. C'est pourquoi je vous propose d'écrire que « nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance » et que « lorsqu'un handicap est la conséquence directe d'une faute et non de la nature, il est ouvert droit à réparation dans les termes de l'article 1382 du présent code » -cela pour éviter toute ambiguïté ». « L'opinion attend que le législateur prenne ses responsabilités. Ce qui importe en l'espèce, c'est moins l'arrêt de la Cour de cassation lui-même que la perception qu'en ont nos concitoyens, leur interprétation. »

Le Ministre de l'emploi et de la solidarité, Mme Elisabeth Guigou s'est toutefois opposé à l'adoption de ce texte, considérant que :

« la Cour de cassation n'évoque en aucun cas un préjudice lié à la naissance. Le seul dommage que les magistrats entendent réparer est le handicap, leur seule argumentation est le lien entre la faute et le handicap. » Elle a ajouté : *« il n'empêche que cet arrêt et surtout les interprétations auxquelles il a donné lieu a fait naître de fortes craintes. Nous devons nous donner le temps de bien raisonner, d'examiner l'arrêt et ses interprétations. Il serait prématuré de légiférer aujourd'hui, même si je me réjouis de cette occasion qui nous a été donnée d'ouvrir le débat. Il faut recueillir l'avis des instances constituées pour éclairer les choix politiques. »*

Plusieurs amendements dont l'objet était identique ont ensuite été rejetés, lors des discussions des projets de lois relatifs à l'interruption volontaire de grossesse, et à l'action sociale et médico-sociale, les députés socialistes et le Gouvernement s'y opposant systématiquement.

MM. Jean-François Mattéi, Jean-Louis Debré et Philippe Douste-Blazy ont alors déposé, le 3 décembre 2001, une proposition de loi relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux dont l'article 1^{er} était ainsi rédigé :

« L'article 16 du code civil est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

" Nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance.

" Lorsqu'un handicap est la conséquence directe d'une faute, il est ouvert droit à réparation dans les termes de l'article 1382 du présent code." »

Lors de la discussion à l'Assemblée nationale de cette proposition de loi le 13 décembre 2001, le Gouvernement s'est une fois de plus opposé à l'adoption du texte proposé par M. Mattéi, mais a pris l'engagement de proposer son propre texte, éventuellement dans le cadre de la discussion du projet de loi sur le droit des malades.

Pour Mme Elisabeth Guigou, ministre de l'emploi et de la solidarité, le texte de M. Mattéi *« soulève plus de questions qu'il n'en résout. »* Elle a considéré qu'il *« n'interdit pas une indemnisation du préjudice lié au handicap telle que l'a décidée la Cour de cassation. Elle pourra continuer à statuer dans le même sens. »* De plus, *« en interdisant toute voie de recours à l'enfant tout en laissant subsister l'action de la famille, (elle) crée de nouveaux problèmes éthiques : n'est-ce pas reconnaître que la vie handicapée crée un préjudice à autrui, mais non à l'intéressé ? »*. Enfin, elle a considéré que la proposition de M. Mattéi *« ne résout strictement rien quant aux inquiétudes des professionnels et aux risques induits de comportements de précaution, puisque leur responsabilité continuera à pouvoir être engagée par les proches de l'enfant. Elle ne répond pas aux craintes de dérives et au risque de remise en cause du diagnostic prénatal »* et qu'elle *« pourrait empêcher des actions légitimes, comme celle de l'enfant né d'un viol, ou celle de l'enfant handicapé par suite d'une faute médicale avant sa naissance. »*

Toutefois, sous la pression des médecins ayant annoncé une grève des échographies dès le 1^{er} janvier 2002, un accord a finalement été trouvé rapidement début janvier pour que la « fin de l'arrêt Perruche » soit inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale par le Gouvernement, dès le 10 janvier 2002.

La Ministre de l'emploi et de la solidarité a justifié la position gouvernementale par les craintes soulevées par l'arrêt Perruche dans les familles de personnes handicapées comme chez les médecins. « Fondées ou non, ces craintes existaient et il fallait y répondre », a-t-elle indiqué.

C'est ainsi que le Gouvernement a proposé un amendement à la proposition de loi relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux dont l'objet est *« d'encadrer et de préciser les conditions de la responsabilité médicale, en liant responsabilité médicale pour faute et principe d'un droit à réparation des conséquences d'un handicap »*

Précisant que *« la Cour de cassation n'a jamais entendu consacrer, par ses différentes décisions, qu'une existence en tant que telle pouvait constituer un préjudice juridiquement réparable. Elle a pris le soin de dissocier handicap et naissance en indemnisant le préjudice consécutif à tous les troubles dans les conditions d'existence qu'entraîne le handicap et seulement lui »*, la Ministre de l'emploi et de la solidarité a toutefois reconnu qu'il était nécessaire d'affirmer que *« le seul fait de la naissance ne saurait, en soi, constituer un préjudice »*, car *« en permettant à l'enfant d'agir en réparation du préjudice consécutif à son handicap parce que la faute médicale commise pendant la grossesse de sa mère n'a pas permis à celle-ci de l'interrompre, on a laissé certains comprendre qu'il était possible de se plaindre du fait d'être né »*.

D'autre part, le texte du gouvernement visait à permettre l'indemnisation des parents d'un enfant handicapé dont le handicap n'avait pas été décelé à la suite d'une faute médicale, les parents ou les titulaires de l'autorité parentale pouvant demander une indemnisation liée à la charge particulière résultant du handicap de

l'enfant. « Dans la mesure où l'indemnité concerne la personne handicapée elle-même, elle lui est affectée et doit être protégée en tant que telle. Elle concerne uniquement ce qui est autre que la prise en charge du handicap, à un titre quelconque, par la solidarité nationale ou la sécurité sociale. Elle n'a donc pas pour finalité de se substituer à ces prestations et ne peut être l'objet d'une action en remboursement à l'encontre de l'auteur de la faute. Par ailleurs, dans la mesure où la prise en charge du handicap congénital relève de la solidarité nationale, il doit être impossible aux organismes sociaux d'exercer une action directe contre l'auteur de la faute, qui n'est pas à l'origine du handicap », a expliqué la Ministre.

Sur amendement de Mme Catala, les députés ont considéré que la faute permettant d'engager la responsabilité des médecins à l'égard des parents devaient être une « *faute lourde* », alors que la rédaction du Gouvernement visait la « *faute caractérisée* » (la ministre avait alors précisé que le sens de l'expression « *faute caractérisée* » conduit à la nécessité d'établir la faute, ce qui est du ressort du juge.)

L'article 1^{er} de la proposition de loi relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 10 janvier 2002, était donc ainsi rédigé :

« Nul, fût-il né handicapé, ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

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 d'une particulière gravité non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute lourde, les titulaires de l'autorité parentale peuvent demander une indemnité destinée à la personne handicapée, correspondant aux charges particulières découlant, tout au long de sa vie, de son handicap, déduction faite du montant

des allocations et prestations, de quelque nature qu'elles soient, dont cette personne bénéficie au titre de la solidarité nationale ou de sécurité sociale. Dans ce cas très précis, les organismes sociaux ne peuvent exercer de recours à l'encontre de l'auteur de la faute pour obtenir le remboursement des allocations et prestations versées.

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. »

La proposition de loi a ensuite été reprise dans le cadre de la discussion du projet de loi relatif aux droits des malades au Sénat.

Un désaccord s'est alors manifesté entre la Commission des lois et la Commission des affaires sociales, principalement en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice des parents.

La Commission des affaires sociales du Sénat a proposé en effet de limiter l'indemnisation du préjudice des parents à leur préjudice moral. « *Lorsque la responsabilité d'un médecin 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, rien ne justifiait de faire porter sur le médecin fautif l'indemnisation, tout au long de la vie de l'enfant, des charges résultant de ce handicap. Le médecin n'est pas à l'origine de ce handicap ; il n'a pas commis de faute vis-à-vis de l'enfant et sa responsabilité à l'égard des parents ne peut être engagée qu'à hauteur du préjudice moral que ceux-ci ont subi* » souligne le rapport n° 174 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, qui précise également qu'il revient « *à la solidarité nationale de prendre en charge l'ensemble des personnes handicapées, quelle que soit l'origine de leur handicap.* »

Au contraire, la Commission des lois du Sénat a approuvé les principes adoptés par l'Assemblée nationale, ajoutant que « *l'indemnité versée aux parents en cas de faute lourde d'un professionnel de santé n'ayant pas permis de déceler un handicap grave prendrait la forme d'une rente* ». Elle a également proposé que « *l'indemnité devrait être utilisée dans l'intérêt de l'enfant, qu'elle serait incessible et insaisissable et qu'en cas de prédécès des parents, elle ne serait transmise qu'à la personne handicapée. Elle a enfin souhaité que l'indemnité soit exonérée de droits de mutation* ».

Au cours de la discussion du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé en première lecture, le Sénat a finalement adopté le texte suivant :

I. - Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

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 de la vie de l'enfant, de ce handicap, dont la compensation est assumée par la solidarité nationale.

Les dispositions du présent paragraphe sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

II. - Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale.

(...)

La rédaction de l'alinéa 3 laissait planait des doutes sérieux sur la portée de la limitation de la réparation due aux parents. On pouvait d'abord se demander si la compensation assumée par la solidarité nationale s'appliquait au handicap ou plus vraisemblablement aux charges particulières en découlant. L'interprétation semblait conduire à la solution suivante : la réparation des charges particulières découlant du handicap est due par l'auteur de la faute, à l'exclusion de la part « assumée par la solidarité nationale » ; solution de compromis commandée par les divergences de positions.

Mais finalement, en Commission mixte paritaire, la possibilité pour les parents

d'obtenir une réparation des charges particulières découlant du handicap, fût-ce partiellement (après déduction des sommes versées au titre de la solidarité nationale), a été supprimée.

Le texte adopté en CMP dispose que :

I. - Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

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 de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale⁶¹.

Les dispositions du présent paragraphe sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

II. - Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale.

Il a été définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 12 février 2002, malgré l'existence de nombreuses critiques sur la transaction réalisée par la Commission mixte paritaire. En effet, l'alinéa 3 signifie désormais qu'en aucun cas les parents ne peuvent obtenir réparation des charges particulières dues au handicap de leur enfant au titre de la responsabilité médicale, et ce même si la solidarité nationale ne compense pas ou ne compense que partiellement ces charges. Il a suffi d'une ponctuation dans le texte (le point placé avant les mots « La compensation de ce dernier... ») pour changer substantiellement sa portée.

⁶¹ La ponctuation entre les deux phrases finales de cet alinéa montre bien que la loi exclut totalement la réparation par le droit de la responsabilité du préjudice matériel que le handicap de l'enfant représente pour les parents. Son imputation à la solidarité nationale est autonome et prendra la forme d'une compensation.

Par suite la réparation due aux parents se limite à leur préjudice moral. Cette question a soulevé beaucoup d'objections lors de sa discussion, mais le Gouvernement n'a pas souhaité revenir sur la rédaction de l'article adopté en CMP, fruit d'un équilibre difficile. Il n'a pas voulu prendre le risque de votes opposés à l'ensemble du projet de loi sur le droit des malades dans lequel l'article 1 s'est inséré. Au sein même de la CMP, l'accord n'était pas parfait, le risque d'inconstitutionnalité du texte ayant même été soulevé. Mais, comme l'a indiqué M. Evin, rapporteur de la CMP, *« la majorité de la CMP a souhaité restreindre le droit à réparation de ces parents. Malgré la suspicion de non-constitutionnalité qui pèse sur l'article 1er A du projet de loi, votre rapporteur et le président de la commission des affaires sociales de l'Assemblée ont estimé que l'importance des mesures contenues dans le texte de loi relatif aux droits des malades justifiait un accord de la CMP. »* Les mêmes objections et la même motivation ont été exprimées par le Ministre de la Santé, qui a souligné que *« si le Gouvernement regrette la position prise par la commission mixte paritaire, il ne souhaite pas pour autant remettre en cause le difficile équilibre qui a été trouvé. Il faut maintenant laisser le juge interpréter les textes - et ils sont largement interprétables - mais il faudra sans doute reposer plus globalement la question de la prise en charge des handicapés à l'occasion de l'indispensable révision de la loi de 1975. Une telle réflexion devrait conduire à une meilleure prise en charge des handicapés, à la hauteur des moyens dont dispose notre pays »*.

b) Les problèmes d'application et d'interprétation de la loi : état de la jurisprudence judiciaire et administrative

En dépit des intentions du législateur, l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 ne pouvait résorber toutes les difficultés rencontrées dans le contentieux relatif à la naissance d'enfants frappés de handicaps. Il importe en conséquence d'envisager les divers problèmes auxquels les juges du fond sont d'ores et déjà confrontés⁶².

⁶² Sur ces questions, v. également le riche article d'A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », *Droit administratif*, nov. 2004, études n° 20, pp. 20 et s.

Pour ce faire, nous envisagerons successivement les questions relatives à l'application de la loi dans le temps (1), celles concernant le domaine d'application de l'alinéa premier (2 et nous porterons une attention plus soutenue aux innovations que ce texte apporte au droit commun de la responsabilité pour faute (faute caractérisée » détermination et évaluation du dommage indemnisable (3).

L'analyse porte sur un ensemble de 39 décisions postérieures à la loi, rendues par les juridictions judiciaires (20 décisions) et administratives (19 décisions). Il s'agit principalement d'arrêts de Cours d'appel (24 décisions), les bases de données juridiques permettant rarement l'accès aux décisions rendues en première instance (7 décisions) et les décisions des juridictions suprêmes étant par définition plus rares (8 décisions). Un exposé détaillé de chaque décision aurait été aussi fastidieux que stérile. Certaines, ne soulevant aucun problème particulier, ne présentent guère d'intérêt pour la réflexion juridique. Le choix a donc été effectué de n'évoquer ces jugements et arrêts qu'en ce qu'ils illustrent les difficultés liées à l'application de la loi nouvelle et indiquent les solutions susceptibles d'émerger en jurisprudence.

Celles-ci témoignent d'une certaine gêne vis-à-vis d'un texte qui limite de manière importante le jeu de la responsabilité médicale au moment même où celle-ci se développe dans la pratique judiciaire ; les juges sont en quelque sorte pris à contre-pied du courant dominant. Mais ces difficultés ont le mérite de remettre au jour des questions fondamentales auxquelles on ne réfléchissait plus, ce qui devrait conduire à un réexamen des notions fondamentales du droit de la responsabilité dans un contexte éthique et technique où les tensions sont aiguës par les oppositions doctrinales d'une part et par la nécessité de ne pas laisser le développement des technologies de la procréation dans l'impunité.

1. L'application de la loi dans le temps

Les nouvelles dispositions ont vocation à régir les instances en cours. Une exception a été prévue concernant les instances « *où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* », pour lesquelles le droit jurisprudentiel antérieur (permettant, pour les juridictions judiciaires, l'indemnisation du préjudice de l'enfant, et, pour les deux ordres juridictionnels administratif et judiciaire, la réparation intégrale des préjudices des parents) continue de s'appliquer.

On notera, dans un premier temps, que cette exception n'évite pas les tourments infligés à certaines familles contraintes de restituer les sommes qu'elles avaient pu percevoir en application du droit antérieur. Les affaires révèlent l'importance des écarts entre les indemnisations avant et après la loi. La chute du montant des dommages-intérêts est dans certains cas vertigineuse⁶³.

L'affaire opposant les époux Maurice à l'Assistance publique –Hôpitaux de Paris (AP-HP) illustre le pathétique de cette situation. Dans un premier temps, par une ordonnance du 19 décembre 2001, le juge des référés du Tribunal administratif de Paris a condamné l'AP-HP, en application de l'article R 541-3 du Code de justice administrative⁶⁴, à verser aux époux une indemnité provisionnelle de 152 449 euros à valoir sur la réparation des préjudices résultant de l'erreur de diagnostic prénatal. Après la promulgation de la loi, la Cour administrative d'appel de Paris a réduit, dans un arrêt du 13

⁶³ A titre d'illustration, v. CAA Marseille, 19 févr. 2004, n° 99MA0A1790 : disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr. Appliquant la loi nouvelle, l'arrêt supprime la rente mensuelle de 5 000 F que le Tribunal administratif de Marseille avait allouée, le 30 juin 1999, aux parents en réparation de la charge matérielle que leur cause le handicap de l'enfant. Après la loi, ne reste aux parents que l'indemnisation de leur préjudice moral, c'est-à-dire 100 000 F chacun. Egaleme nt CAA Marseille 6 mai 2004, CAA Lyon 11 février 2003, in A. Ravelet, *op.cit.* note n° 61.

⁶⁴ « *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable* ».

juin 2002⁶⁵, la provision à 15 245 euros, avant que le Conseil d'Etat ne la ramène à 50 000 euros le 19 février 2003⁶⁶.

Dans un second temps, il convient de préciser rapidement ce que vise la référence aux « *instances où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ». Il y a là une difficulté d'interprétation qui pourrait susciter une divergence entre les deux ordres de juridictions. Dans un arrêt en date du 30 avril 2003, le Conseil d'Etat⁶⁷ a pu considérer qu'un arrêt de Cour administrative d'appel, « *rendu par une juridiction qui a statué en dernier ressort, présente, même s'il fait l'objet d'un pourvoi en cassation, le caractère d'une décision passée en force de chose jugée* », qui échappe de ce fait aux prévisions de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002⁶⁸. Pourtant, le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation estiment habituellement qu'une décision n'est irrévocable que lorsqu'elle ne peut plus faire l'objet d'un recours⁶⁹. En conséquence, un arrêt de Cour d'appel donnant lieu à un pourvoi en cassation n'est pas tenu pour une décision irrévocable. Concernant la loi du 4 mars 2002, le Conseil d'Etat paraît ainsi se livrer à une réécriture de la réserve législative en substituant aux « *instances où il a été irrévocablement statué sur le principe d'indemnisation* » une référence aux « *décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée* »⁷⁰. Ce remplacement permet avantageusement de préserver la loi de l'accusation de violation des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation suivra-t-elle le Conseil d'Etat ou fera-t-elle primer la lettre du texte ? Dans cette seconde hypothèse, la loi du 4 mars 2002 serait immédiatement applicable aux instances pendantes devant la Cour de cassation, et s'exposerait de ce fait au péril de sa

⁶⁵ CAA Paris, 13 juin 2002 : D. 2002, jur., pp. 2156 et s., note M.-Chr. de Montecler ; LPA 7 oct. 2002, pp. 10 et s., concl. J. de Saint-Guilhem.

⁶⁶ CE, 19 février 2003 : *AJDA*, 2003, pp. 854 et s., note M. Deguegue. On notera qu'en l'espèce l'AP-HP, renonçant à sa créance, n'a pas réclamé la restitution des sommes versées aux époux Maurice.

⁶⁷ Pour un commentaire de cet arrêt du Conseil d'Etat, v. A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc.

⁶⁸ De la sorte, le Conseil d'Etat doit apprécier l'arrêt de la Cour administrative d'appel à l'aune de la jurisprudence Quarez, pourtant vouée, à terme, à la disparition.

⁶⁹ Ainsi, une décision devient irrévocable par le rejet du pourvoi en cassation formé contre elle ou par l'absence de pourvoi en cassation formé dans le délai.

⁷⁰ V., de la même manière, l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002 rendu à propos de l'affaire Draon.

contrariété à la CEDH dans la mesure où la Cour européenne exige qu'une loi nouvelle respecte les décisions passées en force de chose jugée.

Enfin, évoquons rapidement le cas particulier des affaires pour lesquelles la Cour de cassation a jugé la cause en Assemblée plénière. En application de l'article L. 131-4 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire, « *la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci* ». En conséquence, comme cela a été décidé par la Cour d'appel de Paris le 5 novembre 2003, on doit considérer que dans ces affaires « *il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation [...] et qu'aux termes même de son alinéa 4, l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 est inapplicable* »⁷¹.

2) Domaine d'application de la loi

Le problème éphémère de l'application de la loi dans le temps ayant été envisagé, il faut à présent s'intéresser à l'embarras certainement plus durable suscité par l'interprétation de la nouvelle loi.

La loi proclame que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ». Cette formule n'exclut pas expressément le préjudice de naissance *handicapée*, dont l'indemnisation était prônée par la Cour de cassation⁷². Toutefois, le doute ne saurait subsister si l'on prend en compte l'intention affichée du législateur de condamner la jurisprudence de l'Assemblée plénière. En ce sens, Monsieur Ravelet soutient que « *l'interprétation de la loi Perruche diffère radicalement si l'on tient compte de l'intention du législateur, telle qu'elle résulte exactement des travaux préparatoires.* »⁷³ On est en effet indéniablement ici dans l'hypothèse d'une « *jurisprudence combattue par la loi* »⁷⁴. L'imperfection grevant la proclamation du législateur résulte de la difficulté qu'il y a

⁷¹ CA Paris, 5 nov. 2003 : *Resp. civ. et ass.*, 2004, comm. n° 15, note Chr. Radé. V., dans le même sens, CA Paris, 11 déc. 2002 : *Resp. civ. et ass.*, 2003, comm. n° 140, note Chr. Radé ; CA Paris, 29 mars 2002 : *G.P.* 2002, 4, jur., p. 1030, note J.-G. M.

⁷² Rapprocher, notamment, G. Mémeteau, « L'utilité du droit médical », *RRJ* 2004, p. 2132 qui s'interroge : « Aurait-on écrit une fausse excommunication de la jurisprudence de vie dommageable en disant vouloir l'écarter ? »

⁷³ A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc., p. 24, n° 17.

⁷⁴ Cf. Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, pp. 603 et s..

à contrer une décision dont certains ont dit que la « *rédaction est toute en trompe l'œil* »⁷⁵. Même en admettant que « *l'interprétation est la forme intellectuelle de la résistance* »⁷⁶, on imagine mal une complète mise à l'écart du dispositif légal qui prétexterait de ce que le préjudice de l'enfant tient au handicap et non à la naissance⁷⁷. Ainsi que l'écrivait le Professeur Philippe Malaurie, « *à coup sûr, la pire des politiques serait la politique du pire, où pour démontrer la malfaisance de la loi, les juges en feraient une application absurde : les justiciables en feraient les frais, sans que pour autant le Parlement réagisse dans le sens escompté* »⁷⁸. Jusqu'à présent, les juridictions semblent considérer qu'il leur appartient de pallier les faiblesses rédactionnelles du texte qu'ils doivent appliquer et non de s'y engouffrer pour déjouer la volonté du législateur. Il n'empêche que l'on ne peut pas écarter une interprétation s'en tenant à la lettre d'un texte qui ne vise pas le handicap ne serait-ce que pour échapper au risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (cf. *infra*) ou d'interprétation de la conventionalité du texte par les juridictions nationales. Toujours est-il que le texte n'écarter pas la réparation du handicap de l'enfant en présence d'un rapport de causalité matérielle avec la faute, ce qui limite évidemment la portée d'un texte excluant à première vue l'action de l'enfant.

L'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 autorise en effet l'action de la personne handicapée contre le médecin « *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* ». Selon le Professeur Yvonne Lambert-Faivre, « *cet alinéa est capital. Il prend en compte l'élément fondamental de l'imputabilité du handicap à la faute médicale, que l'arrêt Perruche avait*

⁷⁵ Selon la formule de P. Murat, « L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme », *Droit de la famille*, janv. 2001, comm. n° 11, p. 29 : « La rédaction de l'arrêt passe sous silence les difficultés : à première vue, il n'y a rien que de classique dans l'énoncé de ce que l'enfant handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues. Mais cette rédaction est toute en trompe l'œil : elle paraît ne rien céder aux exigences habituelles, alors qu'elle altère le lien de causalité ou triche avec la nature véritable du préjudice. »

⁷⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, 24^e éd., 1996, n° 158, p. 264.

⁷⁷ V., en ce sens, A. Sériaux, note sous CAA Paris, 24 juin 2003: *D.* 2004, p. 985 ; Y. Lambert-Faivre, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. 1 – La solidarité envers les personnes handicapées », *D.* 2002, chron., p. 1218 : « Le contexte éthique du vote de la loi et les travaux préparatoires révèlent bien la volonté de mettre fin à la jurisprudence de l'arrêt *Perruche* sur ce point. »

⁷⁸ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », art. préc., p. 604. L'auteur précise que les « *tribunaux sont des redresseurs de torts, et non des lois, parce que la mission de faire des lois est politique et relève d'un autre pouvoir.* »

occulté, mais qui était illustré par d'autres affaires. »⁷⁹ De la sorte, la loi paraît affirmer un retour aux règles classiques de la responsabilité ne soulevant pas de problèmes particuliers.

La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 28 novembre 2003⁸⁰, a ainsi pu condamner un médecin à indemniser le préjudice causé à deux jumeaux nés handicapés. En l'espèce, les juges ont considéré que le gynécologue obstétricien n'avait pas exercé une surveillance médicale adaptée aux risques inhérents à une grossesse gémellaire. Il en résultait une perte de chance pour les enfants nés handicapés d'échapper à leur handicap ou à tout le moins d'en réduire la gravité :

*« sur la base d'une surveillance médicale reconnue comme indispensable, — qui aurait permis de contrôler la discordance de développement des deux enfants et ses conséquences, d'intervenir en tout cas plus tôt par le déclenchement d'un accouchement aux alentours de la trentième semaine, et d'éviter ainsi les effets d'une hypertension artérielle à l'origine des lésions cérébrales, selon les experts, et l'apparition d'un syndrome pré-éclampsique —, il convient de retenir que la perte de chance d'échapper soit à la constitution de lésions, soit à leur minimisation, en présence d'une grossesse par définition à risque, est en l'espèce de 70% »*⁸¹.

Dans cette situation, *« doivent seulement être prises en compte en la cause les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, applicable aux instances en cours, [...] la faute imputée au docteur [...] ne consistant pas en un défaut de diagnostic d'un handicap empêchant toute possibilité de recourir à une interruption de la grossesse »*⁸².

⁷⁹ Y. Lambert-Faivre, art. préc., p. 1219.

⁸⁰ CA Versailles, 28 nov. 2003 : jurisdata, n° 257094.

⁸¹ *Ibid.*. On notera que dans cette affaire les experts n'avaient *« pas retenu une faute médicale d'imprudence et de négligence à l'égard de la mère, ou des enfants, en l'état des données de la science à l'époque des faits, et ont conclu que les lésions existantes faisaient partie des risques inhérents aux grossesses monochoriales. »* La Cour d'appel de Versailles prend le soin de justifier la mise à l'écart de cette conclusion : *« il ressort tant de l'avis [des experts], en dépit de leurs conclusions qui apparaissent en retrait par rapport à leurs constatations, que de l'avis du docteur [sollicité par les appelants] que la preuve de l'existence du lien de causalité entre la faute du docteur [...] et le dommage est établie, même s'il n'existait que des chances d'éviter ou de minimiser les lésions cérébrales »*.

⁸² *Ibid.*.

Certains arrêts appliquent simplement le droit commun dans cette hypothèse, sans que soit évoquée la loi nouvelle⁸³. C'est le cas de plusieurs décisions de la Cour de cassation⁸⁴. Les juridictions du fond semblent considérer que le retour au droit commun profite tant à la famille qu'à l'enfant qui est pourtant le seul mentionné dans le texte.

Ainsi, le Tribunal administratif de Poitiers a jugé par deux fois, le 27 mars 2003 et le 15 mai 2003, que si « *une faute médicale au sens [de l'alinéa 2 est] de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier [...] à l'égard du jeune... cette même faute est, dans les conditions du droit commun de la responsabilité administrative, de nature à engager la responsabilité du même centre hospitalier vis à vis des parents et frères ainsi que des grands-parents* »⁸⁵. La Cour d'appel de Paris se prononce dans le même sens « *en considérant, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, que les parents de l'enfant seraient recevables à demander l'indemnisation de leur préjudice personnel consécutif au handicap de l'enfant, subi par ricochet* »⁸⁶.

Néanmoins, une difficulté d'interprétation surgit concernant les fautes antérieures à la conception de l'enfant. C'est ce qu'illustre l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, en date du 24 juin 2003⁸⁷ :

Il y est jugé qu'« *il résulte des dispositions [de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002] qu'elles s'appliquent à l'indemnisation des*

⁸³ Cf. CA Reims, 6 sept. 2004 : jurisdata, n° 256794 (condamnation de la sage femme ayant commis au cours de l'accouchement une succession de fautes qui ont conduit l'enfant à naître dans un état de handicap définitif).

⁸⁴ V., Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002 : *Bull. civ.*, I, n° 197 ; *RDSS* 2003, p. 279, chron., G. Mémeteau et M. Harichaux, n°10 (l'erreur de diagnostic et l'abstention thérapeutique qui en est résultée ont été à l'origine d'une perte de chance, pour l'enfant, de naître indemne de toutes lésions) ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2004 : *Bull. civ.*, I, n° 79 (absence de relation directe entre le handicap de l'enfant et la faute commise) ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 janv. 2005, jurisdata, n°26373 (pas de lien de causalité entre le défaut d'information imputable au médecin et le dommage invoqué).

⁸⁵ Cité par A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc., p. 21, note 15.

⁸⁶ CA Paris, 3 juillet 2003 : *GP* 2003, 6, jur., pp. 3811 et s., concl. I. Terrier-Mareuil.

⁸⁷ CAA Paris, 24 juin 2003 : *D.* 2004, p. 983, note A. Sériaux ; *JCP* 2004, II, 10041, note J. Saison ; *Resp. civ. et ass.*, 2004, comm. n° 18, note C. Guettier ; *AJDA* 2003, p. 2049, note S. Hennette-Vachez.

handicaps causés par les fautes médicales intervenues pendant la gestation de l'enfant qui en a été victime et qu'elles ne sont pas applicables aux fautes qui ont pour effet [...] de ne pas permettre aux parents concernés d'éviter la conception d'un enfant handicapé. »

Cette interprétation devait permettre, dans cette affaire, le contournement, des dispositions de l'alinéa 3 restreignant l'indemnisation des parents. Certes, l'argument, peine à convaincre : reposant sur une interprétation contestable des dispositions légales, cette restriction artificielle du champ d'application de la loi paraît faire peu de cas de la volonté du législateur. Une telle résistance semble d'ailleurs isolée parmi les juges du fond. Toutefois, on pourrait penser que la lecture ainsi réalisée serait plus pertinente pour ce qui concerne l'alinéa 2 relatif à l'indemnisation de l'enfant lui-même. Lorsque les fautes commises précèdent la conception⁸⁸, ne peut-on pas soutenir, avec le Professeur Yvonne Lambert-Faivre, que « *la causalité juridique d'une faute médicale antérieure à la création du handicap peut être reconnue* »⁸⁹ ? Certains objecteront que c'est dans la conception de l'enfant et non dans la faute médicale que le handicap trouve véritablement son origine⁹⁰. Reste que la conception découle de la faute médicale... Peut-être n'est-ce pas tant le lien de causalité qui fait ici problème que l'exigence d'un préjudice réparable ? Par hypothèse, l'alternative était, pour l'enfant, de naître handicapé ou de ne pas être conçu. La reconnaissance d'un préjudice impliquerait donc que l'inexistence serait préférable à la vie avec un handicap. Les deux branches de l'alternative paraissant incommensurables, des discussions sur la valeur supérieure de la vie ou la préférence pour l'inexistence ne seraient guère probantes. Si aucune preuve de l'existence du préjudice n'était rapportée, le juge, confronté à l'indécidable, pourrait rejeter la demande d'indemnisation, le risque de la preuve pesant sur le demandeur.

⁸⁸ C'est l'hypothèse d'un examen antéconceptionnel erroné.

⁸⁹ Y. Lambert-Faivre, art. préc., p. 1219.

⁹⁰ C'est la position que semble adopter A. Sériaux, note sous CAA Paris, 24 juin 2003: *D.* 2004, p. 986 : « le handicap et ses conséquences trouvent leur origine dans la conception de l'enfant, non dans les fautes médicales aussi "*caractérisées*" soient-elles. »

L'alinéa 1 de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 va d'ailleurs en ce sens ; en disposant que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* » le législateur semble bien avoir voulu paralyser l'action de l'enfant né handicapé, que la faute médicale soit à l'origine de la conception ou qu'elle lui soit postérieure. On ne peut cependant écarter l'éventualité de décisions qui retiendraient une application restrictive de la loi en raison de son caractère dérogatoire au droit commun, notamment lorsque l'action tend à la réparation du préjudice des parents.

3) Difficultés suscitées par la notion de « faute caractérisée » et par l'exclusion du préjudice matériel des parents.

A la lecture des décisions émanant des juges du fond, il transparaît d'ores et déjà que l'alinéa 3 est celui qui suscite d'ores et déjà le plus de difficultés⁹¹. Notons d'emblée que, si le législateur a estimé nécessaire de proclamer que « *toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale* », cela ne génère à strictement parler aucune obligation à la charge de l'Etat ou des organismes sociaux⁹². On rappellera pour mémoire que l'article L 114-1 du Code de l'action sociale et des familles disposait déjà, selon la rédaction issue de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, que « *la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie, et à la garantie d'un minimum de ressources lui permettant de couvrir la totalité des besoins essentiels de la vie courante.* » Pour autant, aucun fonds particulier d'indemnisation n'a été créé. Tout au plus pourra-t-on ici regretter la relative insuffisance des réponses apportées par les pouvoirs publics, dont on devine que les intentions peuvent rester durablement contrariées par les contraintes

⁹¹ Dans le même sens, v. A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc., p. 21, n° 5, qui considère que la jurisprudence Conseil d'Etat « est attendue sur la principale interrogation qui demeure dans le texte, circonscrite au troisième alinéa de l'article premier : le préjudice personnel que pourront encore invoquer *les parents* d'un enfant né avec un handicap *non décelé* pendant la grossesse, en marge de la solidarité nationale prévue en compensation de cette déficience. Le reste des dispositions ne suscite pas en effet les mêmes hésitations en dépit d'imperfections rédactionnelles comparables. »

⁹² *Contra* Ph. Malaurie, « L'handicap de l'enfant : un droit désemparé. A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002 », *JCP* 2003, I, 110, pp. 286 et 287 : « il y a dans ses dispositions, un engagement précis, obligeant directement l'Etat. Les parents d'un enfant handicapé doivent pouvoir agir contre l'Etat sans avoir à faire référence à une loi nouvelle ».

budgétaires⁹³. Certes la loi du 11 février 2005 qui abroge l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 pour l'intégrer aux articles L.114-1 et L.114-5 du Code de l'aide sociale et des familles tient la promesse faite en 2002 en instituant le droit à compensation du handicap. Toutefois, les limites de la solidarité nationale, qui peut ne pas être à la mesure des besoins liés aux handicaps, entretiennent l'intérêt du droit de la responsabilité civile, dont les limitations sont alors durement ressenties.

Les problèmes les plus délicats résultent des dispositions relatives à l'indemnisation des parents. Sans doute ceux-ci peuvent-ils obtenir réparation de leur préjudice lorsque l'enfant est né avec un handicap non décelé à la suite d'une faute qui doit désormais être « caractérisée », Mais surtout *le préjudice « ne saurait [inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap] »*.

Les doutes naissent du recours à la notion de « faute caractérisée »⁹⁴.

En première lecture, l'Assemblée nationale avait retenu, sur proposition du gouvernement, une référence à la faute lourde. Le Sénat y a substitué l'exigence d'une faute caractérisée. Ce faisant le législateur a employé un terme auquel il avait eu recours dans la loi du 10 juillet 2000 sur les délits non intentionnels, qui visait pareillement à restreindre une responsabilité jugée excessive⁹⁵. Toutefois, on doit admettre que ce rapprochement n'est guère éclairant.

Deux interprétations peuvent être suggérées⁹⁶. Selon la première, le législateur a souhaité se référer à une faute qualifiée. Ne se contentant pas d'une faute simple, le législateur exigerait la démonstration d'une faute qui pourrait alors être une faute intentionnelle, une faute lourde⁹⁷, une faute grave ou encore une faute inexcusable.

⁹³ Sur ce point, V. les développements consacrés à la loi du 11 février 2005.

⁹⁴ De nombreux commentateurs se sont essayés à gloser sur le sens à attribuer à l'expression. V., notamment, P. Jourdain, « La fin de la jurisprudence Perruche », in *Le nouveau droit des malades. Droits des malades et indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques. Loi du 4 mars 2002*, Litec, 2002, pp. 30 et s..

⁹⁵ Sur ce point, v. Fr. Desportes et Fr. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 8^e éd., 2001, pp. 442 et s., n^{os} 498-2 et s.. Ces auteurs considèrent le législateur avait alors utilisé une terminologie dépourvue de connotation juridique spécifique.

⁹⁶ Rapprocher M. Deguegue, note préc., pp. 856 et 857.

⁹⁷ M. Deguegue, note préc., expose une interprétation qui « peut faire pencher pour la résurgence de la faute lourde en matière médicale, voire de la faute d'une particulière gravité ». Dans ce cas, la faute caractérisée sera « celle que le

Selon la seconde interprétation, le législateur n'aurait pas souhaité écarter la faute simple, mais plutôt les fautes dites « virtuelles »⁹⁸. L'idée serait alors de conjurer une tendance consistant à déduire l'existence d'une faute médicale de la naissance d'un enfant handicapé. Exiger une faute caractérisée reviendrait alors, non sans redondance, à exiger une faute prouvée⁹⁹. Le sens du mot « caractérisé » dans le langage courant va en ce sens dans la mesure où il évoque « ce qui est nettement marqué », « ce qui est bien déterminé, évident ».

Jusqu'à présent, les juridictions ne s'essaient guère à définir avec précision la notion de faute caractérisée, les plaideurs ne discutant pas spécifiquement ce point. Certes, on relève bien des décisions retenant¹⁰⁰ ou rejetant¹⁰¹ l'existence d'une faute caractérisée. Cependant, dans toutes ces hypothèses, le recours au concept classique de faute aurait eu des conséquences exactement identiques. Les rares tentatives d'explicitation demeurent relativement inabouties.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris se contente, au détour d'une phrase, de préciser : « *une faute caractérisée, c'est-à-dire dûment établie* »¹⁰². En définitive, l'éclairage le plus instructif sur cette

juge appréciera au fil des espèces, en se gardant bien de se lier les mains pour l'avenir. » Evoquant Romieu, le « père fondateur de la "faute caractérisée" », l'auteur avance l'hypothèse selon laquelle en l'absence de critère, on aurait plutôt des directives méthodologiques pour l'identification de la faute. Cette méthode aurait alors « pour fonction d'éviter les excès de l'engagement systématique de la responsabilité publique pour n'importe quelle faute ou erreur ». Une telle analyse, nourrie de multiples références à l'histoire de la jurisprudence administrative, pourrait susciter la crainte d'interprétations divergentes dans les deux ordres de juridiction, la Cour de cassation ne partageant pas ce passé.

⁹⁸ Lorsque la loi ne précise pas si la faute doit être prouvée ou si elle peut être simplement présumée, certains interprètes en déduisent que l'imprécision n'exclut pas les présomptions de fait que les tribunaux admettent parfois, car il ne s'agit que de présomptions de l'homme que le juge peut déduire des circonstances de fait de l'espèce.

⁹⁹ Rapprocher, M. Deguerge, note préc., qui envisage une « interprétation de la caractérisation de la faute [qui] la fait se rattacher à la preuve et la motivation explicite des juges du fond qui la retiendront. » L'arrêt faisant l'objet de son commentaire pourrait être rattaché à cette interprétation, le Conseil d'Etat cassant l'arrêt de la Cour d'appel pour une insuffisance de motivation. Selon cet auteur, « il apparaît [...] que la faute caractérisée se rapproche davantage d'une méthode d'identification et de preuve du fait générateur fautif du préjudice que de l'ancienne faute lourde. »

¹⁰⁰ Notamment, TGI Lorient, 17 déc. 2003 : inédit, qui évoque un « faisceau d'éléments dont la conjonction permet de retenir l'existence d'une faute caractérisée » ; CAA Marseille, 19 févr. 2004 : préc. ; CAA Marseille, 6 mai 2004, n° 01MA02655 : disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰¹ Notamment, CA Paris, 3 juillet 2003 : préc. ; CAA Nancy, 13 nov. 2003, n° 02NC01192 : disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr ; CA Paris, 27 nov. 2003 : jurisdata, n° 227818 ; CAA Nantes, 2 oct. 2003 : jurisdata, n° 240005 ; CAA Lyon, 20 avril 2004, n° 00LY00136 : disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr ; CAA Bordeaux, 14 sept. 2004, n° 00BX02813 : disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰² CA Paris 3 juillet 2003 : préc..

notion provient de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 9 février 2005, où il est décidé « *que la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de qualification juridique des faits en jugeant que le praticien avait commis une faute qui par son intensité et son évidence, doit être regardée comme caractérisée au sens des dispositions [...] de la loi du 4 mars 2002 en s'abstenant d'informer les parents que bien que les échographies n'aient fait apparaître aucune anomalie, leurs résultats étaient affectés de la marge d'erreur habituelle pour ce type d'examen, laquelle est importante pour ce qui est de l'observation de l'extrémité des membres du fœtus* »¹⁰³. En se référant simultanément à l'intensité et à l'évidence de la faute, le Conseil d'Etat paraît vouloir combiner les deux interprétations que nous avons précédemment esquissées de la notion de faute caractérisée.

Toutefois, on doit aujourd'hui se résigner à constater que le recul est encore insuffisant pour dégager de la jurisprudence des critères permettant de distinguer sûrement la faute caractérisée de la faute simple.

A terme, les juges pourraient être amenés à distinguer, avec l'aide des experts, entre les différents diagnostics en cause. L'appréciation de la faute varierait selon que le diagnostic est routinier ou au contraire difficilement maîtrisable. Cette seconde hypothèse concerne essentiellement les diagnostics qui ne peuvent être posés qu'en termes de probabilité. A leur sujet, la démonstration de l'existence d'une faute sera indéniablement plus délicate. Reste que la responsabilité des professionnels de santé pourra également être encourue pour n'avoir pas effectué de tests complémentaires ou pour défaut d'information quant au caractère aléatoire des

¹⁰³ CE 9 févr. 2005, n° 255990 : disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr (souligné par nous). Dans un arrêt en date du 19 janvier 2005, la Cour d'appel de Angers a esquissé une conception similaire de la faute caractérisée. Les juges angevins considèrent en effet que cette faute « *doit présenter une certaine évidence et gravité* » même s'il n'est pas nécessaire qu'elle soit inexcusable (CA Angers, 19 janv. 2005, n° 04/00208 : *Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies*, Bulletin 147, mars 2005, p. 6682, n° 57 et s.).

résultats fournis. On remarquera que, par ce biais, on pourra très souvent retenir une faute à l'encontre du praticien. En matière de diagnostic prénatal, on est le plus souvent loin de toute certitude. Or, la tendance du juge consiste à dire qu'en cas de doutes les examens doivent être poursuivis. D'un point de vue théorique, on peut en effet toujours imaginer qu'un test supplémentaire était réalisable, qui aurait peut-être permis de déceler ce handicap dont souffre désormais l'enfant. Le médecin n'est-il pas fautif pour n'avoir pas effectué ce test ? En pratique, on perçoit bien que cette tendance pourrait mener à une multiplication coûteuse d'examens d'utilité contestable¹⁰⁴. L'objectif du diagnostic prénatal n'est pas de traquer systématiquement le handicap pour l'éradiquer. Il y a un juste équilibre à trouver, au cours de la grossesse, s'agissant des investigations qu'il convient ou non de réaliser. En raison de l'illusion rétrospective, il est difficile de se replacer dans cette situation au moment de juger le comportement du médecin, parce qu'à ce moment on *sait* que l'enfant est handicapé. De même, il convient de se garder de condamner sans nuance le manque d'information sur les incertitudes liées à ce type de diagnostic. D'excessives précautions de la part du médecin pourraient finir par alarmer inutilement les parents dans des hypothèses où précisément l'examen prénatal n'a rien décelé d'inquiétant. Il y a une réalité qui ne suscite pas contentieux et qu'il faut considérer. Les mères qui ont donné naissance à un enfant sain sans avoir été informées exhaustivement des limites des examens anténataux ont certainement vécu, de ce fait, une grossesse plus paisible. Il appartient au médecin de faire preuve de tact et d'individualiser l'information qu'il fournit afin que la mère, qui arrive « avec un heureux événement », ne reparte pas systématiquement avec un « possible sujet à risque »¹⁰⁵.

¹⁰⁴ V., en ce sens, D. Moyse et N. Diederich, *L'impact de l'« arrêt Perruche » sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens*, Rapport de fin de contrat de recherche avec la mission de recherche Droit et Justice, 2004, p. 114. Ce rapport cite un gynécologue obstétricien qui affirme qu'« il y a inflation d'examens complémentaires. [...] Car devant le juge, on vous reprochera de ne pas avoir fait bénéficier la patiente de tout le plateau technique. » Les propos d'une sage-femme échographiste corroborent cette opinion : « On a tendance à ne plus agir suivant sa conscience et son savoir-faire, [...] mais en fonction de ce qui pourrait nous être reproché. [...] Il y a des examens inutiles. »

¹⁰⁵ Sur les difficultés soulevées par une information exhaustive à l'occasion du diagnostic anténatal, v. D. Moyse et N. Diederich, *L'impact de l'« arrêt Perruche »*..., rapport préc., pp. 73 et s..

La lecture de certaines décisions suscite ici la crainte d'une exigence excessive à l'égard des médecins¹⁰⁶. L'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse¹⁰⁷, en date du 22 avril 2002, illustre idéalement cet écueil. Dans cette affaire, où la loi nouvelle n'est pas mentionnée, la responsabilité du médecin n'a pas été retenue en raison de l'absence de lien causal¹⁰⁸. L'intérêt de l'arrêt réside dans la caractérisation de la faute :

Il est affirmé qu'« *une information complète aurait dû être délivrée à [la patiente] dès le début de la grossesse sur la possibilité de pratiquer une recherche de nature à écarter tout risque d'anomalie génétique.* »¹⁰⁹ Il pourrait être objecté, en premier lieu, que l'investigation en cause dans ce litige, à savoir l'amniocentèse, est habituellement pratiquée entre la 13^e et la 18^e semaine. Ainsi, on exige du médecin qu'il informe sa patiente de l'existence de cet examen bien avant qu'il soit réalisable. Certes, cela permet au juge de retenir la faute du médecin alors qu'en l'espèce sa patiente avait choisi de changer de praticien au commencement de la période d'investigation. Mais ce faisant, la décision paraît faire trop peu de cas du caractère profondément anxiogène de l'information que l'on impose au médecin de délivrer. Certains, soutenant que l'angoisse de la mère n'est pas de nature à favoriser le bon déroulement de la grossesse, le regretteront.

En second lieu, d'aucuns pourraient soulever que l'information que l'on reproche au médecin de ne pas avoir délivrée paraît, pour l'essentiel, inexacte. Un doute sérieux

¹⁰⁶ Une telle crainte transparaît clairement du discours de quelques médecins. D. Moyse et N. Diederich, *L'impact de l'« arrêt Perruche »...*, préc., pp. 50 et s., rapportent que certains d'entre eux affirment qu'« il y a des médecins qui font leur métier dans les règles de l'art et qui sont condamnés. »

¹⁰⁷ CA Toulouse, 22 avril 2002 : jurisdata, n° 180992.

¹⁰⁸ De ce fait, on ne saurait expliquer la conception de la faute développée dans cet arrêt par un souci d'indemnisation empreint d'équité.

¹⁰⁹ Souligné par nous.

existe quant à l'existence de « *la possibilité de pratiquer une recherche de nature à écarter tout risque d'anomalie génétique.* »

Cette décision révèle comment l'imaginaire relatif à la médecine anténatale pourrait faire croire que l'absence de détection du handicap de l'enfant *in utero* résulte nécessairement d'une faute.

Une fois la faute caractérisée établie, reste à déterminer le préjudice réparable souffert par les parents. La loi précise que « *ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap* ». On en déduit généralement que le préjudice indemnisable des parents se réduit à leur préjudice moral¹¹⁰. Sur ce point, l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 19 septembre 2002¹¹¹ présente un intérêt particulier.

Deux aspects de la décision sont remarquables :

Tout d'abord, les juges aixois prennent le soin de démontrer qu'en l'espèce, les parents « *dûment informés [...] auraient sans difficultés pu obtenir de deux médecins les avis prescrits par l'article L 2213-1 du Code de la Santé Publique* » pour une interruption médicale de grossesse. Cette affirmation est rendue nécessaire par la définition du préjudice moral des parents qui consisterait dans le fait d'avoir été privés du choix de poursuivre ou d'interrompre la grossesse¹¹². L'appréciation, pour le moins

¹¹⁰ Sur ce point, v. CA Angers, 19 janv. 2005 : préc.. La Cour considère que le préjudice moral constitue l'essentiel du dommage indemnisable des parents. On remarquera que les juges n'excluent pas dans leur décision de rattacher à ce préjudice la perte de chance de la mère d'obtenir un diplôme après la naissance de son enfant. En l'espèce, la réparation de ce chef de préjudice est écartée en raison d'une insuffisance d'éléments permettant d'établir la certitude du préjudice.

¹¹¹ CA Aix, 19 sept. 2002 : jurisdata, n° 192011.

¹¹² **On notera la pluralité de conceptions possibles du préjudice moral de parents** Il pourrait s'agir de la souffrance qu'ils endurent du fait de leur cohabitation avec leur enfant handicapé. L'indemnisation d'un tel préjudice suppose non seulement la démonstration que l'interruption de grossesse pour motif médical était possible mais aussi la preuve que la mère y aurait consenti. Il pourrait aussi s'agir du préjudice résultant de la frustration liée à l'impossibilité de réfléchir de manière éclairée au sujet de la poursuite de la grossesse. A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc., p. 23, n° 14, évoque l'hypothèse d'un préjudice qui « serait la privation de l'exercice d'une prérogative juridique », à savoir « la possibilité de recourir à une interruption volontaire pour motif thérapeutique ». Dans ce dernier cas, seule est nécessaire la démonstration du fait que l'avortement était possible *au regard du droit français*. Cette dernière précision résulte de l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé conditionnant le caractère réparable du préjudice (v., toutefois, TGI Evreux, 21 déc. 1979 : D. 1981, jur., p. 185, qui jugeait : « *par suite de la faute commise par le docteur Y..., la dlle G... s'est rendue à Londres où, dans les conditions prévues par la législation de Grande-Bretagne (avortement autorisé jusqu'au 6^e mois), elle a pu faire interrompre sa grossesse et apporter une solution à sa situation de détresse ; [...] cet avortement commis à Londres n'est pas punissable en France [...]* ; [...] les frais provoqués par cet acte médical constituent un des éléments du préjudice subi par la demoiselle G... »).

délicate après la naissance¹¹³, de la possibilité d'avorter deviendrait superflue dans l'hypothèse où l'on caractériserait le préjudice des parents comme étant l'absence de préparation à l'accueil d'un enfant handicapé¹¹⁴. « Indiscutablement, la naissance d'un enfant handicapé représente une épreuve traumatisante pour les parents et pour les autres membres de la famille. Ce choc psychologique est d'autant plus violent que la malformation présentée était inattendue. C'est précisément l'attente confiante et paisible d'un enfant "présumé normal", brutalement déçue, qui accentue la blessure morale des parents »¹¹⁵. Cette dernière définition permet l'indemnisation de parents qui ont été confrontés à une mauvaise exécution du contrat médical, sans qu'ils aient à affirmer qu'ils auraient opté pour l'interruption volontaire de grossesse. Elle permet également d'indemniser les parents dans le cas où la gravité du handicap n'est pas suffisante pour justifier l'interruption médicale de grossesse.

Ensuite, l'arrêt précise, pour rejeter la demande des parents visant l'indemnisation de leur préjudice professionnel, « qu'à aucun moment [ils] n'ont lié [ces] préjudices [...] à des conséquences personnelles psychiques liées au handicap de leur enfant; ils les

¹¹³ Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy, en date du 16 octobre 2003, fournit un exemple particulièrement pénible : « Considérant que Mme B et M. D demandent la réparation du préjudice moral subi du fait du défaut de diagnostic par les services du centre hospitalier de Remiremont de la cardiopathie que présentait l'enfant attendu par Mme B lors de l'échographie réalisée à la vingt-deuxième semaine de grossesse et de l'absence d'examen complémentaire pour identifier cette malformation qui les a empêchés de recourir, le cas échéant, à une interruption volontaire de grossesse ;

Considérant que si les premiers juges ont retenu la responsabilité du centre hospitalier de Remiremont du fait de l'absence d'un contrôle complémentaire lors de la grossesse de Mme B, éventuellement susceptible de déceler l'anomalie cardiaque dont l'enfant, décédé peu après sa naissance, était atteint, ils n'ont pas regardé le préjudice subi par les parents comme étant en relation directe avec la faute retenue, du fait de l'inéluctabilité de l'issue fatale due à une malformation gravissime de l'enfant ;

Considérant cependant que les parents arguent de l'existence d'un préjudice moral dès lors qu'ils n'ont pas eu le choix de recourir préalablement à une interruption volontaire de grossesse ;

Considérant qu'il n'est pas établi, dans les circonstances de l'espèce, au vu des pièces du dossier et notamment du rapport d'expertise, que les requérants auraient effectivement recouru, à quelques semaines du terme de la grossesse, à cette interruption; que, dès lors, le préjudice dont ils se prévalent a un caractère éventuel, non indemnisable » (disponible sur le site CERDACC : www.iutcolmar.uha.fr/cerdacc/).

¹¹⁴ A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc., p. 26, n° 26, mentionne divers éléments possibles du préjudice des parents : « l'impréparation à la naissance ou à la mort du nouveau né mal formé, ou encore le choc émotionnel qu'entraîne la découverte brutale de cette malformation non décelée pendant la grossesse ». Selon cet auteur, « ce type de préjudice est tout à fait admissible au regard de la loi ».

¹¹⁵ L. Finel, « La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales », RDSS 1997, p. 229. Dans le même sens, v. D. Moysse et N. Diederich, *L'impact de l'arrêt Perruche* », art. préc., p. 85. Le chef de service d'une maternité interrogée affirme que, « lorsque les parents doivent faire un travail destiné à accueillir l'enfant », « il y a un impact très positif du diagnostic prénatal bien qu'il n'ait jamais été très mesuré. Si on sait à quoi va ressembler l'enfant, si on sait ce qu'on va pouvoir faire pour lui, c'est beaucoup moins violent que si l'on ne sait pas. »

ont toujours reliés aux conséquences des suggestions spéciales imposées par l'état de leur enfant. Ainsi formulés, ces préjudices sont directement liés aux charges particulières découlant du handicap de l'enfant, et ainsi exclus, par l'article 1^{er} de la loi du 04. 03.02, du champ de l'indemnisation. »

L'arrêt fait donc une application de la loi sous couvert de la formulation de la demande parentale. Mais la tentation est forte de se livrer à une interprétation *a contrario*. La Cour laisse en effet entendre qu'autrement formulée la demande d'indemnisation du préjudice professionnel aurait pu prospérer. Si une telle interprétation devait prévaloir, il va de soi que le montant des indemnisations en cause deviendrait nettement plus important.

C'est ce que laisse penser un jugement du Tribunal administratif de Paris rendu le 25 novembre 2003¹¹⁶. Dans cette affaire, le tribunal conclut que la faute caractérisée¹¹⁷ a privé les parents de la possibilité d'interrompre la grossesse et ouvre donc droit à réparation dans les conditions prévues à l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002. En ce qui concerne l'évaluation des préjudices subis, le tribunal prend en considération les troubles dans les conditions d'existence au titre des préjudices réparables :

« les sommes demandées au titre des soins, des frais d'éducation spécialisée ainsi que des frais de construction d'une nouvelle maison, d'acquisition d'un véhicule et d'un fauteuil roulant électrique sont relatives à des charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, et, par suite, ne peuvent engager la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris eu égard aux dispositions [...] de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 ». En revanche, il relève que les conjoints Maurice « subissent un préjudice moral et des troubles dans leurs conditions d'existence, notamment professionnels, d'une exceptionnelle gravité, eu égard à la modification profonde et durable de leur vie du fait de la naissance d'un second enfant lourdement

¹¹⁶ TA Paris, 25 nov. 2003 : inédit. Il s'agit d'une des multiples procédures engagées par les époux Maurice. Ce jugement nous a été aimablement communiqué par Monsieur Alain Ravelet.

¹¹⁷ Il s'agissait en l'occurrence d'une inversion des résultats de deux patientes.

handicapé »¹¹⁸. En conséquence le Tribunal a condamné l'AP-HP à verser aux conjoints Maurice, au titre de ces deux chefs de préjudice, la somme totale de 224 500 euros¹¹⁹ (220 000 euros en leur nom personnel¹²⁰ et 4 500 euros au nom de leur fille aînée)¹²¹.

De ce fait, on peut constater avec le gouvernement que, jusqu'à présent, « *l'interprétation de la notion de "seul préjudice" prévue par l'article 1^{er}, I, troisième alinéa de [la loi de 2002], n'a pas été établie : il reste à déterminer, de façon certaine, si ce préjudice englobe, outre le préjudice moral des parents, également l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par le handicap de leur enfant.* »¹²²

Un retour sur l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 19 septembre 2002 permet finalement de noter, de manière plus anecdotique, que l'on alloue à chacun des parents des dommages et intérêts identiques en réparation du préjudice moral (39 000 euros chacun). Bien que n'allant pas de soi, la pratique consistant à

¹¹⁸ Souligné par nous.

¹¹⁹ Le 19 janvier 2004, les époux Maurice ont interjeté appel de ce jugement. Il est vrai que leurs demandes étaient nettement plus considérables : « 2 900 000 F au titre de la construction d'une maison, de l'acquisition d'un véhicule et d'un fauteuil roulant ; 500 000 F au titre de leur préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence ; 10 000 000 F au titre de leur préjudice matériel ; 30 000 F au titre du préjudice moral subi par leur fille aînée ». L'appel est actuellement pendu devant la Cour administrative d'appel de Paris.

¹²⁰ A. Ravelet, « le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc., p. 20, n° 1, parle d'un « chiffre record pour un préjudice moral, [d'un] montant égal aux dommages-intérêts accordés par le passé pour tous les chefs de préjudice. »

¹²¹ Rapprocher TA Paris, 2 sept. 2003 : inédit (aimablement communiqué par Monsieur Alain Ravelet). Dans cette affaire, les époux Draon demandaient au Tribunal de condamner l'AP-HP à leur verser la somme totale de 91 469,40 euros au titre de leur préjudice moral ; 45 734,70 euros au titre des troubles dans les conditions d'existence et la somme de 2 088 827,70 euros au titre de leurs préjudices patrimoniaux. Après avoir rapidement établi la faute (« *il ressort du rapport de l'expert [...] que [l'anomalie cariotypique] était tout à fait décelable ; [...] par suite, [l'AP-HP] a commis une faute caractérisée ayant privé M. et Mme Draon de la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, ouvrant droit à réparation en application de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002* »), le Tribunal administratif rejette l'indemnisation des sommes correspondant aux charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant de son handicap, ainsi que la demande tendant à l'indemnisation de la perte de jouissance d'un bien immobilier (« *si M. et Mme Draon soutiennent qu'ils ne peuvent plus se rendre en vacances dans un bien acheté en Espagne, ils ne sont pas privés du droit d'user de ce bien* »). Néanmoins, le Tribunal considère que les époux Draon « *subissent un préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence notamment professionnels, très importants eu égard à la modification profonde et durable de leur vie du fait de la naissance d'un enfant gravement handicapé ; que ces deux chefs de préjudice doivent être évalués dans les circonstances de l'espèce à la somme de 180 000 euros* ». Ici encore, la prise en compte de préjudices professionnels et le montant alloué sont remarquables.

¹²² C'est ce que soutenait le gouvernement pour contester la recevabilité de l'action intentée par les époux Maurice devant la Cour européenne des droits de l'homme.

indemniser identiquement le père et la mère se retrouve constamment dans les arrêts¹²³. On aurait pu imaginer, sur une question liée à l'enfantement, que l'homme et la femme seraient envisagés différemment. Tel n'est pas le cas, ce qui présente un avantage certain pour la paix des familles.

En vérité, ce détail souligne les difficultés liées tant à la preuve qu'à l'appréciation du dommage moral. Celles-ci apparaissent sous un jour particulier dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 16 octobre 2003¹²⁴ :

On y lit avec étonnement que *« l'expert estime que l'intérêt psychologique à connaître à la naissance une malformation isolée d'un membre est délicat à apprécier, la connaissance prénatale de la malformation étant elle-même source de préjudice psychologique en raison de l'incertitude que représente l'attente d'un enfant mal formé »*¹²⁵. La Cour en conclut que *« les premiers juges ont exactement évalué ce chef de préjudice »*. Cette déduction surprend pour deux raisons. Premièrement, on peut légitimement se demander quelles compétences particulières l'expert apporte ici au juge relativement à la question traitée, à savoir l'évaluation du dommage moral. Secondement, l'expert se contente de souligner la complexité de l'évaluation en cause, ce qui n'autorise manifestement pas à conclure à la justesse de la décision arrêtée par les juges de première instance¹²⁶.

¹²³ V., notamment, TGI Lorient, 17 déc. 2003 : préc. (15 000 euros chacun) ; CAA Marseille, 19 fév. 2004 : préc. (15 244,90 euros chacun) ; CAA Marseille, 6 mai 2004 : préc. (5 000 euros chacun) ; CA Rennes, 2 juin 2004 : jurisdata, n° 251471 (3 000 euros chacun).

¹²⁴ CA Paris, 16 oct. 2003 : jurisdata, n° 235190.

¹²⁵ Rapprocher CA Rennes, 2 juin 2004 : préc. : *« l'expert rappelle que l'annonce d'une anomalie "mineure", c'est-à-dire ne justifiant pas une interruption volontaire de grossesse, n'est pas forcément bénéfique car elle entraîne, dans son expérience, une angoisse considérable chez les femmes enceintes qui peut durer trois à six mois et qui perturbe parfois gravement l'investissement psychologique de la mère à l'égard de son futur enfant »*.

¹²⁶ La Cour d'appel de Rennes (2 juin 2004 : préc.) a réagi tout autrement à une semblable expertise : *« Il est cependant établi que [les parents] se sont investis dans une "association d'étude et d'aide aux enfants amputés" qui aide notamment de futurs parents d'enfants handicapés, ce qui démontre l'importance qu'ils attachent au soutien des parents à qui l'on a annoncé le handicap de leur enfant ; [...] il existe des équipes médicales et paramédicales spécialisées dans l'aide à ces couples qui leur permettent de faire face au choc émotionnel et de préparer la naissance dans les meilleures conditions ; [...] un diagnostic précoce, qu'il constitue nécessairement un traumatisme et est générateur d'angoisse, est moins violent que la découverte du handicap au moment de la naissance dès lors qu'il permet aux parents de se préparer psychologiquement voire matériellement et de préparer [leurs] proches »*.

A vrai dire, on pourrait ici renouveler l'essentiel des critiques communément adressées à l'indemnisation du préjudice moral.

Durant la lecture de l'ensemble des arrêts des juges du fond, on ne parvient pas à se défaire d'une impression d'arbitraire.

Les montants alloués fluctuent considérablement selon les litiges sans que l'on parvienne à en deviner les raisons.

Le sentiment persiste d'une grande inégalité entre les justiciables.

De ce point de vue, on pourrait douter de l'opportunité du choix législatif consistant à restreindre l'indemnisation des parents au seul préjudice moral.

Certes, d'aucuns considèrent qu'à travers l'indemnisation du dommage moral, la responsabilité civile assume une fonction de peine privée de nature à apaiser les victimes. Il est vrai qu'il serait regrettable de laisser des fautes sans sanction et inopportun de se priver de cet aiguillon pour discipliner les pratiques. Toutefois, on rappellera que l'impossibilité complète dans laquelle se trouvent les parties de déterminer, avant toute intervention judiciaire, le montant approximatif de l'indemnité due n'est pas dénuée d'effets pervers. Du fait de cette incertitude, le responsable et son assureur seront en position de force par rapport à la victime. Celle-ci, désireuse d'éviter les aléas d'une longue et coûteuse procédure, consentira plus facilement à une transaction peu favorable.

On peut aussi se demander, avec A. Ravelet¹²⁷, si les juridictions administratives ne témoignent pas d'une réserve plus vive envers la loi que les juridictions judiciaires ce qui les inciterait à une interprétation plus restrictive dans le but de maintenir leur jurisprudence antérieure qui n'était pas contestée comme l'a été celle de la Cour de cassation.

¹²⁷ « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », art. préc., note n° 44.

C. LA MISE EN CAUSE DE LA CONSTITUTIONNALITE ET DE LA CONVENTIONNALITE DE L'ARTICLE 1 (LOI 4 MARS 2002)

Ce serait un euphémisme de dire que l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 a été accueilli avec scepticisme en doctrine¹²⁸. En vérité, de nombreux auteurs ont exprimé une franche hostilité à l'encontre de la loi nouvelle. Il a été avancé que « *l'intervention du législateur dans cette affaire péchait gravement au regard de l'articulation des sources du droit.* »¹²⁹ Sur un plan encore principalement doctrinal, la question de l'impact de l'arrêt Perruche déborde largement le droit de la responsabilité pour atteindre l'équilibre et la teneur des sources du droit. La vigueur des propos incite à envisager les raisons qui les étayaient. La loi se voit reprocher tantôt de ne pas être conforme à la Constitution, tantôt de violer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1) L'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 est-il conforme au bloc de constitutionnalité ?

A cette question au demeurant largement théorique après la promulgation du texte¹³⁰, le Professeur Muriel Fabre-Magnan apporte une réponse nettement négative : « *il ne relève pas de la compétence de la loi de nier de façon générale que, dans des affaires telles que l'affaire Perruche, l'enfant puisse être qualifié de victime, ou encore qu'il existe un lien de causalité entre la faute de diagnostic du médecin et le handicap de l'enfant. De telles appréciations et de telles qualifications relèvent fondamentalement, dans chaque cas particulier, de*

¹²⁸ On notera avec ironie qu'il y a là une vertu réconciliatrice inattendue de l'intervention du législateur. Les auteurs qui s'opposaient au sujet de l'arrêt Perruche communient désormais dans une même critique de la loi. V., par exemple, P. Jourdain, « Loi anti-Perruche : une loi démagogique », *D.* 2002, point de vue, pp. 891 et s. ; C. Labrusse-Riou, « La normalité d'un enfant à naître peut-elle être juridiquement protégée ? Selon quels critères apprécier le caractère eugénique des pratiques biomédicales de contrôle des naissances ? », *LPA* 2002, n° 243, pp. 45 et s., qui parle d'une « loi hâtive, mal rédigée et de fait injuste ».

¹²⁹ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », *Droits*, n° 35, 2002, p. 133. Notre propos se référera amplement à cet article du Professeur Muriel Fabre-Magnan qui a consacré des développements substantiels à la critique de l'œuvre législative.

¹³⁰ On remarquera néanmoins qu'il n'est pas vain de s'interroger au sujet de la constitutionnalité d'une loi après sa promulgation, dans la mesure où elle peut toujours être discutée à l'occasion de la révision du texte.

*la fonction de juger sur laquelle, en vertu du principe de séparation des pouvoirs constitutionnellement garanti, le législateur n'est pas autorisé à empiéter. Le législateur ne peut donc pas substituer sur ce point son appréciation à celle des juges. S'il avait été saisi, le Conseil constitutionnel aurait ainsi dû censurer un texte qui prive l'enfant handicapé de son droit d'accès à un tribunal. Si le Conseil constitutionnel avait été saisi..., ce que personne n'a cru bon de faire ! »*¹³¹

C'est d'abord une violation du principe de la séparation des pouvoirs, inscrit dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹³² qui est reprochée au législateur¹³³. Cela pourrait être discuté au regard de la conception traditionnelle des rapports entre loi et jurisprudence. Certes, l'indépendance des juridictions implique qu'il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence. Toutefois, comme le constate l'auteur, le législateur dispose de « manière générale » et non par référence à un litige particulier. De plus, il ne remet pas en cause les litiges où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. Le législateur ne se substitue pas au juge, mais modifie la loi que celui-ci est tenu d'appliquer. Ce que remet en cause la loi, c'est la prétention des solutions arrêtées par l'Assemblée plénière à faire jurisprudence. Or, cette faculté n'est pas habituellement contestée au législateur¹³⁴. On enseigne communément que, « *source*

¹³¹ *Ibid.*. En doctrine, l'inconstitutionnalité de la loi a également été invoquée par P. Jourdain, « Loi anti-Perruche : une loi démagogique », préc., p. 893 (*contra* Ph. Brun, « Le droit au présent et l'équité au futur », *resp. civ. et ass.* 2002, chron. 8, pp. 13 et s., spéc. p. 15). Les parlementaires Claude Evin et Pierre Fauchon, « Arrêt Perruche : au Conseil constitutionnel de trancher », *Le monde*, 16 février 2002, se sont semblablement interrogés au sujet de la conformité de la loi à la constitution.

¹³² « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution. »

¹³³ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 130 : « Cette loi pose [...] la question de l'ingérence du pouvoir législatif dans le pouvoir judiciaire. On peut [...] regretter que le législateur soit brutalement intervenu pour dicter aux juges judiciaires et administratifs les solutions qu'ils doivent prendre, et substituer ainsi son appréciation à la lente maturation propre aux décisions de justice et qui permet dans les cas difficiles comme celui posé par l'arrêt Perruche, de forger progressivement, dans une recherche casuistique, la solution la plus juste. »

¹³⁴ Cf. Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 : « la jurisprudence est souvent combattue par la loi, car elle en est tout à la fois le complément et le rival. » Dans un article récent, cet auteur écrit que « le législateur a, avec la loi *anti-Perruche*, brisé la jurisprudence *Perruche* : c'est en effet une donnée fondamentale de notre droit que le législateur a le pouvoir de combattre la jurisprudence, sauf celle de la CJCE et de la CEDH : telle est la conséquence de deux principes constitutionnels essentiels, la hiérarchie des pouvoirs, et le refus du gouvernement des juges. C'est le peuple qui fait la loi, non les juges » (Ph. Malaurie,

du droit, la jurisprudence reste toutefois subordonnée à la loi. [...] Le caractère subordonné de la jurisprudence nous semble venir de sa fragilité : toute jurisprudence reste à la merci d'une loi postérieure. [...] Même née, une jurisprudence n'en demeure pas moins perpétuellement sous la menace de l'épée de Damoclès du législateur. »¹³⁵ De même que la loi peut consacrer une innovation jurisprudentielle, elle peut la combattre¹³⁶. Le Professeur Philippe Malaurie a amplement décrit cette réalité : « *Souvent, la législation consacre et complète la jurisprudence. Mais cette collaboration, féconde et fréquente, ne doit pas dissimuler un autre phénomène, tout aussi répandu, celui d'un conflit où le législateur contredit la jurisprudence. [...] L'antagonisme du législateur et de la jurisprudence est un phénomène inévitable de la formation du droit.* »¹³⁷ Le Président de la chambre sociale de la Cour de cassation considère que cette dialectique nécessaire entre le juge et le législateur répond à un principe démocratique : « *Le juge est, et ne doit être, que le serviteur de la loi dont le législateur est le maître. Lorsque le législateur estime que l'interprétation faite par le juge d'une loi ne correspond pas à sa volonté, il est parfaitement légitime dans un Etat de droit qu'il intervienne pour exprimer, dans un but d'intérêt général, sa volonté, sous réserve bien évidemment de ne pas interférer dans des procès en cours et ne pas privilégier arbitrairement une partie aux dépens d'une autre.* »¹³⁸

En supposant que la séparation des pouvoirs soit effectivement en cause, il resterait encore à déterminer quelle institution est sortie de son lit. Le Président de la commission des lois du Sénat s'est en effet interrogé sur le point de savoir « *s'il incombait à la Cour de cassation de mettre en œuvre une politique sociale au bénéfice des handicapés* ». En ce sens, le Professeur Michèle Gobert considère qu'« *il faut prendre*

« L'handicap de l'enfant : un droit désemparé. A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002 », *JCP* 2003, I, 110, p. 286).

¹³⁵ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 3^e éd., 1999, pp. 126 et 127, n° 141.

¹³⁶ La cohérence voudrait d'ailleurs, dans une logique de séparation des pouvoirs, que l'on soit aussi critique à l'égard des consécutions de l'œuvre jurisprudentielle qu'à l'égard de ses remises en cause. Pourquoi ne pourrait-on voir une ingérence induite du législateur que dans cette dernière hypothèse ?

¹³⁷ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », préc., pp. 606 et 607. Dans ce texte de 1965, l'éminent auteur précisait que « la loi peut [...] énoncer qu'elle s'applique aux procès en cours ; elle tend alors à être aussi fulgurante que le serait un revirement de jurisprudence proprement dit, analogie qui n'a rien que de naturel, puisque, combattant la jurisprudence, elle en emprunte certains traits » (pp. 611 et 612). C'est particulièrement le cas pour les lois interprétatives qui sont applicables en cause de cassation.

¹³⁸ P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence" », *Droit social*, févr. 2005, p. 125.

conscience que ce que l'on appelle la jurisprudence prend de plus en plus l'allure d'un législateur bis, le rôle étant tenu par la Cour de cassation. »¹³⁹ Pareillement, le Professeur Frédéric Zénati évoque « l'apparition d'une forme hybride de source du droit, d'une jurisprudence matinée de législation : la jurisprudence législative »¹⁴⁰. Dans une telle perspective, l'évocation du principe de la séparation des pouvoirs pour contester au législateur le droit de revenir sur une jurisprudence naissante prend un tour singulier. Tandis que l'autorité judiciaire cumulerait, en fait, des fonctions de types juridictionnel et législatif, seul le Parlement se verrait reprocher une violation du principe de séparation des pouvoirs, ce qui permettrait de lui dénier la faculté de rectifier l'œuvre *quasi* législative de la jurisprudence. Un tel recours au principe auquel Montesquieu a attaché son nom est d'autant plus étonnant que le disciple de Locke ne tenait pas le pouvoir judiciaire pour l'égal des pouvoirs législatifs et exécutifs¹⁴¹ et affirmait fortement que « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi »¹⁴². Quoiqu'il en soit, le débat qu'alimentent d'autres cas, témoigne d'une évolution des esprits, sinon du droit positif, quant aux rapports des deux sources du droit dont la différenciation et la hiérarchie seraient d'une certaine manière transformées.

L'atteinte portée à la séparation des pouvoirs ne serait toutefois pas la seule source de contrariété de la loi avec la Constitution car il s'y ajouterait des motifs de fond. Selon le Professeur Muriel Fabre-Magnan, la jurisprudence du Conseil

¹³⁹ M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTDC* 1992, p. 489.

¹⁴⁰ Fr. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 82.

¹⁴¹ « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle. Il n'en reste que deux. » La Constitution de 1958 se limite d'ailleurs à la reconnaissance d'une autorité judiciaire, c'est-à-dire d'un service public, relevant du pouvoir exécutif, et disposant de garanties d'indépendance.

¹⁴² L'auteur de *L'esprit des lois* soutenait qui plus est que, « dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi ». Cette vision était amplement partagée parmi les philosophes des lumières. Ainsi, Rousseau considérait que « ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi » (cité par St. Prieur, « Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs », *APD* 1985, p. 117). Ce discours a inspiré des révolutionnaires tels que Le Chapelier, qui proclamait que « le Tribunal de cassation ne doit pas avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait le détruire ». Quant à Robespierre, il soutenait que « dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi » (cités par A. Tunc, « La Cour de cassation en crise », in *Jalons. Dits et écrits d'André Tunc*, Soc. de législation comparée, 1991, p. 368.)

constitutionnel implique qu'« est certainement inconstitutionnel le fait d'exclure toute indemnisation lorsqu'un dommage a été causé par une faute, au moins lorsque cette faute est grave »¹⁴³. L'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 « excluant [...] l'essentiel du préjudice des parents, à savoir "les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap", il ne reste plus place que pour la réparation d'un éventuel préjudice moral des parents. »¹⁴⁴ Or « celui-ci restera toujours sans aucune commune mesure avec les charges supplémentaires nécessaires à l'éducation d'un enfant handicapé. Le Conseil constitutionnel aurait donc pu dire que la seule réparation du préjudice moral est tellement faible par rapport à l'entier préjudice véritablement subi par les parents [...] qu'il y avait en réalité pratiquement exclusion de responsabilité vis-à-vis des parents, et donc inconstitutionnalité. »¹⁴⁵ La conformité à la Constitution des deux premiers aliéas du texte est également contestée : « le droit d'accès à un tribunal devrait [...] être reconnu comme un de nos principes fondateurs, et ce principe ne semble d'ailleurs pas être ignoré de notre droit constitutionnel¹⁴⁶. [...] Est [...] non seulement contraire à la jurisprudence européenne mais également inconstitutionnelle toute prohibition générale, pour une victime donnée, de faire valoir ses droits, ce que fait pourtant la loi considérée. »¹⁴⁷

Certes, le Conseil constitutionnel paraît avoir constitutionnalisé l'article 1382 du Code civil¹⁴⁸, sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration de 1789¹⁴⁹. La mise

¹⁴³ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », préc., p. 131. L'auteur fait ici référence à la décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, rendue par le Conseil constitutionnel à propos des lois Auroux, qui énonçait : « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ; [...] sans doute en certaines matières, le législateur a institué des régimes de réparation dérogeant partiellement à ce principe, notamment en adjoignant ou en substituant à la responsabilité de l'auteur du dommage la responsabilité ou la garantie d'une autre personne physique ou morale ; [...] cependant [...] le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes. » En conséquence, selon cet auteur, « le fait que chacun, et en particulier chaque professionnel, soit responsable de ses fautes, est un principe fondamental, et même à valeur constitutionnelle [...], de notre démocratie et de notre République » (p. 125).

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 132.

¹⁴⁶ L'auteur fait ici à nouveau référence à la décision relative aux lois Auroux où le Conseil constitutionnel jugeait indispensable « qu'aucune personne, physique ou morale, publique ou privée, française ou étrangère, victime d'un dommage matériel ou moral imputable à la faute civile d'une personne de droit privé ne se heurte à une prohibition générale d'agir en justice pour obtenir réparation de ce dommage » et que le législateur ne peut « même pour réaliser les objectifs qui sont les siens, dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs [...] à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques ».

¹⁴⁷ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », préc., p. 132.

¹⁴⁸ Cf. Déc. n° 99-419 DC, 9 nov. 1999 : JO 16 nov. 1999, pp. 16962 et s (décision relative à la loi sur le Pacte civil de solidarité). Le 70^e considérant énonce : « comme cela résulte des dispositions du dernier alinéa de l'article 515-7 du Code civil [...] le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuel subi,

en œuvre de cette donnée nouvelle dans le cas de l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 est néanmoins discutée par d'autres auteurs. Le Professeur Monique Bandrac rappelle à juste titre que le Conseil n'a, dans un premier temps, « *fait que tirer les conséquences du principe d'égalité entre responsables ou entre victimes à propos de préjudices dont il n'était pas dénié qu'ils fussent indemnifiables. Et c'est dans la même hypothèse que l'une de ses décisions a énoncé, plus récemment que "l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789". Il n'a jamais consacré aucun principe de réparation au profit de personne qui ne sont pas victimes... puisque le préjudice qu'elles évoquent est inexistant.* »¹⁵⁰ Si l'article 1382 du Code civil semble désormais appartenir au bloc de constitutionnalité, il n'est pas établi que le Conseil constitutionnel ait entendu constitutionnaliser le principe de réparation intégrale¹⁵¹ ou des théories telles que l'équivalence des conditions. On ne comprendrait d'ailleurs pas que chaque nouvelle interprétation créatrice de la jurisprudence en matière de faute, de dommage réparable ou de lien de causalité acquiert par ce biais valeur constitutionnelle. On peut par conséquent douter que le Conseil constitutionnel aurait décidé de constitutionnaliser la jurisprudence Perruche. La recevabilité d'une contestation de la constitutionnalité de la nouvelle loi supposerait que la loi prive l'enfant comme ses parents d'une créance incontestée. Or l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 prévoit explicitement l'indemnisation lorsqu'un dommage a été effectivement causé par la

notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture ; [...] dans ce dernier cas, l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre *l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » (l'italique est de nous). Auparavant, le Conseil constitutionnel se référait au principe d'égalité pour assurer la protection du droit à réparation des victimes d'actes fautifs (Cf. Déc. n° 82-144 DC, 22 oct. 1982 : *Rec.*, p. 61. V., également, S. Dion-Loye, « Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité », *LPA* 1992, n° 91, p. 11). Sur cette question, v. N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP* 2000, I, 210, p. 400, n° 4. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., 2002, pp. 664 et 665, n° 665, « déplorent une constitutionnalisation – donc une rigidification – du droit privé ». Plus généralement, v. Chr. Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. 1 n° 3, octobre 1990.

¹⁴⁹ « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

¹⁵⁰ M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », in *Justice et Droits fondamentaux. Etudes offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 14, n° 28.

¹⁵¹ *Contra* CA Paris, 11 déc. 2003 : préc., qui évoque « le principe à valeur constitutionnelle, que rien ne permet d'écarter, de la réparation intégrale du préjudice ».

faute médicale. On peut penser que seule une conception particulière du lien de causalité et du dommage réparable est remise en cause. Or cette conception ne s'impose pas à la lecture de l'article 1382 du Code civil. Elle exige l'adjonction de quantité de choix interprétatifs qui n'ont jamais été constitutionnalisés¹⁵². De la sorte, rien ne permet de deviner ce qu'aurait fait le Conseil. Les débats suscités par l'arrêt Perruche font douter que le raisonnement de la Cour de cassation s'impose avec la force de l'évidence, au point de priver le législateur de la possibilité de le remettre en question. En somme, on ne saurait avancer avec certitude que le Conseil constitutionnel aurait invalidé la loi s'il en avait été saisi, d'autant qu'il aurait fallu confronter la loi et la jurisprudence Perruche avec le principe de dignité et trancher un débat vif sur ce terrain. Enfin, on notera que l'argumentation implique de considérer que la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat n'auraient pas pu décider autrement dans ces affaires. Or, si la loi n'était pas intervenue, les juridictions suprêmes auraient très bien pu opérer un revirement, leurs positions respectives n'ayant jamais suscité une pleine approbation. Dans cette hypothèse, on peut raisonnablement penser que personne n'aurait contesté la constitutionnalité de leur décision¹⁵³.

En l'absence de données positives, les arguments au soutien d'une possible inconstitutionnalité signalent seulement, mais c'est déjà important, un certain déficit de légitimité de la loi dans l'opinion savante, lequel n'est que le symptôme d'une division plus générale dans le traitement d'une question impliquant des choix cruciaux.

¹⁵² Pour être injustement privé d'un droit, il faut d'abord en être titulaire. Pour que le Conseil constitutionnel puisse juger la loi nouvelle inconstitutionnelle, il aurait donc fallu qu'il s'approprie pleinement le raisonnement des juges administratifs ou judiciaires. Cela ne va pas de soi.

¹⁵³ D'ailleurs, personne à notre connaissance n'a prétendu que la position du Conseil d'Etat qui contestait le bien-fondé de l'action exercée au nom de l'enfant était inconstitutionnelle. De la même manière, n'est pas contestée la conformité à la Constitution de la jurisprudence de la Cour de cassation en vertu de laquelle le préposé jouit, malgré sa faute, d'une immunité dès lors qu'il est resté dans les limites de sa mission (Ass. Plén., 25 fév. 2000 : *Bull. civ.*, n° 2).

2 La loi violerait-elle la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ?

Les positions doctrinales en ce sens devraient être prochainement confirmées ou infirmées par la Cour européenne des Droits de l'homme, deux actions tendant à l'établissement d'une telle violation étant actuellement pendantes devant cette juridiction¹⁵⁴.

En doctrine¹⁵⁵, plusieurs arguments ont été avancés à cet égard. Le Professeur Muriel Fabre- Magnan s'appuie sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, « *ce qui suppose, pour chaque victime prise individuellement, le droit d'accès effectif à un tribunal (cf., not., l'arrêt Golder du 21 février 1975). Or la loi examinée prive (ou veut priver) l'enfant handicapé lui-même du droit de demander réparation de son préjudice et lui refuse donc tout droit d'agir. Au regard de ces principes, le texte voté est donc de nature à entraîner une possible condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme.* »¹⁵⁶

La compatibilité de la loi avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pose une question complexe d'articulation de la procédure et du fond, analysée par le Professeur Monique Bandrac¹⁵⁷. Selon cet auteur, « *le premier alinéa de l'article premier de la loi du 4 mars 2002 intéresse [...] le droit substantiel, l'existence de l'obligation de réparer, et non pas seulement l'action permettant de faire valoir une telle*

¹⁵⁴ Après que le Conseil d'Etat se soit prononcé, à l'occasion du litige qu'ils avaient initié, dans son avis du 6 décembre 2002, les époux Draon ont intenté une action devant la Cour de Strasbourg. Dans l'autre affaire, les requérants sont les époux Maurice qui exercent simultanément plusieurs recours devant les juridictions nationales. Ces deux affaires ont déjà donné lieu à des décisions favorables de la Cour strasbourgeoise concernant leur recevabilité (CEDH, 6 juil. 2004, *Draon c. France* et CEDH, 6 juil. 2004, *Maurice c. France*). La Cour attribue à l'avis du Conseil d'Etat une autorité telle qu'il condamnerait d'ores et déjà à l'échec les procédures engagées devant les juridictions françaises. La solution peut surprendre dans la mesure où l'avis ne lie pas plus les juridictions inférieures que le Conseil d'Etat lui-même.

¹⁵⁵ Cf. M.-E. Boursier, « La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi Perruche ? », *LPA* 2002, n° 108, pp. 4 et s. ; A. Debet, « La solidarité envers les personnes handicapées et la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 6 décembre 2002) », *Droit de la famille*, janv. 2003, chron. n° 2, pp. 8 et s..

¹⁵⁶ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », préc., p. 132.

¹⁵⁷ M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », préc., pp. 1 et s..

obligation. »¹⁵⁸ Il en va de même de la disposition de l'alinéa 3 qui établit qu'aucune réparation n'est due aux parents pour un préjudice économique qui consisterait dans les charges exceptionnelles associées au handicap¹⁵⁹. Si l'action est exclue, c'est donc **« parce qu'il n'existe, en droit objectif, aucune règle substantielle à faire valoir, aucun intérêt substantiel qu'il soit permis d'invoquer. »**¹⁶⁰ Qu'en est-il alors de la conformité de la loi à l'article 6 de la Convention ? Si cet article garantit bien l'exigence du droit d'action¹⁶¹, une précision s'impose dans la mesure où « *la liberté du législateur ne paraît être bridée que pour autant que le sujet apparaît, en droit objectif, comme bénéficiaire de l'effet d'une règle substantielle reconnue.* »¹⁶² En principe, l'article 6-1 n'a pas vocation à s'appliquer s'il n'existe pas d'avantage substantiel susceptible d'être invoqué en justice. Selon le Professeur Monique Bandrac, « *il est constant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les garanties de l'article 6-1, et en premier lieu l'accès au tribunal, ne s'appliquent que lorsque le droit, ou tout autre avantage*

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 6, n° 11. Selon cet auteur, « la disposition examinée énonce : “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.” Elle n'énonce pas “nul ne peut se prévaloir en justice”, elle ne dit pas non plus, comme elle aurait pu le faire “l'enfant n'a pas d'action en réparation d'un préjudice tenant à sa seule naissance”. Il s'agit donc, semble-t-il, d'une disposition substantielle signifiant que la naissance ne saurait, en droit, être considérée comme un préjudice pour celui qui est né » (p. 5, n° 11).

¹⁵⁹ Pour le Professeur Monique Bandrac, « *il ne s'agit pas d'une simple irrecevabilité de la demande* » : la loi écarte l'idée même de *réparation* pour lui préférer celle de *compensation*. L'auteur souligne qu'« *il est dit seulement que ce préjudice se trouve compensé par la prise en charge de tous les handicapés, et non pas seulement de ceux d'entre eux qui doivent la vie à une faute médicale. [...] Peut-être des allocations supplémentaires seront-elles versées par les caisses sociales aux parents de handicapés, mais, de toute évidence, ces allocations, pas plus que celles qui existent déjà, n'auront la nature de dommages intérêts. L'organisme débiteur n'apparaît, et n'apparaîtra, ni comme un responsable substitué, ni comme un garant de la solvabilité du responsable : il n'était pas dans l'intention du législateur de permettre un recours subrogatoire contre le médecin fautif, il s'agissait, tout au contraire, d'assurer l'irresponsabilité de ce dernier. Ainsi aucune réparation n'est due aux parents pour le préjudice économique consistant dans les charges exceptionnelles qu'entraîne un handicap lourd. La disposition de l'alinéa trois se révèle substantielle [...]. Si l'action des parents est inexistante à ce titre, c'est donc [...] parce que leur prétention est rendue juridiquement irrelevante. Leur préjudice, en tant que tel, est mis hors du droit, hors la loi* » (*ibid.*, pp. 7 et 8, n° 14).

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 8, n° 15.

¹⁶¹ Selon les cas on parle de droit d'accès aux tribunaux, de droit à un tribunal ou de droit à une solution juridictionnelle du litige. Encore faut-il préciser qu'il ne s'agit pas d'un principe absolu : « L'action pour la réparation d'un avantage substantiel reconnu par le droit, tel un droit à réparation, peut [...] être complètement déniée, mais ce refus, de même que les limitations que le droit d'action peut subir, est sous le contrôle de la Cour Européenne qui ne l'admet que s'il est proportionné à un but légitime » (*ibid.*, p. 12, n° 23). Dans la Convention européenne des droits de l'homme, il n'est guère, comme l'observait le Doyen Carbonnier, « de droit bien haut proclamé qui ne soit suivi, en contrebas, de maintes restrictions, politiquement réalistes, mais qui peuvent l'étouffer. » Toutefois, l'éminent auteur ajoutait : « depuis que l'invocation des droits de l'homme à l'européenne est devenue plus fréquente dans la pratique, on se fût attendu à voir invoquées à l'égal les exceptions qui les escortent. Or on n'observe rien de tel. On dirait que les défenseurs éprouvent quelque gêne à opposer à l'idéologie exubérante des droits individuels les contraintes de l'intérêt collectif » (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, pp. 53 et 54.)

¹⁶² M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », *préc.*, p. 10, n° 20.

substantiel prétendu, se trouve reconnu par l'ordre juridique dont le requérant se réclame. »¹⁶³

Différents arrêts précisent en effet que l'article 6 ne vaut qu'en cas de contestations relatives à des droits de caractère civil que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne. Par lui-même, cet article ne garantit pas un contenu matériel déterminé des droits et obligations de caractère civil dans l'ordre juridique des États contractants¹⁶⁴. Dans ce contexte, la contrariété de la loi nouvelle avec la Convention européenne des droits de l'homme se présente au mieux comme une question ouverte¹⁶⁵. Le Professeur Monique Bandrac considère en effet que, désormais, « *l'existence, en droit français, du droit à réparation de celui qui souffre d'être né par la faute d'autrui [...] ne peut être soutenue [...] "de manière défendable"* »¹⁶⁶, tandis que le Professeur Muriel Fabre-Magnan soutient que la loi remettrait en cause la qualité de sujet de droit des enfants gravement handicapés¹⁶⁷.

En jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ores et déjà statué, à l'occasion de l'affaire opposant les époux Maurice à la France, sur le point de savoir si la loi du 4 mars 2002 limite de façon disproportionnée le droit d'accès effectif au tribunal¹⁶⁸, examen mené en vue d'apprécier la recevabilité de la demande au fond.

Invoquant les articles 6 § 1 et 13 de la Convention, les requérants soutenaient « *que cette loi les prive du droit d'obtenir réparation intégrale du préjudice subi, compte tenu des*

¹⁶³ *Ibid.*, p. 13, n° 25.

¹⁶⁴ En ce sens, v. M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », préc., p. 14, n° 29. Une décision a ainsi pu énoncer que « les organes de la Convention ne sauraient créer par voie d'interprétation de l'article 6-1 un droit matériel de caractère civil n'ayant aucune base légale dans l'État concerné » (CEDH, 25 août 1994, *Fayed c/ Royaume-Uni*). Il paraît donc difficile d'affirmer, en droit positif, l'existence d'un « droit inaliénable de l'enfant handicapé de demander réparation du préjudice résultant de son handicap, au moins en cas de faute grave du médecin » (M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », préc., p. 133.).

¹⁶⁵ On peut d'ailleurs supposer que la Cour européenne sera peu désireuse d'intervenir dans un tel débat et consentira de ce fait une importante marge d'appréciation à l'État français.

¹⁶⁶ M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », préc., p. 14, n° 27.

¹⁶⁷ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », préc., p. 133.

¹⁶⁸ Cf. CEDH, 6 juil. 2004, *Maurice c. France*. La Cour s'est prononcée dans le même sens dans l'affaire *Draon c. France*.

insuffisances du mécanisme de compensation par la solidarité nationale. » Après avoir rappelé sa jurisprudence¹⁶⁹, la Cour de Strasbourg a jugé :

Qu' « à n'en pas douter le droit français offrait aux requérants la possibilité d'agir en justice ; les intéressés en usèrent, aussi bien en leur nom personnel qu'en celui de leurs enfants, dans le cadre de trois procédures distinctes (en référé, en responsabilité de l'APHP, en responsabilité de l'Etat du fait des lois), dont certaines sont encore pendantes. La Cour considère que les requérants ont ainsi joui de plusieurs possibilités claires et concrètes de contester un acte constituant une ingérence dans leurs droits (voir, mutatis mutandis, Bellet c. France, arrêt du 4 décembre 1995, série A n° 333-B, § 36). En outre, le fait que les requérants n'aient pas obtenu intégralement gain de cause devant les juridictions nationales, celles-ci ayant décidé de n'indemniser qu'une partie du préjudice allégué et, par conséquent, de n'allouer aux requérants qu'une fraction des sommes demandées, ne saurait en soi porter atteinte à l'effectivité de leur droit d'accès à un tribunal. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention. »

Ce qui paraît le plus contestable au regard de l'article 6 de la convention est, à l'évidence, l'alinéa de l'article 1^{er} prévoyant que « les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. » On peut voir là, selon le Professeur Muriel Fabre-Magnan, une méconnaissance de « *la jurisprudence de la Cour européenne*

¹⁶⁹ Selon la Cour, « le “droit à un tribunal”, dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu ; il se prête à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat. En élaborant pareille réglementation, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » [...]. Par ailleurs, « l'efficacité du recours, aux fins de l'article 13, ne dépend pas de la certitude d'un résultat favorable » (*Aparicio Benito c. Espagne*, décision du 4 mai 2004, n° 36150/03). »

*de droits de l'homme dont pourront se prévaloir les juges pour refuser une telle rétroactivité. Celle-ci a [...] clairement jugé que "si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige" (arrêt Zielinski du 28 octobre 1999). »*¹⁷⁰ En effet, la Cour de Strasbourg a déjà désapprouvé la promulgation de lois, rétroactives ou interprétatives, entendant imposer, en cours d'instance, la solution d'un litige, notamment lorsque l'Etat est partie au procès.

Or, selon le Professeur Jean-Pierre Marguénaud, *« l'article 1^{er} de la loi est [...] l'exemple type d'intervention législative destinée à influencer l'issue d'un litige dans lequel l'Etat, par le truchement d'une personne morale de droit public, avait un intérêt financier. »*¹⁷¹ Encore faut-il insister sur l'absence de toute automaticité en la matière. Pour apprécier l'ingérence du pouvoir législatif, la Cour *« examine dans chaque espèce, quel était, au moment de l'adoption de la loi nouvelle, l'état de la procédure dans laquelle le requérant se plaint d'avoir été privé des droits qu'il tire de l'article 6. Elle est particulièrement sévère lorsque la loi est venue s'appliquer à des litiges qui durent depuis plusieurs années et qui attendaient de trouver leur dénouement devant une Cour Suprême. Elle tient aussi compte de ce que pouvait être la prévision légitime des parties [...]. Elle tient aussi compte des conditions dans lesquelles la loi nouvelle a été adoptée, recherchant ainsi la bonne ou la mauvaise foi du législateur lui-même. »*¹⁷²

¹⁷⁰ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », préc., p. 130, qui rappelle que la Cour de cassation a de son côté déjà décidé d'écarter sur ce fondement les mesures transitoires d'une loi qui remettait en cause une jurisprudence plus favorable au salarié (Soc. 24 avril 2001, *Bull. civ.*, V, n° 130).

¹⁷¹ J.-P. Marguénaud, « Premiers prolongements européens de l'affaire Perruche (Cour EDH 2^e sect. 6 juil. 2004, décis. Sur la recevabilité *Maurice et autres c/ France*) », RTDC 2004, pp. 797 et 798. Les juges européens se montrent vigilants à l'égard des dangers liés à la promulgation d'une loi rétroactive influant de manière décisive sur la solution d'un litige dans lequel l'Etat est impliqué. Or, comme le souligne M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », préc., p. 15, n° 31, la nouvelle loi « profite [...] à l'Etat français. En cas de responsabilité du service public, [...] les juridictions administratives [...] acceptaient [...] d'indemniser les parents pour l'intégralité de leur préjudice, et accordaient à ceux-ci un capital représentatif d'une rente mensuelle pour toute la durée de vie de l'enfant. » Toutefois, selon A. Debet, « La solidarité envers les personnes handicapées et la Convention européenne des droits de l'homme... », préc., p. 9, « même si la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 est critiquable, le but du législateur n'était certainement pas d'exonérer l'Etat de sa responsabilité, ni d'intervenir pour orienter le litige en sa faveur. Le nombre d'instances en cours devant les juridictions administratives était en effet peu important [...] et c'est la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les médecins exerçant à titre libéral et non la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a suscité la réaction législative. Le principe de l'équité de la procédure n'était donc pas réellement en cause en l'espèce. »

¹⁷² *Ibid.*, pp. 15 et 16, n° 32.

Dès lors, il faut souligner que la conformité de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 ne pourra être envisagée qu'au cas par cas, en fonction, notamment, du degré d'avancement de la procédure en cours. Sous cet angle, l'interprétation du Conseil d'Etat, qui écarte l'application de la loi nouvelle lorsqu'une décision juridictionnelle est passée en force de chose jugée, paraît moins critiquable au regard de la Convention que la lettre de la loi, qui paraît exiger une décision insusceptible de recours. De plus, la décision dépendra pour partie de l'appréciation faite des prévisions légitimes des parties. Or, s'agissant des litiges qui nous intéressent ici, on doit constater que les prévisions des parties reposaient pour l'essentiel sur une fondation instable, compte tenu des divisions jurisprudentielles et doctrinales sur le fond¹⁷³. C'est ce qui conduit le gouvernement à soutenir que « *la loi litigieuse n'aurait pas instauré un nouveau régime de responsabilité, mais aurait précisé les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle déjà prévus par le code civil, ainsi que les principes généraux qui gouvernent la responsabilité des personnes publiques. Intervenant indépendamment de tout litige particulier, le législateur se serait donc contenté de préciser un régime de responsabilité qui soulevait des difficultés par une loi interprétative.* »¹⁷⁴

On entrevoit que les juges jouiront d'une considérable liberté pour caractériser ou non l'existence d'une ingérence du législateur. Si une telle ingérence devait être retenue, les magistrats auraient encore à apprécier l'existence d'une justification tirée d'impérieux motifs d'intérêt général susceptible de la légitimer. On le voit, il est extrêmement hasardeux de se prononcer quant aux décisions que pourraient arrêter les juges¹⁷⁵ nationaux ou les juges strasbourgeois¹⁷⁶. La Cour

¹⁷³ Et l'on sait bien que, comme le dit la Cour de cassation, « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (Civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, n° 249). Cela découle assez naturellement de la prohibition des arrêts de règlement et de son corollaire, l'autorité relative de la chose jugée.

¹⁷⁴ L'argument est développé dans la décision relative à la recevabilité de l'action intentée contre la France par les conjoints Maurice devant la CEDH.

¹⁷⁵ D'une part, la marge d'appréciation laissée aux juges sera considérable et les considérations d'opportunité inévitables. D'autre part, la décision pourra varier en fonction de nombreux éléments : à quel stade du litige la loi est-elle intervenue ? L'Etat était-il partie au litige ? Quand le litige est-il né ? Quand l'action a-t-elle été intentée par rapport aux différentes décisions des juridictions suprêmes ?... On ne saurait donc se prononcer de manière générale au sujet de la conformité de la loi nouvelle à l'article 6 de la Convention. Rapprocher A. Debet, « La solidarité envers les personnes handicapées et la Convention européenne des droits de l'homme... », préc., p. 11 : « Il existe un risque de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Evaluer l'importance de ce risque est assez délicat au vu des nombreuses questions en jeu : indemnisation ou non de la naissance handicapée, juridicisation des relations médecins-patients, place de l'assurance et de la solidarité nationale dans notre système de santé et marge

européenne des droits de l'homme devra prochainement se prononcer sur le point de savoir si l'applicabilité immédiate de la loi du 4 mars 2002 porte atteinte au droit au procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, puisqu'elle a estimé que « ce grief pose de sérieuses questions de fait et de droit qui [...] nécessitent un examen au fond »¹⁷⁷.

Un dernier argument reste cependant à apprécier. L'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 violerait l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la Convention européenne de droits de l'homme, qui dispose que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions **prévues par la loi et les principes généraux du droit international.** » Or, une créance d'indemnisation, s'analysant comme une valeur patrimoniale, a le caractère d'« un bien au sens de la première phrase de l'article 1 », comme cela a déjà été décidé par la Cour de Strasbourg¹⁷⁸. Il a même été jugé qu'une espérance légitime de voir concrétiser sa créance compte tenu de la jurisprudence existante est un bien en ce sens¹⁷⁹. Dans la mesure où, en droit français, une créance d'indemnité naît, dans son principe, avec la réalisation du dommage, on pourrait soutenir qu'un enfant né handicapé après une faute médicale a acquis, à sa naissance, une créance d'indemnisation.

Il faudrait alors considérer que la loi nouvelle est venue priver l'enfant né avant sa promulgation d'un bien. Si l'article 1 du premier protocole permet éventuellement à la loi de priver une personne de son droit de propriété, la Cour européenne contrôle le maintien d'un juste équilibre entre le respect des droits fondamentaux de l'individu et les exigences de l'intérêt général. Est à ce titre exigé

d'appréciation laissée à l'Etat. Devant la Cour européenne, s'opposeront une personne handicapée ou ses parents réclamant l'indemnité qu'ils auraient dû recevoir conformément à la jurisprudence judiciaire ou administrative et dont la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 les a privés et le Gouvernement français invoquant le bon fonctionnement du système de santé et une solidarité nationale pour le moment insuffisante. Il n'est pas certain que la juridiction strasbourgeoise ne soit pas plus sensible à la détresse des uns qu'aux raisons des autres. »

¹⁷⁶ Toutefois, J.-P. Marguénaud, « Premiers prolongements européens de l'affaire Perruche ... », préc., p. 798, considère que « lorsque la Cour statuera sur le fond il lui sera sans doute très difficile de ne pas constater une violation de l'article 6 § 1 ».

¹⁷⁷ CEDH, 6 juil. 2004, *Draon c. France et Maurice c. France*.

¹⁷⁸ CEDH, 20 nov. 1995, *Pressos compania naviera S.A. et autres c. Belgique*.

¹⁷⁹ CEDH, 29 nov. 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*.

un dédommagement pour la personne qui se voit priver de son droit de propriété. L'indemnité ne doit pas être insuffisante. De même, elle ne doit pas être versée avec un retard dommageable pour la personne spoliée. Le dédommagement prévu à l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 remplit-il les conditions d'équilibre exigées ? Faute de compensation équilibrée, la loi privant l'enfant handicapé du droit à réparation de son préjudice pourrait être jugée contraire à l'article 1^{er} du premier protocole. En effet, la solidarité nationale, supposée prendre en charge la compensation du handicap, n'est pas à la mesure du dommage allégué. Il apparaîtrait alors que, privé de son « espérance légitime de voir concrétiser sa créance compte tenu de la jurisprudence existante », l'enfant devrait se satisfaire d'une solidarité aux airs de vœu pieux. Ayant vocation à s'appliquer immédiatement aux instances en cours, la loi nouvelle violerait donc l'article 1^{er} du protocole n° 1. Cette argumentation appelle pour l'essentiel deux réponses.

Pour être privé d'une créance il est nécessaire que cette créance existe. L'enfant né handicapé bénéficiait-il d'une créance d'indemnisation avant l'intervention du législateur ? La réponse à la question est pour le moins controversée. Certes, la Cour de Strasbourg a jugé qu'une espérance légitime de voir concrétiser sa créance compte tenu de la jurisprudence existante était un bien, mais cette espérance dépend pour partie du système juridictionnel et de l'autorité des décisions de justice, variable selon les Etats. En France, l'article 5 du Code civil interdit à toute juridiction l'adoption d'une solution générale qui devrait s'appliquer à tous les litiges semblables à venir. L'article 1351 du Code civil complète cette prohibition des arrêts de règlement en posant le principe de l'autorité relative de la chose jugée. Quelle que soit la juridiction nationale dont elle émane, une décision de justice ne s'impose pas aux autres juridictions devant par la suite trancher une affaire similaire¹⁸⁰. Ainsi, en droit français, « parce qu'elle ne dispose pas de force

¹⁸⁰ Cf. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, 24^e éd., 1996, n° 144, p. 241 : « On aura beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche sur couche, on n'aura jamais que des solutions particulières, sans rayonnement au-dehors, des accommodements, des raisonnements de conflits individuels. Même les arrêts solennels de l'*Assemblée plénière* sont des jugements à l'autorité relative, et ne peuvent avoir, en dehors du cas précis de l'a. L. 131-4, al. 2, C.O.J., qu'une autorité de fait, une supériorité purement morale, auprès des juridictions inférieures ou des chambres isolées de la Cour de cassation. La résistance à la loi est illégitime, la résistance à la jurisprudence ne

obligatoire au-delà des parties au litige, la jurisprudence n'existe que par son autorité [...], ce qui ne nie pas nécessairement le pouvoir créateur mais le fait dépendre du pouvoir de conviction de l'arrêt.»¹⁸¹ C'est cette répétition qui, avec le temps, fait naître la « coutume judiciaire » que l'on nomme jurisprudence¹⁸².

En ce sens, il n'est pas certain que l'on puisse parler de « jurisprudence Perruche ». On pourrait, au contraire, soutenir que les solutions retenues par l'Assemblée plénière n'ont pas assez emporté l'adhésion et n'ont pas bénéficié d'une pérennité suffisante pour faire jurisprudence¹⁸³. Les controverses qu'a suscitées l'indemnisation de l'enfant pourraient s'opposer à l'existence d'« une espérance légitime de voir concrétiser sa créance compte tenu de la jurisprudence existante »¹⁸⁴.

Par ailleurs, le Parlement n'a pas entendu faire subir une sorte d'expropriation aux enfants nés avec un handicap non décelé à la suite d'une faute

l'est pas. » Comme le souligne M.-A. Frison-Roche, *J.-Cl. Civil*, art. 5, « Application de la loi par le juge », 8, 1995, n° 16, « Cette limitation au cas particulier de la portée d'une règle créée par le juge [...] assure la cohérence dans la procédure par laquelle s'exerce le pouvoir de juger. En effet, ce sont les garanties de bonne justice qui sont ici en cause, et notamment le principe du contradictoire, en ce qu'il éclaire le principe technique de la relativité de l'autorité de la chose jugée. Il faut ainsi conclure que l'article 5 conserve sa place et ses fondements dans l'ordre juridique français. »

¹⁸¹ M.-A. Frison-Roche, « Application de la loi par le juge », préc., n° 44. L'auteur précise que « la construction de la jurisprudence par les arrêts de principe est [...] essentiellement un phénomène rhétorique : si l'arrêt en question a le pouvoir, intrinsèque ou par l'autorité de ses auteurs, d'entraîner l'adhésion de ses destinataires, à savoir les parties au procès, les autres juges et la doctrine, alors il sera suivi, “comme si” il avait force obligatoire. C'est dans ce “comme-ci” que réside la distinction entre l'arrêt de règlement et l'arrêt de principe. La différence est considérable car l'arrêt de principe ne bénéficie pas d'une force *a priori* mais devra conquérir une puissance qu'on lui accordera *a posteriori*. C'est pourquoi il est difficile de parler d'“arbitraire judiciaire” dans la mesure où l'arrêt injustifié ne sera pas suivi. [...] Si une solution, bien que fermement assénée, est ressentie comme injustifiée, parce qu'injuste par exemple, elle ne sera pas suivie » (nos 46 et 47). Selon la formule du Doyen Cornu (« Libre propos sur la jurisprudence », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 174), « une jurisprudence ne se décrète pas, elle s'élabore (à plusieurs et par longueur de temps, l'arrêt apériteur venant souvent en point d'orgue d'un concert juridictionnel) ».

¹⁸² Pour le Doyen Carbonnier (*Droit civil. Introduction*, préc. n° 142, pp. 236 et 237), « un élément de *répétition*, de continuité est généralement inclus dans la définition de la jurisprudence, ce qui permet de la rapprocher de la coutume. *Rerum perpetuo similiter judicatarum*, c'est sous cette expression que l'évoquait le Digeste (1, 3, 38). La jurisprudence est, pour l'ordinaire, un agrégat d'arrêts traversé d'une tension. Parfois, cependant, elle peut tenir en un seul arrêt de la Cour de cassation – un seul, mais qui paraît décisif (la qualité supplée à la quantité). Ce n'est point, du reste, une norme absolue : en d'autres cas, on dira que l'arrêt est *isolé* et ne saurait *faire jurisprudence*. Cela s'explique parce que la jurisprudence n'est pas une source du droit. Ce n'est qu'une opinion qui tend à devenir du droit : elle a, comme telle, une certaine autorité, mais plus ou moins selon les circonstances. »

¹⁸³ De manière générale, R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 3^e éd., 1999, p. 126, n° 141, considère qu'« une décision ne peut faire jurisprudence que si le législateur n'intervient pas promptement pour l'en empêcher. »

¹⁸⁴ C'est ce que le gouvernement soutient dans l'affaire *Maurice c. France* pour conclure à l'irrecevabilité du grief tiré de la violation de l'article 1 du protocole n° 1 à la Convention : « les requérants n'ont jamais été titulaires d'un “bien” ni au sens strict du terme, ni au sens de “l'espérance légitime” telle que définie par la jurisprudence de la Cour [...]. En effet, [...] avant l'adoption de la loi litigieuse, l'indemnisation n'était pas attribuée de plein droit sur simple constatation du dommage. Les requérants, au vu de la jurisprudence alors en vigueur, ne pouvaient se prévaloir d'une certitude d'être automatiquement indemnisés et donc d'une “espérance légitime” à voir une créance satisfaite, qui aurait été déçue par l'adoption de la loi. »

médicale. Le législateur a considéré que ces enfants ne subissent pas un *préjudice réparable* en relation de causalité directe avec la faute. La loi nouvelle, en conséquence, dément l'existence même d'une créance de *réparation* de l'enfant à l'encontre du médecin fautif. Selon la loi, la *compensation* du « handicap » – et non pas du *préjudice*¹⁸⁵ – relève de la solidarité nationale. Ce principe n'est du reste pas apparu avec l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002. L'article L 114-1 du Code de l'action sociale et des familles disposait déjà, selon la rédaction issue de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, que « *la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie, et à la garantie d'un minimum de ressources lui permettant de couvrir la totalité des besoins essentiels de la vie courante.* »

La communauté des bénéficiaires de la solidarité est considérablement plus large que celle des enfants susceptibles d'être indemnisés grâce à la solution arrêtée par la Cour de cassation. De la sorte, on ne saurait prétendre que la solidarité nationale est une contrepartie de la suppression du droit à indemnisation. La solidarité est un secours inconditionnel apporté au handicapé en vertu de son infirmité et non un dédommagement pour la privation d'un hypothétique bien.

A l'occasion des requêtes déposées par les époux Draon et les consorts Maurice, la Cour de Strasbourg aura bientôt à se prononcer quant à une éventuelle violation de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, dans la mesure où elle a estimé que ce grief pose de sérieuses questions de fait et de droit nécessitant un examen au fond¹⁸⁶.

¹⁸⁵ *Contra* Avis CE 6 déc. 2002, qui considère, de manière quelque peu sophistiquée, qu'« il résulte des termes même de la loi, éclairés par les travaux préparatoires, que le législateur a entendu exclure la réparation [du préjudice incluant les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, du handicap] au motif que, s'il existe un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice, ce lien n'est pas de nature à justifier que le préjudice soit réparé par l'auteur de la faute. » La lecture du texte de la loi ne nous paraît pas imposer cette interprétation. Fort opportunément, le handicap n'y est pas envisagé comme constitutif d'un préjudice en l'absence de lien de causalité direct avec un fait générateur de responsabilité.

¹⁸⁶ CEDH, 6 juil. 2004, *Draon c. France* et *Maurice c. France*.

Quant aux juridictions françaises, le Conseil d'Etat a été saisi d'une demande d'avis contentieux sur plusieurs questions préjudicielles relatives à l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002¹⁸⁷. Il lui appartenait de se prononcer, notamment, sur la question suivante : « Les dispositions du I de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 sont-elles compatibles avec les stipulations des articles 5, 6, 8, 13 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention et des articles 14 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ? »

Selon le Conseil d'Etat¹⁸⁸,

« l'objet de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 est de définir un nouveau régime de réparation des préjudices subis par les enfants nés handicapés et par leurs parents, différent de celui qui résultait de la jurisprudence tant administrative que judiciaire. Ce régime prévoit la réparation, par une indemnité qu'évalue souverainement le juge, du préjudice directement causé à la personne née handicapée par une faute médicale et du préjudice directement causé aux parents de l'enfant né avec un handicap qui à la suite d'une faute médicale caractérisée n'a pas été décelé pendant la grossesse. Il fait obstacle à ce que l'enfant né avec un handicap qui à la suite d'une faute médicale n'a pas été décelé pendant la grossesse, puisse obtenir de l'auteur de la faute réparation du préjudice correspondant aux charges particulières découlant, tout au long de sa vie, de ce handicap, alors que cette réparation était possible en application de la jurisprudence judiciaire. Il fait également obstacle à ce que les parents puissent obtenir de l'auteur de la faute réparation du préjudice correspondant aux charges particulières découlant, tout au long de la vie

¹⁸⁷ Sur cette procédure, v. R. Libchaber, « La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel (Avis C. cass. 22 nov. 2002, à paraître au Bulletin ; Avis CE 6 déc. 2002, Rec. p. 423) », *RTDC* 2003, pp. 157 et s.. Seul le Conseil d'Etat a été questionné à propos des dispositions destinées à répondre à l'arrêt Perruche, la Cour de cassation n'a été interrogée qu'au sujet des autres dispositions de la loi du 4 mars 2002.

¹⁸⁸ CE avis 6 déc. 2002 : *RFDA* 2003, p. 339 et s., note J. Petit ; *AJDA* 2002, p. 1416, obs. M.-Ch. de Monteclerc ; *AJDA* 2003, p. 283, chron. Fr. Donnat et D. Casas ; *JCP A* 2003, 1104, chron. G. Chavrier ; *JCP* 2003, I, 119, n° 19, chron. A. Ondoua. Sur la saisine du Conseil d'Etat pour avis, v. TA Paris, 3 sept. 2002 : *LPA* 2003, n° 49, pp. 17 et s., avec les conclusions du commissaire du gouvernement A. Guedj.

de l'enfant, du handicap de ce dernier, alors que cette réparation était possible en application de la jurisprudence administrative. Il subordonne enfin la réparation des autres préjudices subis par les parents de l'enfant à l'existence d'une faute caractérisée, alors que la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire se fondaient sur l'existence d'une faute non caractérisée. »

Après avoir ainsi délivré son interprétation de l'intervention du Parlement, la Haute juridiction administrative affirme que :

« ce nouveau régime, décidé par le législateur pour des motifs d'intérêt général, tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et au traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées n'est incompatible ni avec les stipulations du 1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni avec celles des articles 5, 8, 13 et 14 de cette convention, ni avec celles de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention, ni enfin avec celles des articles 14 et 26 du pacte sur les droits civils et politiques. » Il précise enfin que « les motifs d'intérêt général que le législateur a pris en compte pour édicter les règles des trois premiers alinéas du I justifient, au regard des stipulations mentionnées dans la demande d'avis, que par le dernier alinéa du même I il ait décidé d'appliquer les dispositions nouvelles aux situations apparues antérieurement et aux instances en cours, tout en réservant, comme il le devait, les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée. »

Comme le constate le Professeur Monique Bandrac, le Conseil d'Etat « assigne [...] aux dispositions en cause un objet substantiel, “définir un nouveau régime de réparation des préjudices subis par les enfants handicapés et par leurs parents”, mais par une formule lapidaire en forme de pétition de principe, il affirme leur conformité à toutes les exigences

conventionnelles sur lesquelles il était interrogé, sans distinguer entre celles de l'article 6-1, qui intéresse l'action, et les autres qui intéressent le droit substantiel.»¹⁸⁹ La motivation du Conseil d'Etat paraît quelque peu sommaire par rapport à l'ampleur des questions qui lui étaient soumises¹⁹⁰. Certes, le Conseil apprécie la conventionnalité de la loi à l'aune de l'exigence d'une justification par des motifs d'intérêt général¹⁹¹. Certes, les raisons d'ordre éthique, la bonne organisation du système de santé ainsi que le traitement équitable des personnes handicapées peuvent constituer de tels motifs¹⁹². Toutefois, on regrettera le caractère excessivement vague de la référence à « des raisons d'ordre éthique » et l'absence de démonstration du caractère « impérieux » des motifs évoqués, alors que ce caractère est exigé par la Cour de Strasbourg. On pourra de la même manière déplorer, avec le Professeur Maryse Deguegue, « *que [...] le Conseil d'Etat se borne à affirmer la compatibilité de la loi avec [les articles 13, 14 et 1^{er} du premier protocole additionnel] sans apporter la moindre justification* »¹⁹³.

Pour autant, en dépit de ces éventuelles insuffisances, l'avis du Conseil d'Etat éclaire quant à l'attitude générale qu'il paraît vouloir adopter à l'égard de la loi

¹⁸⁹ M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », préc., p. 5, n° 9.

¹⁹⁰ *Contra* R. Libchaber, « La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel... », préc., p. 159, qui, confrontant les avis émis par les deux juridictions suprêmes, considère que « si la Cour de cassation se borne à affirmer sa solution par un acte d'autorité, le Conseil d'Etat se soucie de justifier la sienne, et par là même donne de précieuses indications sur sa façon d'interpréter la loi. »

¹⁹¹ Comme le remarque J. Petit, note préc., p. 343, « l'avis commenté reconnaît implicitement l'existence [d'une ingérence dans le droit au respect des biens posé par l'article 1er du Premier protocole additionnel et dans le droit au procès équitable affirmé par l'article 6-1] avant de l'estimer justifiée. »

¹⁹² Ayant à apprécier la conformité de la loi nouvelle à l'art 6-1 de la Convention européenne de droits de l'homme et à l'art 1er du premier protocole additionnel, la Cour d'appel de Paris a adopté une solution très voisine de celle prônée par le Conseil d'Etat : « Considérant que la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable ; qu'il convient en outre d'observer que ce n'est qu'en cours de procédure, et non avant l'introduction de celle-ci, que les solutions jurisprudentielles ont évolué dans un sens favorable à une réparation mise à la charge du professionnel de santé fautif [...] ; considérant que le législateur, en adoptant le texte susvisé, dans le cadre d'une réforme d'ampleur concernant les droits des malades et la qualité du système de santé, n'a pas cherché à s'ingérer dans l'administration de la Justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du présent litige, mais, tenant compte de débats publics particulièrement nourris et d'une opinion publique troublée, a réformé un système de droit qu'il ne jugeait pas satisfaisant et conforme à l'intérêt général ; qu'au regard des liens directs de causalité qu'il a jugés établis entre les fautes possibles [...] et les préjudices subis d'une part par les parents et d'autre part par l'enfant né handicapé, il a précisé les conditions et les limites de leurs recours respectifs ; qu'en tout état de cause, l'enfant, qui ne peut légitimement se plaindre d'être né, même avec un handicap et même si ses parents ont été privés de la possibilité d'éviter sa naissance, dispose pour son préjudice propre résultant directement de la faute d'un professionnel ou d'un établissement de santé, de l'action en responsabilité régie par l'alinéa 2 du texte ; qu'ainsi les nouvelles dispositions ont été prises pour des motifs d'intérêt général et tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et au traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées, motifs suffisants pour justifier les atteintes aux droits susvisés, qui restent proportionnées ; que ces nouvelles dispositions ne sont donc pas contraires [...] au principe constitutionnel de la responsabilité pour faute personnelle (le juge judiciaire n'étant au demeurant pas compétent pour statuer sur la constitutionnalité des lois), ni surtout incompatibles avec les engagements internationaux de la France ».

¹⁹³ M. Deguegue, note sous CE 19 fév. 2003 : *AJDA* 2003, p. 858.

nouvelle à laquelle il ne manifeste pas de réelle hostilité. Le juge administratif semble au contraire soucieux de respecter la volonté du législateur, encore que d'autres décisions émanant de l'ordre administratif tentent d'en minorer la portée.

Il est clair que les décisions qui seront prises à Strasbourg peuvent venir bouleverser à nouveau le paysage et contraindre juges et législateur à se remettre à l'ouvrage. C'est dire que l'affaire n'est toujours pas close.

III.

L'IMPACT DE LA REPARATION DU HANDICAP DE NAISSANCE SUR L'ASSURANCE MEDICALE ET SUR LES MECANISMES DE SOLIDARITE NATIONALE

Tous les mécanismes visant à la réparation des dommages impliquent de nos jours une combinaison ou au moins une prise en considération de deux systèmes : le système de responsabilité civile ou administrative que soutient les assurances et le système fondé sur la solidarité nationale qui vise moins à réparer qu'à compenser des charges particulières pour tout ou partie de la population. La question est d'une grande complexité en général et dans les suites de l'affaire Perruche en particulier.

Plan

L'impact économique de l'arrêt Perruche est d'abord apparu incidemment à travers l'attitude des caisses primaires d'assurance maladie dans les procès. Il est apparu opportun de tenter de la dégager dans la décisions analysées par ce rapport (A).

La question principale concernait surtout l'impact de la réparation du handicap en la personne de l'enfant, mais aussi subsidiairement des préjudices matériels et moraux des parents, sur les compagnies d'assurance couvrant les médecins libéraux des conséquences de leur responsabilité. Il semble bien que ce soit le coût financier de l'assurance pour les médecins et l'incidence de la jurisprudence P. sur le marché assurantiel pour les compagnies, qui ont déclenché le mouvement des médecins hostiles à la jurisprudence de la Cour de cassation et accéléré le processus législatif conduisant au vote de la loi du 4 mars 2002. Aussi l'effet de la jurisprudence sur les pratiques et les discours des compagnies

d'assurance mérite une analyse, qui s'est révélée particulièrement difficile à mener sur le terrain **(B)**.

Enfin, la question du rôle de la solidarité nationale dans la compensation du handicap appelait nécessairement une révision du droit social applicable au handicap, puisque la loi du 4 mars 2002 renvoie à la solidarité nationale la compensation des préjudices matériels des enfants nés handicapés en raison d'une faute médicale de diagnostic. Cette révision résulte de la loi du 11 février 2005 dont il convient de rendre compte car elle est une conséquence indirecte de la jurisprudence Perruche **(C)**.

A. L'INTERVENTION DES CAISSES DE SECURITE SOCIALE DANS LE CONTENTIEUX DE LA NAISSANCE D'ENFANTS HANDICAPES.

Parmi les nombreuses questions, tant éthiques que pratiques, suscitées par l'indemnisation de l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur fautive de diagnostic, il en est une qui a été curieusement très peu analysée par les commentateurs de l'arrêt, juristes ou non : la question du recours subrogatoire de la Sécurité sociale. En effet, la Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne était partie à l'instance engagée par les époux Perruche et elle faisait valoir ses droits à l'encontre du médecin et du laboratoire, à raison des sommes qu'elle avait engagées et devait engager pour les soins de l'enfant handicapé. L'analyse de cette demande dans l'affaire Perruche nous paraît s'imposer car la question est apparue déterminante des effets de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en ce qui concerne précisément la réparation effectivement accordée à l'enfant. Elle constitue de plus un symptôme des difficultés plus générales liées à l'articulation du droit de la responsabilité civile ou administrative et du droit de la sécurité sociale dans la prise en charge des dommages corporels et de l'imputation définitive des indemnités ou des compensations dues (a).

La complexité de la question en droit et en équité se double d'une forte variabilité des positions procédurales adoptées par les caisses primaires de sécurité sociale dans les décisions analysées ; un tableau des décisions le montre (b).

a) L'attitude de la CPAM de l'Yonne dans l'affaire Perruche

L'action de la CPAM de l'Yonne devait poser crûment la question des effets du recours subrogatoire de la sécurité sociale qui en l'espèce était de nature à priver l'enfant Perruche de l'essentiel des indemnisations qui lui étaient dues en vertu de la

jurisprudence de la Cour de cassation, et à alourdir considérablement la dette des responsables et de leurs assureurs. C'est un point où la divergence de la jurisprudence civile et de la jurisprudence administrative a des effets lourds de conséquences concrètes.

1. Position du problème

Le Collectif contre l'handiphobie, constitué au lendemain de la publication de l'arrêt de l'Assemblée plénière, a souhaité attirer l'attention sur cette question. Le 8 février 2001, il rédigeait le communiqué suivant :

« Il est un aspect de la jurisprudence «Perruche » qui a été complètement occulté par les juristes comme par les chroniqueurs.

Parmi les parties prenantes à l'arrêt de l'Assemblée Plénière se trouvait la Caisse Primaire d'Assurance Maladie de l'Yonne, et c'est elle qui est la principale bénéficiaire de la décision rendue dans la mesure où, en application de la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, Nicolas Perruche ne peut, tout à la fois, bénéficier des prestations sociales et du montant des indemnités dues en application des règles de la responsabilité (Cass. Civ. 2, 18 juillet 1974, Bull.Civ 2, n°247)

Cette honorable institution a d'ailleurs déposé un mémoire à la procédure aux termes duquel elle affirme, qu'à supposer même que Nicolas Perruche n'ait souffert d'aucun dommage imputable au médecin, elle subissait, elle, un préjudice propre résultant des nombreux versements qu'elle doit effectuer au profit de son assuré social.

D'une logique implacable, la position de la Caisse n'en est pas moins cynique. »

« Un homme mort coûte moins cher qu'un vivant surtout si ce dernier passe quelques mois à l'hôpital, doit subir une rééducation ou reste handicapé pour le restant de ses jours. De la même manière, la suppression de Nicolas Perruche eût été moins coûteuse pour la CPAM

de l'Yonne que la prise en charge de ses soins une vie durant.

Qu'il soit permis cependant de dénoncer le cynisme de la CPAM de L'Yonne. En effet, la Sécurité Sociale n'est pas une victime. Elle est l'instrument de la solidarité Nationale. Si chaque Français cotise tous les mois pour lui donner les moyens de venir en aide à ceux qui souffrent dans leur corps ce n'est pas pour qu'en justice les Caisses tentent de se défausser sur le corps médical.

C'est parce qu'elle verse des indemnités à ceux qui en ont besoin que la Caisse Primaire d'Assurance Maladie est légitime à recueillir les cotisations de l'ensemble des assurés sociaux.

Il est effrayant d'imaginer ce que l'arrêt Perruche et la philosophie qu'il sous tend autorise. Certes, les personnes handicapées, les malades, les personnes âgées, les enfants myopathes, trisomiques ou autistes, coûtent plus chers à la société que les jeunes cadres dynamiques en pleine santé.

Reconnaître que le néant vaut mieux que la vie handicapée, c'est admettre que les pompiers, les médecins et les SAMU causent un préjudice à la Sécurité Sociale, lorsque par leur efficacité, il sauvent la vie de ceux qui auront ensuite besoin de soins.

Et aujourd'hui, la CPAM de l'Yonne s'éloigne de sa mission de solidarité. »

Le Collectif a même appelé à cette occasion à un rassemblement devant le siège de la Caisse nationale d'assurance-maladie pour protester contre l'attitude de la Caisse :

« Le Collectif contre l'handiphobie exigera de la direction de la Sécurité Sociale une déclaration d'intention pour que la CPAM de l'Yonne redevienne un instrument de la solidarité nationale. Le Collectif contre l'handiphobie exposera à cette occasion ses exigences concrètes pour protéger toute personne contre une discrimination basée sur l'apparence physique et la déficience mentale »¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Il est intéressant de noter que la CPAM de l'Yonne, qui est intervenue tout au long de la procédure, complexe, dans l'affaire Perruche (3 jugements, 4 arrêts d'appel, 2 arrêts de la Cour de cassation), a fini, sous la pression, par se désister de toutes ses demandes devant la Cour d'appel de renvoi, alors qu'elle réclamait, en 1993, le versement d'une somme de 2.461.657, 93 F (son préjudice était estimé en 2001 à 5,3 millions de francs par le directeur de la CPAM de l'Yonne). La CPAM justifie sa renonciation par des raisons de nature politique et de communication.

Cette réaction du Collectif est parfaitement compréhensible, dès lors que les critiques d'ordre éthique soulevées à l'encontre de l'indemnisation de l'enfant handicapé, selon lesquelles celle-ci signifierait qu'il aurait mieux valu que l'enfant ne vive pas, et que sa vie ne méritait pas la peine d'être vécue, s'appliquent de la même façon dès lors que c'est une caisse de sécurité sociale qui bénéficie en grande partie de cette indemnisation, et même peut-être de façon plus intense dans la mesure où les caisses sont l'instrument de la solidarité nationale.

Il n'en demeure pas moins que, juridiquement, l'intervention des caisses et, le cas échéant, la condamnation à leur profit des médecins ou laboratoires reconnus responsables à l'égard de l'enfant du handicap qui le frappe est parfaitement logique et conforme au droit commun. Il serait en effet contraire aux principes du droit de la responsabilité que la victime dont le préjudice corporel est compensé au titre de l'assurance-maladie perçoive en outre des indemnités de l'assureur du responsable qui ont exactement le même objet que les prestations dont il bénéficie au titre de l'assurance-maladie (frais médicaux, prestation en raison de la nécessité d'assistance d'une tierce personne, etc.) ; d'ailleurs en pratique, ce qui est pris en charge par la sécurité sociale ne fait en général pas l'objet d'une réparation civile et il est ainsi possible d'éviter le cumul sans avoir à rembourser la caisse. Il n'en reste pas moins que les caisses ont intérêt à intervenir dans les instances.

C'est ainsi que la CPAM de l'Yonne a justifié son recours dans l'affaire

« Perruche » :

« Interpellée par les parents du Collectif contre l'handiphobie qui lui reproche l'action qu'elle a entreprise dans le cadre de l'affaire Perruche, la Caisse primaire d'assurance-maladie de l'Yonne (Cpam) affirme qu'elle n'a fait que ce que lui dicte la loi. En effet, chaque fois que, dans une affaire de ce type – un accident par exemple – un tiers est identifié et reconnu responsable, la Sécurité sociale a le devoir d'engager un recours contre lui¹⁹⁵. (...) Dominique Pacini, directeur de la CPAM de l'Yonne, se défend d'avoir été

¹⁹⁵ En vertu de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale, la victime demandeur dans une action en responsabilité civile doit en effet indiquer sa qualité d'assuré social, indiquer quelles sont les caisses de Sécurité

l'instigateur de la procédure lancée par les époux Perruche. Tout au plus y a-t-il été associé (...). (...) le directeur a reçu longuement les parents du Collectif contre l'handiphobie rassemblés à Auxerre. Ils lui ont fait part de leur colère et de leur douleur." Il y a une décision de justice, se défend Dominique Pacini. Je ne peux abandonner le paiement d'une créance. Ce serait faire une remise de dette à des gens reconnus responsables, le médecin et le labo »¹⁹⁶

Il convient de noter cependant que la critique faite par le Collectif à la CPAM de l'Yonne est justifiée lorsqu'elle évoque le « *mémoire à la procédure aux termes duquel elle affirme, qu'à supposer même que Nicolas Perruche n'ait souffert d'aucun dommage imputable au médecin, elle subissait, elle, un préjudice propre résultant des nombreux versements qu'elle doit effectuer au profit de son assuré social.* »

Il semble qu'une confusion s'installe entre le recours subrogatoire dans les droits de la victime et une action directe et propre aux caisses à raison du coût que représente pour elle de grands handicapés. Mais une telle action n'a pas de fondement légal. En effet, le recours de la caisse ne saurait, aux termes de la loi, avoir le caractère d'une action directe et personnelle, ce que la CPAM de l'Yonne soutenait dans son pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 1993 ainsi que dans celui contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 5 février 1999. La CPAM de l'Yonne soutenait en effet que :

« la Caisse qui exerce un recours aux fins de voir son préjudice indemnisé ne se prévaut pas uniquement du dommage subi par l'assuré social ; qu'implicitement mais nécessairement elle se fonde aussi sur son propre préjudice qui est distinct du premier ; qu'à supposer que Nicolas Perruche n'ait souffert d'aucun dommage imputable aux appelants, il n'en demeure pas moins qu'en raison de la naissance de cet enfant, la CPAM de

sociale auxquelles elle est affiliée pour ses différents risques et appeler ces caisses en déclaration de jugement commun afin que soit jugé dans le même temps la part de l'indemnité que le responsable doit verser aux tiers payeurs en remboursement de leurs prestations et la part revenant à la victime.

¹⁹⁶ « La Caisse d'assurance maladie : "Notre démarche est habituelle" », *Le Figaro*, 10-11 février 2001

l'Yonne subit un préjudice propre résultant des nombreux versements qu'elle devra effectuer au profit de son assuré social »¹⁹⁷.

Quelles que soient les critiques d'ordre éthique ou moral qui pourraient être soulevées à l'encontre de cette prétention, elle est en tout état de cause juridiquement inexacte, et contraire à la loi. En effet, l'article 30 de la loi du 5 juillet 1985 a limité de manière impérative les organismes et les prestations ouvrant droit à recours, en imposant le caractère subrogatoire d'un tel recours. « *En bref, les "tiers-payeurs" ne peuvent exciper de la qualité de "victimes par ricochet" qui leur ouvrirait une action directe et personnelle en responsabilité contre le tiers responsable* »¹⁹⁸, souligne Mme Lambert-Faivre. On peut donc s'étonner avec cet auteur que la CPAM de l'Yonne ait invoqué l'existence d'un préjudice propre, attitude contestable qui se rencontre dans d'autres affaires : « *Les Caisses de sécurité sociale étant les premières bénéficiaires du "recours subrogatoire" prévu par la loi, on peut s'étonner qu'elles continuent à invoquer une "action directe et personnelle" en leur faveur* ». ¹⁹⁹

Une telle action est en tout état de cause vouée à l'échec. Les recours des caisses ne peuvent avoir qu'une nature subrogatoire. C'est ainsi que le recours d'un organisme de sécurité sociale ne sera accueilli, dans une affaire de responsabilité liée à l'absence de diagnostic d'une malformation fœtale, que si le médecin ou le laboratoire, est déclaré responsable du dommage corporel subi par l'enfant en raison de la faute. En revanche, dès lors que la responsabilité n'est reconnue qu'à l'égard des parents, le recours ne peut être accueilli, et ce même si le préjudice matériel des parents consiste dans les « charges particulières découlant du handicap ». Les parents n'étant pas victimes du dommage corporel de leur enfant, les caisses ne peuvent faire porter leur recours subrogatoire sur les indemnités dues aux parents.

¹⁹⁷ Cette argumentation est contestée d'ailleurs par le délégué au risque de la Caisse nationale d'assurance-maladie, qui confirme que la démarche d'ensemble de la CPAM de l'Yonne est normale mais regrette la formulation « plus que malencontreuse » de l'argumentaire de l'avocat. « Le seul préjudice pour la CPAM, c'est qu'elle a payé ce que les assureurs des responsables auraient dû payer », *Le Figaro*, 10-11 février 2001

¹⁹⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 5^e éd., Dalloz, 2004, p. 581

¹⁹⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 5^e éd., Dalloz, 2004, p. 581

Cette constatation permet de mesurer la différence très sensible, en termes économiques, des solutions retenues par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. En effet, en cas d'indemnisation de l'enfant des conséquences de son handicap, les caisses d'assurance-maladie pourront réclamer au responsable et à son assureur l'intégralité des prestations en nature ou en espèces qu'elles ont versées en raison du handicap, et l'effet sera généralement que la majeure partie des indemnités reviendra aux caisses. En revanche, en cas d'indemnisation des parents de leur préjudice matériel, même par l'allocation d'une rente mensuelle liée à la vie de l'enfant, le coût total qui sera supporté finalement par le médecin ou l'assureur sera bien moins important. On comprend alors que les compagnies d'assurances aient pu s'accommoder de la position du Conseil d'Etat mais non de celle de la Cour de cassation.

2) Un malaise plus général

Si l'exercice par les caisses de sécurité sociale du recours contre le responsable du handicap de l'enfant est conforme au droit de la responsabilité et au droit de la Sécurité sociale, il n'en demeure pas moins qu'il peut encourir, comme en d'autres domaines, des critiques qui ont été tout particulièrement développées par Mme Yvonne Lambert-Faivre ; celle-ci regrette que les règles retenues en cas de recours des tiers-payeurs conduisent à réduire les droits de la victime. En effet, en vertu de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale, la Caisse est admise à poursuivre « le remboursement des prestations mises à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers responsable qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ». Or, ainsi que le constate Mme Lambert-Faivre, *« l'interprétation très restrictive de la jurisprudence, très défavorable aux victimes, estime que l'assiette du recours inclut « l'atteinte à l'intégrité physique » (compris comme le préjudice physiologique ou I.P.P.) et n'exclut, par une liste limitative, que le prix de la douleur, le préjudice*

esthétique, et un préjudice d'agrément ridiculement réduit à l'impossibilité de pratiquer un sport », alors que « le recours devrait s'exercer sur l'indemnité globale du préjudice corporel à l'exclusion des préjudices personnels extrapatrimoniaux dont les souffrances endurées, préjudice esthétique et préjudice d'agrément ne constituent qu'une liste indicative et non limitative. Ainsi convient-il d'exclure d'autres chefs de préjudice qualifiés de "personnels" par la Cour de cassation et plus généralement le déficit fonctionnel séquellaire (DFS), mesure moderne de l'atteinte physiologique au corps humain, distincte de tout préjudice économique professionnel mesuré de manière erronée par référence à un taux d'IPP »²⁰⁰.

Mais au-delà de ces questions techniques - « *le problème des recours des tiers-payeurs est l'un des plus complexes qui soit* » constate Mme Lambert-Faivre²⁰¹ - la question du recours des caisses a permis de renforcer la critique faite à la solution de la Cour de cassation que certains, dont le rapporteur, et la Cour elle-même dans son rapport annuel, prétendait justifier par une amélioration de la condition des handicapés par l'octroi d'une indemnité à l'enfant lui-même. En effet, pour certains commentateurs de l'arrêt, dès lors que la majorité de l'indemnisation revient à la CPAM, l'amélioration des moyens attribués aux handicapés est relative²⁰². Plus largement, la question, à première vue de nature budgétaire, concernant l'imputation des indemnisations à la personne de la victime ou aux organismes sociaux légalement appelés à rembourser nombre de frais liés aux dommages au titre de la solidarité nationale, pose ni plus ni moins, sous des dehors techniques de qualifications et de titularité des droits, le problème de la compatibilité de la justice commutative (responsabilité civile) et de la justice distributive (solidarité nationale). Ajoutons enfin que l'action directe et personnelle intentée même en l'absence de fondement légal révèle bien que les organismes sociaux ont autant d'intérêt que des personnes privées au développement de pratiques « eugéniques » consistant à éviter le risque

²⁰⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 5^e éd., Dalloz, 2004, p. 605

²⁰¹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 5^e éd., Dalloz, 2004, p. 579

²⁰² Dans ses conclusions sous les arrêts du 13 juillet 2001, l'Avocat général Jerry Sainte Rose écrivait : « *dans l'affaire P..., l'amélioration recherchée des conditions de vie de l'enfant sera remise en cause du fait de l'intervention de la sécurité sociale qui, par le biais de son recours subrogatoire, se taillera la part du lion.* »

de la naissance de personnes handicapées, surtout si le recours subrogatoire ne peut pas être mis en œuvre ou reste sans effet.

b) Les attitudes procédurales des caisses primaires d'assurance-maladie dans le contentieux de la naissance d'enfants handicapés

Ces quelques analyses du recours des caisses de sécurité sociale, nécessairement succinctes dans le cadre de cette étude, peut être utilement complétée par une présentation de l'attitude des caisses dans le contentieux de la naissance d'enfants handicapés, qui n'a pas été comparable à celle de la CPAM de l'Yonne dans tous les cas.

Parmi les décisions analysées dans le cadre de cette étude, les Caisses primaires d'assurance maladie ne sont parties au procès que dans 24 instances.

Le tableau ci-dessous présente de façon succincte l'attitude des caisses dans ces procès.

<i>Décisions</i>	<i>Attitudes des CPAM</i>
TGI Montpellier, 15 déc.1989	<i>Exercice du recours subrogatoire</i>
CAA Lyon, 21 novembre 1991	<i>Désistement d'instance</i>
TGI Evry, 13 janvier 1992	<i>Recours récursoire pour la somme de 1.851.128 F</i>
CA Versailles, 8 juillet 1993	<i>Intimée défaillante</i>
CA Paris, 17 décembre 1993	<i>La caisse précise que sa créance s'élève à 2.461.657, 93 F</i>
CE, 14 février 1997	<i>Désistement d'instance</i>

CA Versailles, 12 juin 1997	<i>La caisse demande à la Cour de constater que sa créance est de 1.066.983,23 F, et actualise le montant de sa demande, y ajoutant une demande en paiement de 5.186.852,99 F relative à la capitalisation des frais futurs au titre de placement, d'appareillage et de prestations diverses</i>
CA Aix, 9 avril 1998	<i>Intimée défaillante</i>
CA Rennes, 9 décembre 1998	<i>Assignée en intervention forcée, la Caisse est défaillante</i>
AP, 17 novembre 2000	<i>La caisse a formé un pourvoi incident, elle soutient qu' « à supposer que N. Perruche n'ait souffert d'aucun dommage imputable aux appelants, il n'en demeure pas moins qu'en raison de la naissance de cet enfant, la CPAM subit un préjudice propre résultant des nombreux versements qu'elle doit effectuer au profit de son assuré social »</i>
CA Paris, 7 juin 2001	<i>Agissant en intervention forcée, la Caisse sollicite le paiement de la somme de 557.019,50 francs représentant le montant provisoire de sa créance</i>
CA Bordeaux, 18 septembre 2001	<i>La caisse soutient que sa créance provisoire s'élève à 1.307.484,54 F</i>
CA Paris, 29 mars 2002	<i>La caisse sollicite la condamnation des appelants au remboursement de la somme de 1.102,96 F.</i>
CA Toulouse, 22 avril 2002	<i>Intimée défaillante</i>
CA Rennes, 15 mai 2002	La caisse sollicite la condamnation des médecins ayant suivi la grossesse à lui payer, à titre de provision, la somme en principal de 146.419,55 euros, et demande à la Cour de lui donner acte de ses réserves quant aux prestations qu'elle sera amenée à servir ultérieurement à son assuré pour le compte de son fils.

CA Aix, 19 septembre 2002	<i>La caisse demande à la Cour que lui soit donné acte de la réserve de ses droits</i>
CA Paris, 11 décembre 2002	<i>Désistement de la caisse de toutes ses demandes</i>
CE, 30 avril 2003	<i>La caisse est requérante et prétend exercer son recours subrogatoire sur la rente viagère accordée aux parents pour l'enfant</i>
CAA Paris, 24 juin 2003	<i>La Caisse a sollicité en première instance la somme de 233.109 F ainsi que les arrérages d'une rente dont le capital représentatif est fixé à 1.889.310,06 F</i>
CA Paris, 3 juillet 2003	<i>La caisse s'en rapporte à la justice sur l'appréciation des responsabilités encourues dans la survenance de l'affection rubéolique congénitale dont l'enfant a été victime à sa naissance ; dans l'hypothèse d'une responsabilité retenue contre le médecin, elle demande d'inclure les prestations en nature versées en raison de ladite affection congénitale, pour un montant de 29.792,94 euros , dans l'évaluation du préjudice corporel subi par l'enfant et soumis à recours, sous réserve des prestations non encore connues.</i>
CAA Nancy, 13 novembre 2003	<i>La caisse demande à la Cour de condamner le centre hospitalier à lui rembourser les prestations servies à la victime d'un montant de 57.456,49 euros.</i>
CA Paris, 27 novembre 2003	<i>Intimée défaillante</i>
TGI Lorient, 17 décembre 2003	<i>La CPAM demande le paiement des frais d'hospitalisation et médicaux à hauteur de 147.984,13 euros</i>
CA Rennes, 2 juin 2004	<i>La CPAM, régulièrement assignée à personne habilitée, n'a pas constitué avoué</i>

Ces données révèlent la variété des stratégies procédurales adoptées par les caisses : dans certains cas, elles sollicitent des sommes considérables en compensation de ce qu'elles ont versé pour l'enfant et devront par la suite lui verser

(ce dont elles sont déboutées lorsque le lien de causalité entre la faute des médecins et le handicap de l'enfant n'est pas retenu²⁰³) ; parfois elles sont défailtantes ou ne constituent pas avoué devant les Cours d'appel, parfois elles n'interviennent même pas à l'instance ; leur attitude est loin d'être uniforme, mais on ignore les motifs qui la fonde dans chaque cas.

On peut penser qu'une pratique aussi peu cohérente et qu'un droit positif aussi discuté qu'obscur s'expliquent en partie par la quasi absence de théorisation d'un droit positif qui ne réussit pas à articuler de manière juste et techniquement opératoire la justice commutative du droit civil et la justice distributive du droit social. Ceci est d'autant plus regrettable que les moyens économiques ou financiers ayant des limites, il serait préférable qu'ils soient répartis de manière plus claire et plus cohérente. A défaut, ce sont les compagnies d'assurance des médecins qui ont signifié la limite de la jurisprudence de la Cour de cassation.²⁰⁴

B. L'IMPACT DE L'ARRET « PERRUCHE » SUR LES PRATIQUES EN MATIERE D'ASSURANCE

Les réactions d'hostilité suscitées par la jurisprudence relative à la responsabilité du médecin n'ayant pas diagnostiqué le handicap d'un enfant n'ont pas uniquement des motivations d'ordre théorique, mais également pratique, la réaction des assureurs s'étant traduite par une augmentation des primes, notamment des médecins échographistes ou gynécologues.

²⁰³ Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a rejeté le recours de la CPAM dans son arrêt du 12 juin 1997 : « *Considérant que le préjudice corporel de l'enfant n'étant pas indemnisé, le jugement réformé doit être infirmé en ce qu'il a fait droit au recours subrogatoire de l'organisme social* »

La Cour d'appel de Paris a également rejeté le 7 juin 2001 la demande de la Caisse : « *Considérant que l'article L 376-1 du Code de la santé publique est inapplicable en l'espèce, aucune part de responsabilité du préjudice subi par l'enfant n'étant mise à la charge du Docteur Vignon, que la demande de la CPAM de Seine Saint Denis sera donc rejetée* »

Le recours est parfois accueilli : la Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 15 mai 2002 a en effet fait droit aux demandes de la CPAM de Nantes qui sollicitait la condamnation des médecins ayant suivi la grossesse à lui payer, à titre de provision, la somme en principal de 146.419,55 euros, et qui demandait à la Cour de lui donner acte de ses réserves quant aux prestations qu'elle sera amenée à servir ultérieurement à son assuré pour le compte de son fils.

²⁰⁴ Selon le Premier Président M. Guy Canivet, l'arrêt Perruche aurait eu pour but d'inciter les compagnies d'assurance à provoquer une réduction des risques et une amélioration des pratiques de diagnostic par la minoration des primes, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 2005, p. 43.

Il convient, avant de décrire l'impact de l'arrêt « Perruche » sur les pratiques en matière d'assurance de responsabilité médicale, de préciser la méthodologie qui a été suivie pour le recueil des informations nécessaires à cette étude (a). La description de l'attitude des assureurs après la publication de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000 et après la loi du 4 mars 2002 qui a supprimé la possibilité d'obtenir l'indemnisation des charges liées au handicap de l'enfant né à la suite d'un erreur fautive de diagnostic permettra de démontrer que la question de l'assurance de responsabilité civile médicale s'est au fil du temps largement détachée des questions suscitées par l'arrêt de l'Assemblée plénière, et est liée au développement du contentieux médical en général et à l'évolution du secteur de l'assurance(b). Il est apparu nécessaire par ailleurs de présenter l'état actuel du marché de l'assurance de responsabilité civile médicale après l'adoption de la loi du 30 décembre 2002 dont l'objectif était d'apporter des réponses à la crise de ce marché, toujours aiguë à la suite de l'adoption de la loi du 4 mars 2002 (c).

a) Méthodologie

L'objectif de la recherche était de préciser la mesure des augmentations de primes d'assurance dont la presse s'est fait l'écho, de déterminer l'impact de l'adoption de la loi nouvelle à cet égard, et de décrire les motivations des assureurs quant à l'augmentation des primes ou à la suppression de la couverture des médecins, après la jurisprudence du 17 novembre 2000, et le maintien de ces augmentations après l'adoption de la loi du 4 mars 2002.

Cependant, le recueil de données statistiques et la possibilité d'analyser de façon quantitative et précise l'impact de l'arrêt du 17 novembre 2000 sur les pratiques d'assurance s'est heurté à des difficultés certaines.

Ainsi, un questionnaire à l'attention des compagnies d'assurance a été élaboré et adressé à une dizaine de compagnies d'assurance, mais aucun n'a été retourné.

Cette absence de réponse est liée au fait que les données concernant les litiges relatifs au préjudice des parents et/ou de l'enfant handicapé ne sont pas isolées en termes comptables. Elles ne sont d'ailleurs probablement pas isolables, sans un travail considérable susceptible, entre autre, de se heurter au secret professionnel. Cette analyse est confirmée par les inspecteurs d'une mission conjointe de l'Inspection générale des finances (IGF) et de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) sur l'assurance de responsabilité civile médicale qui ont tenté d'obtenir des données quantitatives : les conclusions du rapport d'enquête soulignent en effet l'impossibilité d'établir un diagnostic quantitatif fiable :

« La mission a été confrontée à une difficulté méthodologique, l'impossibilité d'établir un diagnostic quantitatif fiable. En effet, la responsabilité civile médicale est comptabilisée dans la branche responsabilité civile générale et à ce titre ne fait l'objet d'aucune individualisation dans les comptes des compagnies d'assurance ; et il n'est pas possible de mettre en concordance l'information en provenance des tribunaux judiciaires et administratifs avec celles des compagnies d'assurance.

Aussi la mission s'est-elle fondée sur des enquêtes sur échantillons et des entretiens dont la fiabilité n'est pas assurée. »²⁰⁵

Par ailleurs, les données recueillies par la mission n'ont pu faire l'objet d'une publication, seules les conclusions des inspecteurs ayant été publiées :

« Le rapport ne peut être rendu public in extenso, compte tenu de l'obligation légale de protection d'informations financières couvertes par le secret commercial à l'exception du résumé des conclusions qui suit »²⁰⁶.

L'étude des pratiques assurancielles a dès lors dû être réalisée à partir de sources différentes. Une étude de la presse faisant état des réactions des assureurs

²⁰⁵ IGAS-IGF, « Conclusions du rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale », janvier 2004, p. 2

²⁰⁶ *ibid.*

et des médecins face à l'augmentation de leurs primes a été réalisée²⁰⁷, et les éléments essentiels de l'analyse ont été fournis d'une part par les résultats d'un entretien avec M. Claude Delpoux, responsable de la Direction des assurances de biens et de responsabilité de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) et d'autre part par l'analyse des conclusions du rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale de la mission conjointe IGAS-IGF.

b) Les réactions des assureurs après l'arrêt « Perruche » et après la loi du 4 mars 2002

La conclusion qui s'impose est qu'il est extrêmement difficile d'isoler le problème de l'indemnisation du handicap de naissance des problèmes plus généraux que suscite l'assurance de responsabilité civile médicale.

Certes, la réaction des assureurs qui a consisté en une augmentation des primes et des menaces de ne plus couvrir les praticiens effectuant des échographies et plus généralement des diagnostics prénataux est directement liée aux conséquences qu'ils ont tirées de la jurisprudence de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000.

En effet, alors qu'un débat très vif s'est engagé sur les conséquences éthiques de la jurisprudence « Perruche », les médecins et les assureurs n'ont pas tardé à souligner les conséquences financières de cette jurisprudence, jusqu'à évoquer, dans la presse nationale « *la fin de l'échographie fœtale* »

C'est ainsi que, dès février 2001, le Président du Syndicat national des ultrasonologistes diplômés (Snud), le docteur Philippe Kolf, a affirmé dans le journal *La Croix*²⁰⁸ que la pratique de l'échographie obstétricale pourrait être amenée à disparaître en France, à cause des hausses des primes d'assurance qui seront réclamées aux praticiens.

²⁰⁷ L'essentiel des informations chiffrées disponibles proviennent ainsi des intéressés eux-mêmes, assureurs ou assurés, et sont, comme telles, sujettes à caution, ou, en tout état de cause, impossibles à vérifier. Ces informations sont toutefois essentielles à la compréhension des enjeux du débat tel qu'il a été présenté à l'opinion publique et aux hommes politiques.

²⁰⁸ P. Bienvault, « Trois affaires dans l'ombre de "l'arrêt Perruche" », *La Croix*, 5 fév. 2001

Il précise ainsi :

« Nous avons déjà rencontré des assureurs, ils nous ont indiqué que, si l'arrêt Perruche devait faire autorité, ils seraient contraints d'augmenter les primes de façon absolument considérable. D'après leurs estimations, nos primes pourraient atteindre environ 76.000 € par an alors que pour l'instant, un échographiste paie en moyenne 305 € par an pour s'assurer. Il est évident qu'une très grande partie des échographistes en France ne pourront pas assumer une telle hausse et seront contraints de cesser leur activité. »

Le 6 mars 2001, le Sou Medical et la MASCF ont organisé une conférence de presse. Nicolas Gombault, directeur général adjoint du Sou Médical a alors expliqué que

« si l'on applique le principe de cet arrêt à tous les litiges concernant les affaires de non- dépistage des malformations, on risque de tuer l'échographie. Si l'on indemnise le préjudice d'une naissance d'un enfant handicapé à hauteur de 10 à 15 millions de francs, sachant qu'il existe 6 à 7.000 échographistes, pour financer un seul dossier d'indemnisation, on atteint déjà un taux de cotisation annuel de 3.000 F par an. Nous voulons attirer l'attention de la société civile sur le fait que les cotisations vont monter en flèche, qu'un certain nombre de praticiens ne vont pas pouvoir s'assurer ou au contraire répercuteront ces tarifs sur le coût de l'acte échographique qui deviendra inabordable pour bon nombre de patientes » « Une seule indemnisation pour un enfant coûterait l'équivalent de l'ensemble des primes d'assurance payées par l'ensemble des échographistes chaque année ».

Or, selon certaines estimations, 2000 enfants dont une malformation n'a pas été détectée par l'échographie seraient en mesure de réclamer chaque année une indemnisation.

Quelques mois plus tard, un article du Figaro du 26 novembre 2001 indiquait que « les principaux assureurs de la profession renégocient actuellement les contrats, avec des primes qui sont parfois multipliées par 10 ».

Après la confirmation de la jurisprudence par la Cour de cassation dans deux arrêts du 28 novembre 2001, un article du Monde daté du 30 novembre 2001 intitulé « Les médecins dénoncent une pression morale et financière "insupportable" » relayait les propos de Nicolas Gombault selon lequel

« il est impossible de dire si l'offre d'assurance pourra être maintenue en 2002. Les rares assureurs qui accepteront de couvrir la responsabilité du médecin devront fortement augmenter leurs cotisations, ce qui poussera de plus en plus de praticiens à abandonner cette activité ».

Le 11 décembre 2001, il déclarait dans Le Monde (article intitulé « les primes d'assurance flambent après l'arrêt Perruche ») que

« la confirmation de la jurisprudence Perruche pose la question, à terme, de l'assurabilité des praticiens échographistes, et, d'une façon générale, de ceux qui pratiquent le diagnostic anténatal, et à terme, de tous ceux qui suivent les grossesses ».

Ainsi, moins d'une semaine après la confirmation, par la Cour de cassation, de la jurisprudence « Perruche », plusieurs spécialistes du diagnostic prénatal ont annoncé qu'ils cesseront toute activité de dépistage des malformations au 1^{er} janvier 2002 (initiative lancée le 3 décembre 2001 lors de la journée internationale des personnes handicapées, à la veille de la réunion du collège national des gynécologues et obstétriciens français). Cette menace était très largement motivée par les difficultés que rencontraient ces médecins en terme d'assurance.

Quelques chiffres sont fournis par le Dr Guy-Marie Cousin, président du Syndicat des gynécologues-obstétriciens français dans Le Quotidien du Médecin du 17 décembre 2001 :

« pour 2002, le Sou Medical a porté les primes d'un gynécologue obstétricien – chirurgien, qu'il soit échographiste ou non à 82.716 F contre 5.800-6.000 F en 2001. Pour un obstétricien non chirurgien, le montant, qui connaît une majoration du même ordre, atteint 4.725 F. La prime de responsabilité civile en gynécologie médicale (sans obstétrique ni chirurgie) passe à 2427 F, voire à 2700 F si le praticien fait des échographies. »

Cette description semble montrer que l'augmentation des primes ou les refus de couverture avait pour conséquence directe les principes retenus par la Cour de cassation le 17 novembre 2000.

Pourtant, la crise de l'assurance de responsabilité médicale n'a fait que s'intensifier alors même que la loi du 4 mars 2002, sous la pression des assureurs, a supprimé la possibilité d'indemniser l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur fautive de diagnostic, mais également d'indemniser les parents de leur préjudice matériel (alors que dans cette hypothèse, le coût du sinistre est bien moins élevé pour les assureurs que dans l'hypothèse où l'enfant lui-même est indemnisé, en raison de l'absence de recours possible des organismes sociaux). Il est possible que les critiques nombreuses adressées à la loi elle-même aient dissuadé les compagnies d'assurance de modifier à nouveau une pratique de primes révisée à la hausse ; à moins que les activités médicales concernées aient été noyées dans l'ensemble des professions médicales spécialement visées par l'augmentation des primes.

Il est donc nécessaire de considérer que cette crise du marché de l'assurance de responsabilité civile médicale est la résultante d'autres facteurs, l'arrêt « Perruche » pouvant être considéré comme « la goutte qui a fait déborder le vase », après les récentes évolutions jurisprudentielles en matière de responsabilité médicale, et notamment celle de 1997 ayant opéré le renversement de la charge de la preuve en matière d'obligation d'information, ainsi que celles concernant les obligations de sécurité de résultat et les infections nosocomiales.

Les conclusions de la mission conjointe IGF-IGAS confortent cette analyse :

« la crise résulte pour les compagnies d'assurance de la conjonction d'une dégradation des comptes techniques, en dépit d'un relèvement tarifaire des primes d'assurance pour les professionnels de santé particulièrement exposés, et d'une contraction de l'offre d'assurance liée au désengagement de certains acteurs du marché. Ceci s'inscrit dans un contexte de croissance régulière des réclamations liées à des accidents médicaux, les indemnisations accordées aux victimes connaissant une croissance parfois forte en cas d'assistance d'une tierce personne. »²⁰⁹

Les difficultés rencontrées par le secteur de l'assurance médicale doivent en outre être replacées dans un contexte plus général. Les difficultés financières rencontrées par les compagnies d'assurance et les sociétés de réassurance à la suite des attentats du 11 septembre 2001 et de la chute des marchés financiers ont une influence déterminante. Ce contexte a en effet rendu moins attractif le secteur de la responsabilité civile médicale, activité peu rentable (la mission conjointe IGF-IGAS souligne en effet que la responsabilité civile médicale représente pour les assureurs une activité marginale, sauf pour les quelques sociétés spécialisées dans ce risque et que l'activité est très peu rentable). De plus, l'activité de l'assurance en responsabilité civile médicale était alimentée à 80% par les produits financiers, ce

²⁰⁹ IGAS-IGF, « Conclusions du rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale », janvier 2004, p. 2

qui, depuis la crise boursière et en raison de situation économique aléatoire, la rend peu intéressante économiquement.

Dans un rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi adoptée par le Sénat relative à la responsabilité civile médicale le 12 novembre 2002, par M. Jean-Pierre Door, député, il est ainsi précisé que :

« La situation difficile de ce marché de l'assurance n'est pas récente. Elle tient à l'augmentation des contentieux en matière médicale, au montant de plus en plus élevé des indemnisations accordées aux victimes par les tribunaux, à la plus grande technicité des actes réalisés qui décuple les risques, et à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis 1990, a remis en cause l'économie des contrats en imposant la couverture par les assureurs de sinistres dont le fait générateur peut être antérieur de trente ans. De manière plus générale, l'assurance civile médicale représentant le plus souvent une activité marginale des grandes compagnies d'assurance, elle a souffert du contexte économique et financier dégradé du secteur à la suite des tempêtes de 1999 et à la crise boursière ; celle-ci a fortement renchéri le coût de la réassurance sur l'ensemble des risques et particulièrement sur les risques longs comme l'assurance médicale, où les produits techniques proviennent pour près de 80 % des placements financiers. »

Mme Yvonne Lambert-Faivre souligne également que « l'industrie des assurances recherche légitimement son équilibre financier : le calcul des primes techniques peut alors être gravement perturbé par des compensations globales lorsque certaines branches (dans le risque dommages) ou certains placements financiers se révèlent déficitaires, voire catastrophiques. Or, il est certain que d'importantes pertes financières ont été provoquées naguère par des placements immobiliers spéculatifs de certaines sociétés d'assurances, plus récemment par des placements

boursiers – également spéculatifs – qui s'étaient écartés de la prudence financière jadis prônée. Il est non moins certain que la réalité de sinistres catastrophiques, technologiques ou naturels ont lourdement pesé sur les assureurs. Dès lors la nécessité d'un rééquilibrage financier global implique toutes les branches d'assurances, y compris l'assurance de responsabilité civile médicale » (La crise de l'assurance responsabilité civile médicale, D. 2003, Point de vue p. 142)

Toutes ces raisons justifient l'attitude des compagnies d'assurance qui ont continué à augmenter les primes, refusé la couverture de certaines spécialités ou même se sont retirés du marché malgré l'adoption de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 dont l'objet était de « mettre fin à la jurisprudence "Perruche" », et donc de répondre aux inquiétudes initiales des assureurs.

Dès avant l'adoption du texte, les assureurs ont fait part de leur mécontentement, notamment lors d'une réunion avec le ministre délégué à la santé, le 11 janvier 2002. « *Au-delà de l'arrêt Perruche, les compagnies d'assurance ont fait part de leur malaise face à l'accroissement des risques judiciaires encourus par leurs clients* », précise le journal Le Monde (« *La pression des assureurs sur les médecins persiste malgré la fin de la jurisprudence Perruche* », 15 janvier 2002) qui relate les propos Nicolas Gombault : « *La situation du point de vue de l'assurance ne saurait être pire* ». « *Les assureurs redoutent aussi l'adoption du projet de loi sur le droit des malades. Ce texte comporte des mesures contraignantes pour leur profession, dont l'obligation d'assurer les professionnels de santé en responsabilité civile* » précise l'article.

Après l'adoption de la loi du 4 mars 2002, les assureurs se sont insurgés, « *affirmant qu'elle rendait l'assurance de responsabilité médicale, désormais obligatoire, impossible* » (Y. Lambert-Faivre, *La responsabilité médicale : la loi du 30 décembre 2002 modifiant la loi du 4 mars 2002*, D. 2003, chr. p. 361)

Les deux principaux motifs de mécontentement concernaient d'une part le maintien de la règle du fait générateur pour la garantie dans le temps (les assureurs critiquaient le système selon lequel l'assureur au moment du fait générateur devait

couvrir le risque, même s'il se réalisait longtemps après la fin du contrat), et d'autre part l'obligation d'assurer²¹⁰.

Par ailleurs, les assureurs considéraient que l'absence de visibilité à long terme sur l'évolution des contentieux et de la future jurisprudence des nouvelles Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation rendait le risque médical inassurable.

« Arguments fondés ou non, les assureurs ont mis tout leur poids – considérable – dans la balance en se retirant, ou en menaçant de se retirer du marché de l'assurance responsabilité civile médicale » (Y Lambert-Faivre, *op. cit.*) C'est ainsi qu'en juillet 2002, les deux principaux assureurs médicaux, ACE Europe et Saint Paul, se sont retirés du marché. D'autres ont suivi : Lloyds, Swiss Life et Guerking.

Cette crise de l'assurance qui faisait craindre l'impossibilité pour les professionnels de santé de trouver une assurance a conduit à l'intervention des pouvoirs publics au terme de concertations avec les représentants du système de soins, les associations de malades et les assureurs, et a abouti au dépôt d'une proposition de loi présentée par le Sénateur Nicolas About le 25 octobre 2002.

L'exposé des motifs de cette proposition de loi *relative à la responsabilité civile médicale* précise :

« Le retrait de plusieurs compagnies d'assurance du marché de la responsabilité civile médicale prive de nombreux médecins libéraux, la moitié des cliniques privées et certains hôpitaux publics de la possibilité de s'assurer. Si rien n'était entrepris, cette situation

²¹⁰ La loi du 4 mars 2002 a en effet imposé une obligation d'assurance aux professionnels de santé. En vertu de l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique, « Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1, et toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis, mentionnés à l'article L. 5311-1 à l'exclusion du 5°, sous réserve des dispositions de l'article L. 1222-9 (11°, 14° et 15°), utilisés à l'occasion de ces activités, sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité de prévention, de diagnostic ou de soins ».

Parallèlement, la loi a prévu la constitution d'un Bureau central de tarification (BCT) médical, sur le modèle du BCT automobile, corollaire de l'obligation d'assurance des professionnels de santé. L'article 252-1 du Code des assurances impose ainsi, pour toute personne assujettie à l'obligation d'assurance, de saisir le BCT après s'être vue opposer deux refus de la part des assureurs.

pourrait - dès le 1er janvier 2003 - interdire à ces professionnels et à ces établissements de santé de poursuivre leur activité.

Les difficultés de l'assurance en responsabilité civile médicale sont naturellement bien antérieures à la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades. Elles tiennent au développement important du contentieux médical et d'une jurisprudence de plus en plus souvent défavorable aux professionnels de santé. Elles proviennent également de facteurs propres au monde de l'assurance et des difficultés que ce secteur connaît depuis les attentats du 11 septembre 2001.

Ces difficultés ont néanmoins un retentissement direct sur le fonctionnement de notre système de santé et génèrent une inquiétude bien compréhensible chez les professionnels de santé et au sein des établissements, qui voient dénoncés les contrats d'assurance qui les couvraient jusqu'alors. D'autres doivent parallèlement faire face à des augmentations considérables des primes demandées.

Le Gouvernement a rapidement pris la mesure du péril qui menaçait ainsi des pans entiers de notre système de santé. Après avoir largement consulté les représentants du système de soins, les assureurs et les associations de malades, qu'il a réunis lors d'une table ronde le 7 octobre dernier, M. Jean-François Mattei, Ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées a annoncé qu'une modification de la loi du 4 mars 2002 apparaissait nécessaire afin d'inciter les assureurs à revenir sur le marché de la responsabilité civile médicale. Tel est précisément l'objet de la présente proposition de loi, issue largement de cette concertation, qui vise à rétablir le bon fonctionnement du marché de l'assurance en responsabilité civile médicale tout en préservant les droits des malades, et notamment des victimes d'infections nosocomiales. »

Les dispositions de la proposition de loi avaient donc pour objet de permettre aux assureurs de revenir sur le marché, et s'articulaient pour l'essentiel en deux points : un partage de l'indemnisation des infections nosocomiales entre les assureurs et l'ONIAM (article 1er de la proposition de loi) et un nouveau régime juridique pour les contrats d'assurance en responsabilité civile médicale (article 4 qui prévoit que

ces contrats ne seront plus en base fait générateur mais en « base réclamation » (*claims made*) et ne couvriront plus indéfiniment les conséquences des actes passés, mais seulement ceux qui font l'objet d'une première réclamation par la victime pendant la période de validité du contrat.

Dès l'adoption du texte par le Sénat, des compagnies d'assurance du marché français, membres de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), ont constitué lors d'une assemblée générale qui s'est tenue le 15 novembre 2002 un groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM) pour garantir la couverture, sur l'ensemble de l'année 2003, des professionnels et établissements de santé dont les contrats d'assurance auront été résiliés et qui n'auraient pas pu en contracter d'autres, vu l'état du marché, avant 1er janvier 2003.

Les assureurs ont obtenu que la proposition de loi soit adoptée sans modification avant la fin de l'année 2002, en indiquant que les nouveaux contrats offerts par le GTAM ne seront pas signés avant son adoption. C'est ainsi que la loi du 30 décembre 2002 a été adoptée, en urgence.

c) La situation de l'assurance de responsabilité civile médicale après l'adoption de la loi du 30 décembre 2002

1. La reconstitution progressive du marché

Dans les conditions qui viennent d'être décrites, les assureurs ont donc obtenu que dorénavant ce soit la solidarité nationale (par l'intermédiaire de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, ONIAM) qui assure la réparation des infections nosocomiales correspondant à un taux supérieur à 25 % ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales (sans que cela conduise pour autant à une « déresponsabilisation des établissements de santé, car il est prévu que l'ONIAM peut disposer d'un recours subrogatoire contre l'établissement de santé si une faute est établie à l'origine du dommage, art. L. 1142-17 dernier al. CSP), et que

leur garantie ne joue qu'en cas de réclamation de l'assuré pendant la durée de validité du contrat.

Ces nouvelles mesures, favorables aux assureurs, devaient permettre au marché de l'assurance de responsabilité civile médicale de se reconstituer.

Qu'en est-il effectivement ?

Il apparaît que la situation du marché de l'assurance de responsabilité civile médicale a mis du temps à se stabiliser, rencontrant même d'immenses difficultés en 2003.

La mise en place, par les assureurs, du Groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM) fin 2002, dans l'attente de la mise en place du Bureau central de tarification (BCT) médical, a effectivement permis que la totalité des établissements et professionnels de santé trouvent une couverture de leur responsabilité civile en 2003, mais le montant des primes a été dénoncé par les syndicats de médecins qui ont considéré que les assureurs compensaient les pertes dues à de mauvais placements financiers et aux conséquences du 11 septembre, le directeur général du pool d'assureurs estimant au contraire que ces tarifs « sont le reflet de la réalité des risques, jusque-là sous-évalués ».

« Depuis plusieurs semaines », indique Le Monde du 18 octobre 2003, « *les gynécologues-obstétriciens, les chirurgiens et les anesthésistes dénoncent les conditions de souscription des primes d'assurances et la hausse des tarifs prévue pour 2004* ».

M. Claude Evin a indiqué, dans un article du Figaro du 28 octobre 2003 que le retour des assureurs sur le marché de la responsabilité civile médicale ne s'était pas réalisé, et que « *les professionnels de santé sont toujours aussi inquiets* ». Une pétition adressée au Président de la République, émanant de plusieurs syndicats de médecins, a évoqué le fait « *de très nombreux médecins sont tentés d'arrêter, dans des délais les plus brefs, les activités à risque du fait de l'augmentation excessive de leur prime d'assurance en RCP, voire de l'impossibilité à trouver un assureur* ». Des menaces de grèves ont par ailleurs fait jour.

La crainte venait notamment du fait que le GTAM devait disparaître au plus tard le 31 décembre 2003, et que le BCT, mis en place effectivement le 1^{er} septembre 2003, risquait de ne pas pouvoir traiter tous les dossiers avant cette date. C'est ainsi que les assureurs ont décidé de prolonger le GTAM de 6 mois, afin de garantir la continuité des couvertures et réaliser le retour à un fonctionnement normal du marché. Ils ont par ailleurs constitué un pool de co-réassurance (le GTREM, Groupement temporaire de réassurance médicale), afin d'apporter des capacités complémentaires aux sociétés auxquelles le BCT attribue des risques, mutualisant ainsi la charge des risques lourds.

Dans un entretien avec le Quotidien du médecin, le 21 novembre 2003, le Ministre de la santé de l'époque, Jean-François Mattéi, estimait que « *la continuité des soins n'est plus menacée* » et que le marché de l'assurance en RCP « *est encore convalescent et fragile, mais il n'est plus condamné* ». Il admettait en revanche son incapacité à réguler le montant des primes, contesté par les médecins.

Plus d'un an plus tard, la situation semble s'être stabilisée, même si certaines interrogations demeurent.

La Lettre d'information bimensuelle éditée par la Fédération française des sociétés d'assurance (Assurer, n°42) publiée le 26 janvier 2005 donne les informations suivantes :

« Après plusieurs années de difficultés, les professionnels de santé, y compris les établissements et les spécialistes à risques, ne devraient plus rencontrer de problème pour assurer leur responsabilité civile. Le retour à un marché normal est en effet bien engagé. De nouvelles sociétés d'assurance proposent des garanties aux praticiens. Les assureurs qui, l'année dernière, s'étaient vu attribuer des contrats par le Bureau central de tarification (BCT) ont, dans la plupart des cas, conservé les risques en 2005. Dans la même optique, la FFSA a invité ses sociétés adhérentes à ne pas résilier à la fin de 2004 les contrats qui leur avaient été attribué par le BCT, sauf s'ils présentaient une charge de sinistres

anormale. Cette recommandation avait pour objet que le BCT, conformément à sa vocation, soit seulement saisi pour un nombre limité de risques. Elle semble avoir été suivie : en 2004, le BCT a reçu 608 dossiers, dont 200 en fin d'année qui concernent les renouvellements de contrats pour 2005. »

Il est indiqué par ailleurs que le GTREM a été renouvelé en 2005, maintenant une couverture globale du marché.

Le Quotidien du médecin du 9 novembre 2004 indiquait également que le marché des assurances médicales était sur la voie de la convalescence :

« Aujourd'hui, il n'est plus question pour un médecin de se demander s'il sera ou non couvert l'an prochain : le marché de la responsabilité civile médicale se rétablit lentement, et, au pire, il reste le recours au Bureau central de tarification des assurances (BCT). La couverture est désormais garantie, mais à quel prix ? Problème crucial. Les syndicats médicaux croient avoir trouvé la solution auprès de compagnies étrangères, qui proposent des tarifs très compétitifs ». « En cette fin d'année 2004, la situation semble, de l'avis de tous, moins critique que l'an dernier. Les compagnies françaises réinvestissent timidement le secteur médical ; des assureurs étrangers les rejoignent. "La tendance est bonne, le marché est en train de se recréer, même s'il n'est pas encore stabilisé", observe Pierre Florin (Président du GTAM et directeur des affaires européennes d'AXA) ».

Seul le montant des primes, jugé excessif par les médecins, pose problème. En 2005, la tendance s'annonce à nouveau à la hausse, même si le BCT n'a pas augmenté ses tarifs. « Pour la vingtaine de cas examinés depuis le 1er octobre 2004, le tarif 2004 a été reconduit en l'absence de sinistre. Soit 16 600 euros TTC pour un chirurgien, 15 200 euros pour un gynéco-obstétricien, et 6 200 euros pour un anesthésiste », indique le Quotidien du médecin.

Le journal Les Echos du 28 décembre 2004 indiquait quant à lui que

« les tarifs de l'assurance médicale augmentent en moyenne de 15 % pour les cliniques ou

établissements de soins en 2005. Les tarifs sont stables pour les praticiens » : « pour les médecins pratiquant des spécialités à risques, comme la chirurgie, l'anesthésie ou la gynécologie-obstétrique, les tarifs, après avoir été multipliés par deux, voire par trois au cours de ces dernières années, devraient, sauf exception liée à la sinistralité, rester stables en 2005. Le Bureau central de tarification n'a pas majoré ses tarifs pour l'an prochain. La plupart des assureurs - qui souvent se calent sur les tarifs du BCT -, non plus, sauf pour les affaires sinistrées et les gynécologues-obstétriciens, qui dans certaines compagnies supportent de nouvelles majorations de l'ordre de 10 % à 15 % pour 2005 »

Ce montant excessif des primes, même s'il est en général stabilisé, a conduit les assureurs étrangers à réinvestir le marché français. Le Quotidien du Médecin indiquait ainsi le 3 décembre 2004 que :

« les assureurs étrangers, sollicités par les syndicats médicaux qu'affole l'envolée des primes en responsabilité civile professionnelle (RCP), font leur grand retour en France. A des tarifs défiant toute concurrence ».

Et il apparaît que le montant des primes proposées est fortement lié à l'existence d'engagements en termes de prévention et de gestion des risques, élément qui paraît récurrent dans les questions touchant à l'assurance de responsabilité civile médicale.

2. L'impact de la crise de l'assurance de responsabilité civile médicale sur les mesures de prévention des risques médicaux

Début 2002, alors qu'était discuté à l'Assemblée nationale le projet de loi incluant le dispositif « anti-Perruche », ont eu lieu les états généraux de l'échographie et du diagnostic prénatal. les médecins échographistes observant une grève depuis le 1^{er} janvier 2002. Envisageant de lever leur mot d'ordre de grève, les responsables du Syndicat national des gynécologues obstétriciens de France (SYNGOF) ont jugé « indispensable que le ministre de la santé complète le dispositif législatif sur la jurisprudence Perruche par la mise en place d'un groupe de travail qui, sous l'égide des sociétés savantes, aura

pour mission de définir quelles doivent être, concrètement, les conduites à tenir en matière d'échographie obstétricale et d'information aux patientes. »

L'attention a donc été portée sur la nécessité d'élaborer des bonnes pratiques en matière d'échographie fœtale, solution qui serait à même de diminuer le «risque médico-légal » (l'expression discutable de la pratique médicale) des professionnels concernés.

Cette préoccupation est partagée par les auteurs du rapport « Diagnostic prénatal, pratiques et enjeux » établi et publié par l'INSERM en 2003 :

« Le vrai problème aujourd'hui est qu'il existe une grande disparité dans la formation et l'expérience des opérateurs. Près de trois millions d'échographies obstétricales sont annuellement pratiquées en France, que ce soit par des gynécologues-obstétriciens, des radiologues, des médecins généralistes diplômés en échographie, et par quelques biophysiciens ou par des sages-femmes.

Il n'y a aucune réglementation de la formation initiale des opérateurs.

La formation continue en principe obligatoire depuis la loi du 24 avril 1996 n'a toujours pas de modalités d'application. Il n'est plus concevable que des échographies morphologiques du fœtus soient réalisées par des médecins qui n'ont aucune formation théorique validée, ni subi le moindre contrôle des aptitudes pratiques.

Dans l'état actuel de la situation en France, il apparaît souhaitable de suggérer un accès rapide et facile aux centres de référence en cas de doute diagnostique, voire de rendre obligatoire ce deuxième niveau de dépistage lorsqu'il existe un haut risque malformatif.

Ceci permettrait peut-être d'enrayer la rapide augmentation des affaires médico-légales. »

Dans le contexte de crise de l'assurance de responsabilité civile médicale qui a été décrit précédemment, et qui reste encore criant pour les gynécologue-obstétriciens frappés plus que les autres professionnels par des hausses de leurs primes, l'idée d'encourager les bonnes pratiques et la qualité des soins, en contrepartie de la prise en charge d'une partie des primes d'assurance a vu le jour. C'est ainsi que sont nés

les contrats de pratique professionnelle, pour les échographistes mais également pour d'autres spécialistes également touchés par la crise de l'assurance (a). De façon plus générale, la promotion des bonnes pratiques, et la mise en œuvre de mesures de prévention des risques médicaux est apparue comme une solution aux difficultés rencontrées par ce marché (b)

2-1. Les contrats de pratique professionnelle

Les conclusions de la mission IGAS-IGF indiquent que « des mesures significatives en terme de revenus sont intervenues en 2002 en faveur des obstétriciens et des maternités, puis en 2003 pour les échographistes, les chirurgiens (dont les obstétriciens) et les anesthésistes par le dispositif des contrats de pratique professionnelle ».

En effet, la CNAMTS (Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés) a élaboré en lien avec les organisations représentatives des médecins spécialistes un contrat de pratique professionnelle pour certaines disciplines : anesthésie, chirurgie et échographie.

Ces contrats de pratique professionnelle, publiés au Journal Officiel du 24 décembre 2003, s'adressent aux médecins spécialistes de secteur 1 de ces disciplines, qui ont des difficultés liées à la forte augmentation de leurs primes de responsabilité civile. Grâce à ces contrats, une partie des primes est prise en charge par les Caisses primaires d'assurance maladie. L'objectif est de soutenir et de valoriser sur le plan financier (sous forme de rémunérations forfaitaires) les démarches de qualité de soins menées par ces professionnels de santé.

Il convient d'analyser plus particulièrement le contrat de pratique professionnelle proposé aux spécialistes qui réalisent des échographies obstétricales : celui-ci vise à soutenir l'amélioration de la qualité des échographies obstétricales et du suivi des patientes.

Pour bénéficier de la rémunération forfaitaire prévue par le contrat, les médecins spécialistes concernés s'engagent à utiliser un équipement médical respectant certaines normes techniques et à rédiger pour chaque patiente un compte-rendu détaillé écrit des échographies obstétricales réalisées. Ils doivent attester d'une activité minimale de 380 échographies par an. La rémunération forfaitaire est proportionnelle à son activité. Deux montants sont proposés : 2000 € pour une réalisation de moins de 1500 échographies et 4000 € pour plus de 1500 échographies.

Par ailleurs, la caisse participe aux primes de Responsabilité Civile Professionnelle des médecins du secteur 1, dont les primes annuelles d'assurance sont, au 1^{er} janvier 2003, d'un niveau égal ou supérieur à 1.000 €, cette aide étant égale à la différence entre l'appel des cotisations au titre de l'exercice 2003 et celui réglé en 2001.

A la suite d'un accord conclu le 9 janvier 2004, un avenant a également été publié à la convention nationale des médecins généralistes concernant les contrats de pratiques professionnelles portant sur la réalisation d'échographies obstétricales.

En tout état de cause, ces contrats de pratique professionnelle apparaissaient comme des mesures transitoires, visant à aider à la souscription d'assurance des spécialistes particulièrement visés par la crise de l'assurance de responsabilité civile médicale. Très critiqués par les syndicats de médecins, ils ont rencontré un succès mitigé. Le succès a été réel pour les chirurgiens et les anesthésistes, mais les médecins réalisant des échographies obstétricales ont peu adhéré aux CPP.

Le Quotidien du médecin du 23 février 2004²¹¹ indique en effet que

« 3001 praticiens exerçant en secteur I ont signé un contrat de pratiques professionnelles selon les résultats de la Caisse nationale d'assurance-maladie. Une grande majorité des chirurgiens y ont adhéré (68,5 %) de même que 51,5 % des anesthésistes-réanimateurs. Les médecins réalisant des échographies obstétricales ont en revanche rejeté le CPP ou n'ont pas atteint le seuil des 380 échographies obstétricales »,

²¹¹ C. Gattuso, « Chirurgiens et anesthésistes : le succès des CPP »

mais il souligne les critiques faites à ces contrats, et cite notamment les propos du porte-parole du collectif des chirurgiens de secteur I qui considère que le **CPP revient à faire des chirurgiens des salariés « *mais il s'agit d'un mauvais salariat car nous n'en avons pas les avantages (...). La prime proposée est un cadeau empoisonné.* »** La Fédération des médecins des France (FMF) s'est déclarée également opposée à « *cette politique d'aides ciblées, antichambre de la forfaitisation* ».

Le Quotidien du médecin constate également que le CPP est un « *contrat inadapté* » pour les échographies obstétricales.

C'est ainsi que le SYNGOF a publié, le 2 janvier 2004 un communiqué de presse dénonçant les limites de ces contrats de pratique professionnelle :

« Le Syndicat National des Gynécologues et Obstétriciens de France a pris connaissance des contrats de pratique professionnelle publiés au Journal Officiel du 24 décembre 2003 qui :

- ne concernent que les praticiens du secteur I*
- excluent les praticiens exerçant en secteur II*
- excluent les praticiens qui ne réalisent pas suffisamment d'échographies obstétricales ou d'actes chirurgicaux.*

Ces contrats constituent une mesure de plus contre la gynécologie-obstétrique (...)

Comment accepter, par exemple, qu'un gynécologue médical qui suit une grossesse puisse facturer la consultation prénatale 25 euros alors qu'un gynécologue-obstétricien qui assume la responsabilité de l'accouchement ne pourra la facturer que 23 euros ?

Comment accepter qu'un gynécologue médical soit assuré pour moins de 500 euros alors qu'un gynécologue-obstétricien qui réalisera l'accouchement subit une assurance de 16600 euros cette année, à condition que sa responsabilité n'ait pas été retenue par un juge depuis 1998, sinon il paiera 3000 euros de plus par sinistre déclaré.

Ces contrats sont la preuve de l'incapacité du ministère de la santé et du syndicat représentatif qui les a signés, à trouver une solution à la crise majeure que connaît la spécialité de gynécologie et d'obstétrique »

Toutefois, la démarche qui avait présidé à l'élaboration de ces contrats a été confirmée par la loi relative à l'assurance maladie, et, de façon générale, il apparaît qu'une des solutions à la crise de l'assurance de responsabilité civile médicale réside dans la promotion de la qualité des soins et la gestion des risques.

2.-2. Le lien entre la qualité des soins et l'assurance

La mission conjointe IGF-IGAS a déploré dans ses conclusions du rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale l'insuffisance des dispositifs de prévention des accidents évitables. Elle considère en effet que la réduction des accidents médicaux et plus largement la qualité des soins constituent un enjeu majeur pour le secteur de l'assurance de la responsabilité médicale.

La mission recommande ainsi le développement d'une gestion globale des risques médicaux : « L'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) qui a déjà en charge le développement d'une politique globale de la qualité des pratiques médicales et des établissements de soins, a initié tout récemment un projet de gestion des risques. L'ANAES doit être encouragée dans cette voie »²¹².

Elle fait ainsi référence à un projet des URML (Unions régionales des médecins libéraux), qui a fait l'objet d'un large consensus : la création d'un dispositif de gestion des risques, appelé RESIRIQ. En effet, dans le cadre de leur mission d'expertise sur l'évolution du système de soins²¹³, les URML se sont attaquées au problème de la responsabilité civile professionnelle, dès l'instant où elles ont constaté l'inefficacité de la loi About du 30 décembre 2002 dont l'adoption prétendait régler définitivement les difficultés d'assurance des médecins. Elles ont évolué d'un projet de fonds assurantiel lié à la solidarité à un projet plus consensuel de gestion des risques « RESIRIQ ». L'idée de ce projet est qu'un dispositif de

²¹² IGAS-IGF, « Conclusions du rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale », janvier 2004, p. 7

²¹³ Le Code de la santé publique confie aux sections des URML (Unions régionales des médecins libéraux) le soin de mettre en œuvre l'évaluation des pratiques professionnelles des médecins (Articles D 1414-53 à D 1414-65)

gestion des risques contribuerait à réduire la pression judiciaire et apporterait la maîtrise des chiffres de la sinistralité.

Elle a par ailleurs recommandé que le dispositif de compensation des surcoûts d'assurance soit prorogé en 2004.

La solution retenue par le législateur le 13 août 2004, dans la loi relative à l'assurance-maladie, répond à ces deux préoccupations :

D'une part, en effet elle a rendu obligatoire l'évaluation des pratiques professionnelles pour tous les médecins exerçant à titre libéral (article L4133-1-1 du Code de la santé publique).

La loi bouleverse ainsi profondément la réglementation sur l'évaluation des pratiques professionnelles en généralisant l'évaluation à l'ensemble des médecins libéraux, hospitaliers et salariés, alors qu'elle était jusqu'à présent limitée aux médecins libéraux, et en rendant désormais obligatoire l'évaluation individuelle des pratiques professionnelles, mesure assortie de sanctions qui peuvent être infligées aux praticiens par les sections des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins.

Le Parlement a vu en effet dans l'évaluation un facteur essentiel d'amélioration de la qualité des soins, auquel il fallait donner une nouvelle impulsion, alors que, cinq ans après la parution des textes législatifs et parlementaires sur l'évaluation des pratiques professionnelles par les URML, seules 81 évaluations individuelles ont pu être recensées.

Un rapport de M. Alain Vasselle, Sénateur, précise en effet :

« Annoncée par la loi du 4 janvier 1993 portant création des Unions régionales de médecins libéraux (URML) et dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, l'évaluation des pratiques professionnelles vise à améliorer la qualité des soins en permettant à chaque praticien de disposer d'une appréciation et de recommandations formulées par ses pairs, sur la qualité de ses pratiques en matière de prévention, de diagnostic et de thérapeutique. (...) Si l'expérimentation est jugée positive, il convient toutefois, de souligner

que seuls 133 médecins « habilités » à évaluer leurs confrères ont été formés par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) et qu'à la fin de l'année 2003, 81 évaluations individuelles et 22 évaluations collectives, uniquement, ont été terminées. Malgré ces résultats modestes, le recours à l'évaluation des pratiques professionnelles est appelé à se généraliser et, dans cette perspective, les URML et l'ANAES se sont engagées à évaluer 10.000 médecins libéraux dans les deux ans à venir. »²¹⁴

D'autre part, la loi a prévu une aide à la souscription d'assurance pour les médecins accrédités ou engagés dans une procédure d'accréditation.

La loi met en effet en place une procédure d'accréditation des médecins sous la responsabilité de la Haute Autorité de santé, concerne tous les médecins volontaires, quel que soit leur mode d'exercice et qui sera menée sur la base de référentiels de bonnes pratiques. Renouvelée tous les 4 ans, elle fera l'objet d'une publicité auprès des assurés sociaux.

Cette mesure a été présentée comme une réponse à l'inflation insupportable des primes d'assurance dans les spécialités à hauts risques

Autre mesure dont l'objet est présenté comme devant répondre à la situation de crise de l'assurance médicale, la loi prévoit la création de l'Observatoire des risques médicaux, sous la forme d'une commission rattachée à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (Oniam). Cet observatoire aura pour objet essentiel de publier des données sur l'assurance du risque médical et l'indemnisation des accidents médicaux.

Cette création répond également à une recommandation de la mission IGF-IGAS, qui avait préconisé la mise en œuvre d'un « *dispositif de mise en cohérence et de suivi des informations sur les réclamations (et les contentieux) permettant une communication transparente* », dispositif de suivi de nature statistique et comptable permettant de

²¹⁴ Alain Vasselle, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'assurance maladie, déposé au Sénat le 21 juillet 2004.

bien évaluer les effets des réformes récentes issues des lois du 4 mars et 30 décembre 2002.

La FFSA (dans sa lettre « Assurer », n°42, préc.) considère que la loi du 13 août 2004 va dans le bon sens :

« La mise en place de l'Observatoire des risques médicaux, qui sera alimenté, entre autres, par les assureurs, devrait accroître la visibilité du risque et permettre une restauration complète du marché. Les mesures de prévention ne peuvent que favoriser la réduction des accidents médicaux et diminuer le risque de responsabilité encouru par les médecins ».

.

Les différentes mesures mises en place par la loi du 13 août 2004 nécessitent encore l'adoption de décrets d'application, leur effet sur le marché de l'assurance de responsabilité civile médicale n'est donc pas encore mesurable. Certains indices peuvent toutefois permettre de penser qu'une telle promotion de la gestion des risques, si elle est effective, permettra au marché de l'assurance de proposer des primes à un niveau acceptable.

Pierre Florin, le président du feu GTAM (Groupement temporaire d'assurance médicale), a ainsi déclaré qu'*« il faut mettre en place l'observatoire de la sinistralité et les référentiels de prévention : cela contribuera à rétablir le marché durablement. »*

Par ailleurs, l'offre d'assurance proposée par le courtier Marsh, qui a fait son apparition sur le marché de la responsabilité civile médicale fin 2004 en France et qui présente des tarifs défiant toute concurrence, est basée sur cette promotion de la gestion des risques.

Le Quotidien du médecin, dans un article du 3 décembre 2004, précise ainsi que l'offre de Marsh repose sur un partenariat avec les syndicats médicaux, qui met l'accent sur la prévention et le respect de recommandations établies par les professionnels de santé. *"Nous avons eu l'idée de cette initiative dans l'attente du programme d'accréditation des médecins" : le courtier parie sur l'amélioration des pratiques médicales et sur une baisse des sinistres dans un avenir assez proche ».*

Le Quotidien rappelle que

« précurseurs en matière de gestion du risque, les anesthésistes ont réussi depuis cinq ans à réduire considérablement le nombre d'accidents médicaux. Résultat : leurs primes n'ont pas connu de spectaculaire envolée, et ils gardent le choix entre plusieurs assureurs, ce qui n'est pas le cas des gynéco-obstétriciens, pour qui la situation semble plus désespérée. Le Dr Guy-Marie Cousin, président du Syndicat des gynécologues et obstétriciens de France (SYNGOF), s'est démené cet été pour trouver de nouvelles offres. Marsh propose 10 990 euros par an aux gynéco-obstétriciens. Le Syngof, content du tarif, a passé un partenariat avec le courtier : en échange de ce « bon prix », les accoucheurs s'engagent à mieux gérer le risque médical. »

Le SYNGOF précise en effet, dans un communiqué de presse, que le syndicat et MARSH ont *« convenu que ces contrats permettraient le financement d'une association de gestion des risques pour les gynécologues et obstétriciens, GYNERISQ. Cette association, à laquelle le Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) apportera son expertise, aura pour double mission l'analyse des données de la sinistralité des gynécologues et obstétriciens et la diffusion de recommandations de bonnes pratiques. »*

Ainsi, précise le communiqué,

« GYNERISQ se positionne dès à présent comme l'interface des gynécologues et obstétriciens avec l'Observatoire national de la sinistralité rattaché à l'ONIAM. Cette association a également vocation à devenir l'outil de gestion des risques de la profession pour l'organisme national de gestion des risques qui doit être mis en place par la future Haute Autorité en Santé ».

Le SYNGOF espère que cette nouvelle solution d'assurance adossée à une association de gestion des risques gérée par la profession elle-même répondra durablement aux attentes des gynécologues et des obstétriciens, en inaugurant une période de stabilité des tarifs de l'assurance et une maîtrise de la « judicialisation »..

Il reste que les données statistiques de la judiciarisation de la pratique médicale mériteraient précisément établies et communiquées par spécialité notamment afin de n'être plus fantasmées et de ne plus générer des comportements peu rationnels²¹⁵

En conclusion, il apparaît que l'arrêt « Perruche », qui a été le déclencheur d'une réaction des assureurs conduisant à une crise majeure ayant nécessité l'intervention des pouvoirs publics, a été pour une large part un révélateur de problèmes qui existaient déjà auparavant. Il apparaîtra peut-être, à long terme, comme ayant permis la mise en place de mesures qui s'avéraient nécessaires, particulièrement en matière d'échographie, activité pour laquelle les bonnes pratiques faisaient cruellement défaut²¹⁶.

Dans le journal Libération du 7 mars 2001, une réflexion d'un gynécologue s'avère très instructive : ***« il reste que les problèmes actuels sont la rançon de vingt ans de pratique sans beaucoup de réflexion sur ses modalités. On a accueilli le diagnostic prénatal comme un progrès sans que ses objectifs soient clairement définis. Aujourd'hui, c'est un fiasco pour manque d'évaluation ».***

La crise de l'assurance, notamment pour les professionnels de la naissance, aussi regrettable qu'elle soit, aura finalement permis d'engager la réflexion en ce sens. C'est bien ce que confirme l'étude sociologique menée par Mmes Moyse et Diederich auprès des échographistes et des gynécologues obstétriciens²¹⁷.

²¹⁵ Sur ces questions v. la revue *Sève*, n° 5, 2005, p. 21-91 (notamment articles de L. Hemlinger, D. Martin, La judiciarisation de la médecine : mythe et réalité, p. 39 ; J. Lansac, M. Sabouraud, Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale, p. 47)

²¹⁶ V. l'analyse de la crise et les recommandations du rapport de C. Sureau et R. Henrion, présidents du Comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal, rendu public le 1^{er} juin 2005 ; Le Monde, 2 juin 2005, p. 10. Ce Comité avait été saisi en 2001 par B. Kouchner alors Ministre délégué à la santé.

²¹⁷ Rapport de recherche sur l'impact de l'arrêt « Perruche » auprès des échographistes et des gynécologues obstétriciens, Mission Droit et Justice, 2004.

Eléments de Bibliographie spéciale à la question de l'assurance médicale

Articles

L'assurance de responsabilité civile médicale au 1^{er} janvier 2005, Assurer (Lettre d'information bimensuelle éditée par la Fédération française des sociétés d'assurance) n°42, 26 janvier 2005

DUBOUIS, L., *Assurance privée et responsabilité médicale*, RDSS 39 (3) , 2003, p. 353

L. HEMLINGER, D. MARTIN, La judiciarisation de la médecine : mythe et réalité, revue *Sève* , n° 5, 2005 p. 39

LAMBERT-FAIVRE, Y.,

La crise de l'assurance responsabilité civile médicale, D. 2003, Point de vue p. 142

La responsabilité médicale : la loi du 30 décembre 2002 modifiant la loi du 4 mars 2002, D. 2003, chr. p. 361

J. LANSAC, M. SABOURAUD, Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale, , revue *Sève* , n° 5, 2005 p. 47.

RADE, C., *La solidarité au secours de la responsabilité*, Resp. civ. et ass. 2003, chr. n° 5

VILLENEUVE, P., *Les vicissitudes de l'assurance de responsabilité civile des professionnels de santé*, Les Petites Affiches, 17 déc. 2004

Rapport

IGF-IGAS, *Conclusions du rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale*, janvier 2004

Articles de presse

Le Monde

- BENKIMOUN, P., *Les médecins dénoncent une pression morale et financière « insupportable »*, 30 nov. 2001
- SANTI, P., *Les primes d'assurance des médecins flambent après l'arrêt Perruche*, 11 déc. 2001
- BLANCHARD, S., MICHEL, A., *La pression des assureurs sur les médecins persiste malgré la fin de la jurisprudence Perruche*, 15 janv. 2002

- SANTI, P., *Des primes de plus en plus élevées pour les médecins*, 26 juin 2002
- KOUCHNER, B., *Les assureurs contre les malades*, 20 oct. 2002
- *Les médecins spécialistes dénoncent le prix de leurs assurances*, 18 oct. 2003

Libération

- EVIN, C., *L'assurance en un combat douteux*, 19 sept. 2002

Le Figaro

- CHARETTE (de), L., *Les assureurs ne baissent pas les primes*, 11 janvier 2002
- Affaire Perruche : baisse relative des assurances*, 21 mars 2002
- CHARETTE (de), L., *Les patients piégés entre assureurs et médecins*, 19 sept. 2002
- QUEMENER, J.-M., *Les obstétriciens en grève contre leurs assureurs*, 2 janv. 2003
- BOHINEUST, A., PEREZ, M., BOMMELAER, C., BAYART, B., *Les médecins spécialistes cherchent en vain un assureur*, 8 oct. 2003
- EVIN, C., *De la crise de l'assurance à l'irresponsabilité du médecin ?*, 28 oct. 2003

Le Quotidien du médecin

- DEGAIN, J., *Le directeur de la MASCF répond aux détracteurs des assurances*, 3 mars 2004
- BOURGUIGNON, A., *Les atouts d'un projet pour la RCP. Un outil pour prévenir les risques et encourager la baisse des primes*, 9 avr. 2004
- CHARDON, D., *Les pouvoirs publics restent très attentifs au problème de la RCP. Le marché des assurances médicales sur la voie de la convalescence*, 9 nov. 2004
- CHARDON, D., *RCP : le ministère de la Santé éclaire la situation*, 3 déc. 2004
- CHARDON, D., *Macsf : politique tarifaire indépendante des concurrents*, 3 déc. 2004
- CHARDON, D., *Marsh : prix modérés grâce à un mélange de sélection et de prévention*, 3 déc. 2004

L'Express

- OLIVIER, V., *Accidents médicaux : des risques surévalués*, 11 déc. 2003

Les Echos

- Responsabilité civile : les assureurs demandent une vaste réforme*, 10 sept. 2002
- Assurance médicale : tarifs stables pour les praticiens, en hausse pour les cliniques*, 28 déc. 2004

C. L'IMPACT DE L'« ARRET PERRUCHE » SUR LA PRISE EN CHARGE DU HANDICAP : LA REFORME DE LA LOI D'ORIENTATION EN FAVEUR DES PERSONNES HANDICAPEES DU 30 JUIN 1975

L'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, intervenu pour « briser » la jurisprudence de l'Assemblée plénière relative à l'indemnisation de l'enfant dont le handicap n'a pas été décelé pendant la grossesse, figure dans le titre 1^{er} de la loi consacré à la « *solidarité envers les personnes handicapées* ». Les dispositions de cet article affirmant à la fois l'impossibilité pour l'enfant d'être indemnisé de son handicap et l'impossibilité pour les parents d'obtenir une indemnisation au titre « *des charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap* » ont donc pour objectif d'assurer la solidarité de la nation à l'égard des personnes handicapées.

L'affirmation d'un droit à compensation du handicap, s'il ne résulte pas de cette loi puisqu'il était déjà affirmé par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, trouve son origine dans les critiques et les discussions qui ont suivi l'affirmation par la Cour de cassation du droit de l'enfant à être indemnisé de son handicap. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », procédant à la réforme de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées du 30 juin 1975, est intervenue pour rendre effectif ce droit à compensation.

Avant de présenter les principales dispositions de cette loi du 11 février 2005 et les modifications apportées au droit antérieur **(b)**, il convient d'analyser la genèse de ce texte, censé apporter une réponse aux questions et contestations suscitées par la jurisprudence « Perruche » **(a)**.

a) La genèse de la réforme de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées du 30 juin 1975

Les vives discussions qui ont suivi la publication par la Cour de cassation de l'arrêt dit « Perruche » du 17 novembre 2000 ont mis l'accent sur la nécessité d'améliorer la condition des personnes handicapées, tant en termes de moyens financiers (1) qu'en termes d'égalité (égalité des droits entre personnes handicapées et non handicapées, mais également entre personnes dont les handicaps ont des causes différentes) (2).

1. La nécessité de renforcer les moyens accordés aux personnes handicapées

Le débat consécutif à l'arrêt Perruche a révélé la nécessité d'une meilleure prise en charge des personnes handicapées, cet objectif étant au centre des revendications des associations de personnes handicapées dont l'influence dans le débat public a été soulignée (voir *supra* I, A).

Très rapidement en effet l'attention a été portée sur l'insuffisante prise en charge du handicap qui aurait justifié à la fois l'action en justice des parents et la solution admise par la Cour de cassation.

D'une part, en effet, nombreux sont ceux qui ont souligné que l'action des parents avait pour origine les difficultés matérielles de ceux-ci. Ainsi, M. Gérard PRIER, représentant de l'Association des paralysés de France (APF) a déclaré lors de la Table ronde organisée et présidée par M. Claude Evin le 29 mars 2001 intitulée « Arrêt Perruche : Faut-il légiférer ? » :

« nous nous sommes finalement demandés ce qu'avaient cherché ces parents en introduisant cette action. Il nous semble qu'ils ont cherché à faire en sorte que leur enfant puisse mener une vie digne, une vie comme tout le monde, une vie avec tout le monde. En ce sens, il nous a semblé que la recherche des parents n'avait pas été qu'il soit indemnisé

de sa naissance mais indemnisé de son handicap. L'action des parents de Nicolas a bien consisté à chercher à lui assurer les moyens matériels nécessaires pour vivre, considérant que les politiques publiques ne sont, aujourd'hui, pas satisfaisantes car insuffisantes ». Le rapport du groupe d'éthique de l'Association des paralysés de France (APF) souligne quant à lui que « ces questions ne feraient pas l'objet de tant de débats si les moyens d'accompagnement et d'insertion sociale des personnes handicapées et de leurs familles étaient à la hauteur de la dignité qu'on leur accorde en théorie ».

D'autre part, dans le rapport de la Cour de cassation de l'année 2000, l'amélioration des conditions de vie des personnes handicapées a été présentée comme une des préoccupations de l'Assemblée plénière :

« il lui est apparu que le respect effectif, et pas seulement théorique, de la personne passait par la reconnaissance de l'enfant handicapé en tant que sujet de droit autonome et que devait être reconnu son droit propre à bénéficier d'une réparation du préjudice résultant de son handicap -et exclusivement de celui- ci- de façon à lui permettre de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine malgré ce handicap ».

Certains auteurs ont pu voir dans la décision de l'Assemblée plénière « une sentence d'équité » :

« La Cour de cassation a pu " à bon droit" faire œuvre d'humanisation du droit en comblant à sa manière les lacunes de la législation et les failles de la solidarité nationale, qui ne garantissent pas une assistance suffisante et n'assurent pas des conditions de vie décentes aux personnes handicapées »²¹⁸ tout en regrettant la confusion : « la justice n'est pas la compassion et la voie de la responsabilité n'est pas celle de l'aide sociale »²¹⁹. Il ne faut certes pas oublier le responsable mais commettre une faute suffit-il à légitimer la prise en charge de la vie d'un enfant ?

²¹⁸ Maryse DEGUERGUE, *Le point de vue du publiciste sur l'arrêt Perruche*, Gaz. Pal. 21-23 avril 2002, p. 5

²¹⁹ Catherine LABRUSSE-RIOU et Bertrand MATHIEU, *La vie humaine peut-elle être un préjudice*, D. 2000, Point de vue p. III

Dans ses conclusions sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000, l'Avocat général Jerry Sainte-Rose souligne que :

« les règles de la responsabilité civile ne sont pas adaptées à l'aide que sont en droit d'attendre les parents d'enfants handicapés pour leur entretien et leur éducation qui constituent une lourde charge. Cette aide relève de la solidarité nationale. C'est du droit social. Des textes existent même si - on ne peut que le regretter - les moyens mis en oeuvre ne sont pas à la hauteur des ambitions affichées. »

Dans ses conclusions sous les arrêts du 13 juillet 2001, il écrit encore :

« Certes, l'arrêt P... aura eu le mérite de mettre en lumière les insuffisances des structures d'accueil comme des aides accordées aux handicapés et d'appeler ainsi l'attention des pouvoirs publics sur ce fait de société. Toutefois, le droit de la responsabilité civile n'est pas un droit de générosité susceptible de pallier la carence de la politique sociale qu'il n'appartient pas au juge de corriger. »

Cette argumentation a existé en doctrine bien avant la publication de l'arrêt « Perruche ». Dès 1990, Jean-Pierre Gridel, dans une note sous le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15 décembre 1989²²⁰ soulignait que :

« la charge à multiples visages que représente un enfant handicapé mérite évidemment une grande considération. Mais l'aide attendue nous paraît relever de la solidarité nationale et devoir bénéficier à tous les parents connaissant cette situation, et non à ceux-là seuls qui la rencontrent parce qu'ils n'ont pu, par le fait d'autrui, concrétiser le projet de se débarrasser du fœtus en temps utile. En d'autres termes, l'assistance morale et financière attendue ne relève pas du droit civil. C'est une question de lois sociales. Ce droit existe même si, là comme ailleurs, les ressources sont cruellement inférieures aux idéaux. »

Cette argumentation qui consiste à considérer que la prise en charge matérielle du handicap relève de la solidarité nationale n'est évidemment pas partagée par tous les

²²⁰ JCP 1990, II, n° 21556

commentateurs, de nombreux auteurs ayant approuvé l'indemnisation des parents au titre des charges matérielles du handicap supportées par eux. Il ne s'agit pas ici de décrire les prises de positions extrêmement variées, sur le plan de la technique juridique, au sujet des solutions retenues par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, mais de montrer comment l'arrêt « Perruche » a été l'occasion de placer au centre du débat public la question de la place des personnes handicapées dans la société et la nécessité de leur assurer des moyens jugés jusque-là nettement insuffisants. Comme le rappelle Thierry Pech

« il est généralement admis par tous les acteurs du débat que les prestations prévues pour les handicapés n'offrent pas un niveau de garantie et de couverture satisfaisant »²²¹.

Dans son avis n° 68 du 29 mai 2001, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé souligne le lien entre l'arrêt de la Cour de cassation et l'interrogation sur le contenu de la solidarité envers les personnes handicapées :

« Un arrêt récemment rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 17 novembre 2000 (Affaire Nicolas Perruche) a conclu à la nécessité d'indemniser un enfant handicapé profond en établissant un lien de causalité entre une faute médicale et la situation de cet enfant. C'était là un moyen de le mettre, sa vie durant, à l'abri de difficultés matérielles surajoutées à son malheur, en particulier en cas de disparition de ses parents. C'est donc la question plus générale de l'insertion et de la qualité de vie des personnes handicapées qui est soulevée par cette décision, et en conséquence des moyens mis en œuvre pour leur permettre de vivre dans la dignité, et pas seulement de survivre. Cette affaire souligne combien il est nécessaire de rechercher des solutions humaines et concrètes aux problèmes récurrents qui plongent les personnes handicapées, particulièrement celles atteintes d'un handicap profond, dans l'isolement et la souffrance. ».

²²¹ Retour sur la jurisprudence Perruche, Esprit, janvier 2002

L'analyse des débats parlementaires lors de la discussion de la proposition de loi relative à la solidarité nationale et l'indemnisation des handicaps congénitaux, reprise dans le projet de loi relatif aux droits des malades, a permis de démontrer que la volonté du Parlement d'assurer la compensation du handicap par la solidarité nationale, au moyen d'une réforme de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées du 30 juin 1975 a influencé la rédaction finale de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002.

La préoccupation des parlementaires s'est exprimée peu de temps après la publication de l'arrêt Perruche, puisque dès le 10 janvier 2001, lors de la discussion en première lecture à l'Assemblée nationale du projet de loi de modernisation sociale, deux amendements visant à mettre fin à la jurisprudence « Perruche » ont été discutés. Quoique rejetés car le gouvernement y était défavorable, la nécessité de renforcer la prise en charge des personnes handicapées a été exprimée par l'ensemble des parlementaires. M. Mattéi a ainsi présenté son amendement, visant à consacrer le principe selon lequel « *nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance* » comme consécutif à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 2000. Il a considéré que l'arrêt de la Cour de cassation présentait le mérite, notamment, d'interpeller les politiques sur l'insuffisance de l'effort d'accueil et d'intégration consenti par la société en faveur des handicapés.

Le texte dit « anti-Perruche » finalement adopté après des discussions souvent passionnées, des compromis difficiles, ainsi qu'il a été rappelé (voir *supra* II, B, a), en supprimant la possibilité pour les parents d'obtenir une indemnisation autre que celle de leur préjudice moral, a rendu nécessaire la réforme de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées de 1975.

Le rapport d'information n° 369 établi en juillet 2002 au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur la politique de compensation du handicap par M. Paul Blanc, Sénateur conclut par la remarque suivante :

« La jurisprudence Perruche a été l'occasion d'un débat de fond sur la question du handicap. Faut-il que la recherche d'une faute qui n'est pas à l'origine directe du handicap soit la seule voie ouverte aux parents pour garantir une vie décente à leur enfant ? La réponse du législateur a été négative. Mais, face à la détresse des parents auxquels on ferme une voie de recours, cette réponse ne tient pas si le Parlement n'entreprend pas de donner un contenu effectif à la solidarité nationale ».

C'est ainsi qu'un projet de loi « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées » a été déposé au Sénat le 28 janvier 2004, dont l'objet est de permettre, notamment, la mise en application des principes retenus par la loi du 4 mars 2002.

Il convient d'évoquer, avant d'analyser ce projet de loi, adopté définitivement le 11 février 2005, un aspect de la question qui a influencé les choix législatifs exprimés par l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 et la loi du 11 février 2005 : la critique faite à la décision de la Cour de cassation de conduire à une inégalité entre les personnes handicapées suivant l'origine de leur handicap.

2. La volonté d'assurer l'égalité entre les personnes handicapées

L'arrêt de la Cour de cassation admettant l'indemnisation du handicap de l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur fautive de diagnostic a été présenté parfois comme étant discriminatoire, instaurant une inégalité tant entre personnes handicapées et personnes non handicapées, qu'entre les personnes handicapées suivant l'origine de leur handicap.

D'une part en effet, l'arrêt a été ressenti dans l'opinion et par les associations de personnes handicapées comme signifiant que la vie pour une personne handicapée « ne valait pas la peine d'être vécue », ce qui était attentatoire à la dignité de la personne handicapée, et méconnaissait ainsi le principe d'égalité entre les personnes.

Le Collectif des parents contre l'handiphobie, qui a assigné l'Etat pour faute lourde du service public de la justice au lendemain de la publication de l'arrêt « Perruche » souligne ainsi que la décision « *consacre un principe de discrimination entre les personnes en bonne santé et les personnes souffrant d'un handicap* », idée que l'on retrouve également sous la plume de juristes : « *L'arrêt de la Cour de cassation donne le message d'une société qui, sous couvert d'indemniser, discrimine et rejette.* »²²². Il s'agit là d'une égalité de nature symbolique qui fut la plus vivement ressentie dans l'immédiat.

D'autre part, nombreux sont les commentaires qui ont souligné et regretté que la solution conduite à traiter différemment les personnes souffrant de handicaps suivant l'origine de celui-ci.

Cette critique, exprimée parfois par des juristes (ainsi, Jean Hauser écrit : « *De plus si vraiment, comme certains tendent à l'accréditer, l'enfant non indemnisé se serait trouvé dans une*

²²² C. LABRUSSE-RIOU et B. MATHIEU, *La vie humaine peut-elle être un préjudice ?*, D. 2000, Point de vue p. III

situation matérielle désastreuse (...), la solution n'est pas non plus la bonne (...) car elle conduit à créer deux catégories d'enfants, ceux dont le handicap échappait à toute prévisibilité et qui dépendront (...) de la "charité publique" (...) et ceux qui auront la chance de naître à la suite d'une mauvaise information²²³), était d'ailleurs le fondement des revendications des associations de personnes handicapées consistant à réclamer non seulement un meilleur traitement des personnes handicapées, mais un traitement égal, qui ne serait pas fonction de la possibilité d'agir en justice à la suite d'une faute.

L'argument, en droit, n'est pas décisif, puisqu'il s'agit d'un effet normal de la responsabilité de conduire à une différence de traitement entre les personnes suivant que leur dommage a été causé par un tiers responsable, ou résulte d'un cas fortuit ou de leur propre faute. Le fait que « *le sort des handicapés à la suite d'un accident (soit) meilleur que celui des handicapés de naissance dans la mesure où ils peuvent éventuellement être créancier d'une "réparation intégrale" du dommage corporel subi si un tiers est reconnu responsable* »²²⁴ est une évidence, et l'existence d'un principe de compensation du handicap par la solidarité nationale n'y change rien dès lors qu'il s'agit de compenser et non de réparer le handicap. Cette analyse n'est pertinente que de manière générale car si l'on affine les situations on peut trouver dans le jeu même de la responsabilité maintes causes de différenciations du droit à réparation du dommage qui pourraient être considérées comme des discriminations : selon la date de la faute (selon qu'elle a eu lieu avant ou après les 12 premières semaines de grossesse, selon la gravité du handicap, selon que le diagnostic fautif a eu lieu dans le secteur public ou le secteur privé, selon que la mère aurait ou non sollicité l'interruption de la grossesse ; dans tous ces cas la situation des personnes handicapées n'est pas la même et l'on peut se demander si les nuances qu'impose la mise en œuvre du droit de la responsabilité ou les artifices de la causalité suffisent à justifier ces différences. Ces distinctions constituent-elles des critères pertinents ? La question est ouverte.

²²³ *L'enfant et les sortilèges ... de l'autonomie de la volonté*, RTD civ. 2001, p.103

²²⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 5^e éd., p. 379

Toujours est-il que cette critique mettant en exergue le caractère discriminatoire de la décision de l'Assemblée plénière, , a permis de justifier le choix réalisé au Parlement de supprimer la possibilité pour les parents d'obtenir une indemnisation pour le préjudice lié aux charges matérielles engendrées par le handicap²²⁵, alors même que l'indemnisation des parents n'avait pas rencontré les mêmes objections en doctrine que celle de l'indemnisation de l'enfant.

Ces considérations sont en tout état de cause décisives pour expliquer l'orientation qui a été choisie pour répondre aux problèmes soulevés par la décision de l'Assemblée plénière : permettre une compensation du handicap, quelle que soit son origine. Pourtant même si l'intention visait à traiter le problème du handicap indépendamment de toute considération sur les circonstances de son apparition, qu'il soit accidentel ou congénital, que le handicap congénital ait pu être décelé ou non, la loi n'est pas allée au bout de cette idée puisque certaines causes (causalité directe) ou certaines fautes (faute caractérisée) laissent ouverts le droit et l'action en réparation. Le jeu de la responsabilité est limité mais il n'est pas exclu, ce qui est normal et juste.

Si la question de l'indemnisation du handicap de l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur fautive de diagnostic a bien été, comme il vient d'être démontré, à l'origine de la réforme de la loi du 30 juin 1975, la référence à cette question a, peu à peu, totalement disparu du débat. Et ceci explique que tant le projet de loi que la loi finalement adoptée ne fassent nullement référence au cas de l'enfant dont le handicap n'a pas été diagnostiqué, le principe général de la réforme étant la non-discrimination et l'égalité des droits.

b) Le droit à compensation du handicap et la loi du 11 février 2005

²²⁵ J.-L. Lorrain a ainsi déclaré à l'Assemblée nationale : « Notre devoir est de lutter contre les inégalités liées à la faute, qui pourrait paradoxalement être l'objet d'une indemnisation, alors que le handicap sans faute engendre la précarité. Une compensation adaptée, juridique et financière, technique et humaine, ne peut qu'être la réponse apportée à notre débat. »

Il convient, avant de décrire les principes et le contenu de la réforme opérée par la loi *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* du 11 février 2005 (2), de présenter rapidement l'état du droit antérieur (1).

1. Le contenu de la solidarité envers les personnes handicapées avant la réforme de février 2005

Les droits reconnus aux personnes handicapées étaient l'objet de la loi n°75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, premier texte fondamental d'aide matérielle et financière pour une meilleure insertion des handicapés.

Cette loi avait défini une obligation nationale :

« La prévention et le dépistage des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une obligation nationale. » (Art. 1^{er}, 1^{er} alinéa de la loi n° 75-534 du 30 juin 1975).

Cette loi a été abrogée par l'ordonnance du 21 décembre 2000 relative à la partie législative du code de l'action sociale et des familles. Désormais, les dispositions de la loi se trouvent pour l'essentiel dispersées dans différents codes, chacun abordant ainsi la question du handicap sous un angle particulier. Le code de l'action sociale et des familles, dans ses articles L. 114-1 et L. 114-2, contient les déclarations de principe de l'article premier de la loi d'orientation.

Cet article L. 114-1 a été modifié par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite « de modernisation sociale », complétant ainsi la définition de l'obligation nationale par l'affirmation d'un droit à compensation du handicap :

« La prévention et le dépistage des handicaps et l'accès du mineur ou de l'adulte handicapé physique, sensoriel ou mental aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens, notamment aux soins, à l'éducation, à la formation et à l'orientation professionnelle, à l'emploi, à la garantie d'un minimum de ressources adapté, à l'intégration sociale, à la liberté de déplacement et de circulation, à une protection juridique, aux sports, aux loisirs, au tourisme et à la nature constituent une obligation nationale.

« La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie, à la garantie d'un minimum de ressources lui permettant de couvrir la totalité de ses besoins essentiels de la vie courante. ».

Ce droit à compensation, réaffirmé, quoique de manière moins précise, par la loi du 4 mars 2002, ne s'accompagnait cependant pas de mesures complémentaires et restait donc une pétition de principe qui n'apportait rien par rapport aux droits résultant de la loi de 1975 et de ses divers décrets d'application.

La loi d'orientation en faveur des personnes handicapées de 1975 contenait des dispositions en faveur des enfants et adolescents handicapés (chapitre 1^{er}), des dispositions relatives à l'emploi, prévoyant notamment une garantie de ressources pour les travailleurs handicapés (chapitre 2) et des dispositions relatives aux prestations aux adultes handicapés (chapitre 3). Deux types d'allocations étaient prévues par ce texte : l'allocation d'éducation spéciale, bénéficiant aux enfants handicapés jusqu'à 20 ans, et l'allocation aux adultes handicapés, leur bénéficiant jusqu'à 60 ans :

L'allocation d'éducation spéciale (AES)

Elle est versée par la caisse d'allocations familiales après décision de la Commission départementale d'éducation spéciale (CDES)²²⁶. Prévue à l'article L. 541-1 du Code de la sécurité sociale, elle a pour objet d'aider les familles à compenser les dépenses supplémentaires dues à l'éducation d'un enfant dont la déficience est reconnue « importante » ou « sévère ». Cette allocation est soumise à des conditions. Pour en bénéficier, il faut résider en France ou dans un département d'outre-mer. Le demandeur doit justifier de la charge effective et permanente de l'enfant handicapé (cette condition est considérée comme réalisée si l'enfant placé en externat ou semi-externat dans un établissement d'éducation spéciale ou dans une famille d'accueil, revient en fin de semaine au foyer et si la pension versée à la famille d'accueil ou à la structure d'hébergement est suffisante pour couvrir son entretien). L'enfant handicapé doit avoir moins de 20 ans et doit être atteint d'une incapacité permanente d'au moins 80%. En cas d'incapacité comprise entre 50% et 80%, l'AES peut être servie si l'enfant fréquente un établissement d'éducation spéciale ou s'il a recours, conformément à la décision de la Commission départementale d'éducation spéciale (CDES), à une éducation spéciale, à une rééducation ou à des soins à pratiquer au titre de l'éducation spéciale, dispensés notamment en établissements de soins, en établissement scolaire ordinaire, par un service de soins à domicile ou en cure ambulatoire.

En revanche, il n'y a pas de plafond de ressources pour l'obtention de l'AES.

Dans certaines conditions, un complément à l'allocation d'éducation spéciale peut venir s'ajouter. Il existe six compléments d'allocation dont le montant varie en fonction de la nature ou de la gravité du handicap, en tenant compte de la réduction d'activité professionnelle d'un ou des parents ou sa cessation et la durée du recours à une tierce personne rémunérée.

L'allocation aux adultes handicapés (AAH)

²²⁶ La C.D.E.S est l'organisme de diagnostic, d'évaluation, d'orientation et de prise en charge des enfants et adolescents physiques, sensoriels ou mentaux.

Cette allocation vise à garantir un minimum de ressources aux personnes handicapées reconnues comme telles par la COTOREP (Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel), organisme départemental qui a pour mission d'évaluer le handicap des adultes et de statuer sur leur aptitude au travail, leur orientation, leur reclassement professionnel, et leur droit à prestations. Prévues à l'article L. 821-1 du Code de la sécurité sociale, elles sont versées par les caisses d'allocations familiales mais financées par l'Etat.

L'allocataire doit avoir entre 20 et 60 ans.

Il existe une condition d'obtention alternative, appréciée par la COTOREP :

- Soit justifier d'un taux d'incapacité permanente d'au moins 80%
- Soit justifier de l'impossibilité de se procurer un emploi si ce taux n'est pas atteint.

Il faut en outre ne pas bénéficier d'un avantage de vieillesse ou d'invalidité au moins égal à l'allocation, et ne pas disposer de ressources supérieures à un plafond annuel, fixé par décret (6997,74 € au 1^{er} janvier 2004).

Le montant mensuel de l'Allocation aux adultes handicapés était de 599,49 € au 1^{er} janvier 2005.

A l'allocation aux adultes handicapés s'ajoute éventuellement un complément d'AAH, destiné à permettre aux personnes adultes handicapées de couvrir les dépenses supplémentaires qu'elles ont à supporter pour les adaptations nécessaires à une vie autonome à domicile.

Le montant de ce complément prévu à l'article L. 821-1-1 du Code de la sécurité sociale est fixé à 16 % du montant de l'allocation aux adultes handicapés.

La loi prévoyait également une ***garantie de ressources des travailleurs handicapés (GRTH)***, destinée à assurer une rémunération minimale aux travailleurs handicapés, que ceux-ci exercent leur activité en milieu ordinaire, dans

un atelier protégé ou un centre de distribution de travail à domicile, ou dans un centre d'aide par le travail (CAT).

Il convient de remarquer qu'aucune mesure spécifique n'était contenue dans cette loi en faveur des personnes âgées handicapées. Les prestations versées le sont au titre de la dépendance, et non du handicap. Ainsi, depuis la loi du 20 juillet 2001, les personnes âgées dépendantes peuvent bénéficier de l'« **allocation personnalisée d'autonomie** » (**APA**) qui a remplacé la « *prestation spécifique dépendance* » (PSD) qui avait été créée en 1997.

Pour compenser les conséquences du handicap, d'autres mesures sont prévues en faveur des personnes handicapées. Il convient tout d'abord de remarquer que les prestations qui viennent d'être décrites, seules susceptibles de bénéficier aux personnes handicapées de naissance, relèvent de l'aide sociale, mais que le droit social prévoit également un système contributif de prestations d'assurance invalidité pour ceux qui ont perdu leur capacité de travail (**pension d'invalidité**).

D'autre part, diverses mesures visent à la prise en charge des aides humaines (lorsque l'assistance d'une tierce personne est nécessaire), et des aides techniques (c'est-à-dire les instruments, appareillages, dispositifs ou aménagements qui permettent à la personne handicapée d'être plus autonome dans sa vie de tous les jours).

Ainsi, l'**allocation compensatrice pour tierce personne (ACTP)** est accordée, sous certaines conditions, à la personne handicapée de plus de 16 ans atteinte d'une incapacité permanente d'au moins 80 %, dont l'état nécessite l'aide effective d'une tierce personne pour les actes essentiels de l'existence. Les conditions de ressources sont les mêmes que pour l'AAH, et le montant de l'allocation varie en fonction de l'aide nécessaire, appréciée par la COTOREP.

Il existe également une ***allocation compensatrice pour frais professionnels (ACFP)***, accordée au travailleur handicapé atteint d'une incapacité d'au moins 80 %. Financée par les départements, elle est destinée à compenser les frais supplémentaires liés au handicap lors de l'exercice d'une activité professionnelle.

Par ailleurs, pour l'adaptation de leur logement, les personnes handicapées ont droit à une subvention de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat, si elles sont locataires, ou, si elles sont propriétaires, à une prime pour l'amélioration de l'habitat attribuée par le préfet et, dans tous les cas, à des avantages fiscaux.

Enfin, les ***appareillages et aides techniques*** inscrits au « *Tarif interministériel des prestations sanitaires* » (TIPS) sont pris en charge par l'assurance maladie, dans la limite de son tarif d'autorité et du taux de remboursement applicable.

Mais l'effort de la collectivité nationale en direction des personnes handicapées ne se résume pas à cela, et il est impossible, dans le cadre de la présente étude, de décrire l'ensemble des mesures bénéficiant aux personnes handicapées.

Cette impossibilité est confirmée par Mme Lambert-Faivre qui note, dans un chapitre consacré à la protection sociale des invalides et handicapés, que « *l'incohérence et la confusion disqualifient un droit social où les meilleurs spécialistes se perdent : il est impossible de rendre compte d'une réglementation aussi abondante que confuse et complexe dans le cadre limité de ce chapitre* »²²⁷.

L'impossibilité d'évaluer de façon précise cet effort de la collectivité nationale est confirmée par un rapport d'information, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, portant sur la politique de compensation du handicap, qui souligne que « *le maquis des financements croisés est aujourd'hui tel qu'il est impossible d'évaluer avec précision l'ensemble des dépenses de la Nation effectuées dans le cadre de la politique*

²²⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 5^e éd., p. 374

du handicap »²²⁸.

Le rapport tente toutefois une évaluation et conclut : « *on peut supposer que le "budget social du handicap" au sens large devait être de l'ordre de 35 à 40 milliards d'euros en 2001* »²²⁹ (en prenant en compte notamment les prestations d'assurance maladie engagées au titre du handicap et les dépenses fiscales).

Dans un rapport publié en juin 2003, la Cour des comptes conclut quant à elle : « *Au total, l'effort public en faveur des personnes en situation de handicap, tel qu'il ressort des dépenses identifiées comme telles avec certitude, peut être évalué pour 2001 à un minimum de 26, 2 milliards d'euros* »²³⁰. Ses conclusions sont résumées dans le tableau suivant :

Effort public en faveur des personnes en situation de handicap (2001)

Auteur de la dépense	Montant (en millions d'euros)
Etat	10 088
Dépenses budgétaires	9 287
Dépenses fiscales	801
Collectivités territoriales	3 412
Régions	16
Départements	3 379
Communes	16
Organismes de sécurité sociale	12 293
Etablissements médico-sociaux	5 050
Prestations	7 137
Action sociale	106
AGEFIPH ²³¹	412
Total	26 205

Le rapport d'information du Sénat cité plus haut note par ailleurs une très légère

²²⁸ P. BLANC, Rapport d'information n° 369 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat *sur la politique de compensation du handicap*, juillet 2002, p. 38

²²⁹ *ibid.* p. 43

²³⁰ Cour des Comptes, *La vie avec un handicap*, Rapport public particulier, juin 2003, Les éditions des journaux officiels, p. 50

²³¹ Association nationale de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées

diminution de l'effort de la Nation :

« En 1995 et 2001, les prestations sociales consacrées au handicap ont augmenté de plus de 20 % en francs courants. Cette évolution nominale masque en réalité une relative stabilité de ces dépenses parmi l'ensemble des dépenses de protection sociale : elles ont représenté, chaque année, 6,2 % de l'ensemble des dépenses de protection sociale sur la période 1995-2000. Toutefois, si on se rapporte à la richesse nationale, les prestations sociales consacrées au handicap ont tendance à diminuer légèrement sur longue période. Ainsi, alors qu'elles atteignaient 2,1 % du PIB en 1985, elles ne représentaient plus que 1,8 % du PIB en 1995 et 1,7 % en 2000 et 2001. »²³²

Si les dépenses en faveur des personnes handicapées sont importantes, il n'en demeure pas moins que l'insuffisance des mesures est souvent dénoncée, comme il a été rappelé précédemment. Les conclusions du rapport d'information du Sénat sur la politique de compensation du handicap sont à cet égard éclairantes :

« A l'occasion des auditions organisées par votre commission, toutes (les voix) ont unanimement dénoncé :

l'insuffisance dramatique des ressources ainsi « garanties » aux personnes handicapées, compte tenu des nombreuses charges auxquelles elles doivent faire face du fait même de leur handicap ;

le caractère excessivement restrictif des conditions d'attribution de l'AAH qui dissuade, notamment, bon nombre de personnes handicapées de s'engager dans la voie de l'intégration professionnelle et sociale, de peur de perdre les avantages associés au service de cette allocation ;

la juxtaposition de diverses prestations sociales ayant parfois un objet similaire et qui, résultant de l'accumulation des strates successives de notre système de protection sociale, aboutit à une « sectorisation » complexe de la prise en charge des déficiences en fonction de leur fait originel (accidents du travail, invalidité, inaptitude médicale, handicap, dépendance

²³² P. BLANC, Rapport d'information n° 369 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat sur la politique de compensation du handicap, juillet 2002, p. 43

des personnes âgées).

Ces critiques, sévères mais justifiées, traduisent le désarroi (et, parfois, le désespoir) des personnes handicapées et de leur famille, à qui les prestations légales ne permettent pas, en l'état, de faire face aux multiples « surcoûts » du handicap. D'où le sentiment, largement répandu et humiliant pour les bénéficiaires de ces prestations, selon lequel « l'obligation nationale en faveur des personnes handicapées » se réduit, dans les faits, à une aumône. »²³³

Il souligne également que

« en dépit de leur diversité, ces prestations ou aides légales ne permettent pas aux personnes handicapées de faire face à l'intégralité des frais liés à la compensation de leur handicap. Leurs montants sont notoirement insuffisants. Ainsi, la majoration pour tierce personne et l'ACTP ne permettent de financer les services d'une auxiliaire de vie que trois à quatre heures par jour. »²³⁴

Enfin, il conclut par la proposition suivante :

« il apparaît que la réponse la plus appropriée (...) est de s'attaquer directement à l'origine du problème en garantissant aux personnes handicapées, par le biais d'une allocation compensatrice profondément renouvelée, les moyens nécessaires à la compensation effective et personnalisée de leur handicap. »

C'est l'objectif qui est recherché par la loi votée le 11 février 2005.

2. Le droit à compensation du handicap dans la loi du 11 février 2005

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* vise, notamment, à rendre effectif le

²³³ P. BLANC, Rapport d'information n° 369 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat *sur la politique de compensation du handicap*, juillet 2002, p. 49

²³⁴ *ibid.* p. 53

droit à compensation des conséquences du handicap affirmé par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 et l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002.

Avant de décrire les dispositions de la loi du 11 février 2005 relatives à la compensation du handicap et aux ressources des personnes handicapées, il convient de présenter rapidement les principes de la réforme.

2.1 Présentation de la loi du 11 février 2005

L'exposé des motifs du projet de loi précisait :

« Le projet de loi nourrit l'ambition de concrétiser l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées selon trois axes de réforme :

garantir aux personnes handicapées le libre choix de leur projet de vie grâce à la compensation des conséquences de leur handicap et à un revenu d'existence favorisant une vie autonome digne ;

permettre une participation effective des personnes handicapées à la vie sociale grâce à l'organisation de la cité autour du principe d'accessibilité généralisée, qu'il s'agisse de l'école, de l'emploi, des transports, du cadre bâti ou encore de la culture et des loisirs ;

placer la personne handicapée au centre des dispositifs qui la concernent en substituant une logique de service à une logique administrative. »

La loi comporte donc des dispositions très variées (elle est constituée de 101 articles), dont il est possible de donner un aperçu en rappelant les principaux titres de la loi :

Le titre I (dispositions générales) prévoit la représentation des personnes handicapées « dans les instances nationales ou territoriales qui émettent un avis ou adoptent des décisions concernant la politique en faveur des personnes

handicapées » et donne une définition du handicap²³⁵.

Le titre II est consacré à la prévention, la recherche et l'accès au soins.

Le titre III est intitulé « compensation et ressources »

Le titre IV prévoit des dispositions pour favoriser l'accessibilité.

Le titre V est relatif à l'« accueil et information des personnes handicapées, évaluation de leurs besoins et reconnaissance de leurs droits ». Il définit notamment les missions de la « Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie » (CNSA) et prévoit la création dans chaque département d'une « maison départementale des personnes handicapées », dont l'objectif est d'« offrir un accès unique aux droits et prestations » créés par la loi.

Le titre VI comporte diverses dispositions pour assurer la « citoyenneté et participation à la vie sociale » des personnes handicapées.

Le financement des droits nouveaux inscrits dans la loi *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes* sera assuré en totalité par une partie des ressources mobilisées grâce à la suppression d'un jour férié, affectées à la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA).

La création de la « Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie », dont le rôle est de définir et d'animer la politique du handicap en France résulte d'une loi précédente, *relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées*, adoptée le 30 juin 2004²³⁶.

Le financement de cette caisse est constitué par une contribution de 0,3 % acquittée par les employeurs publics et privés en contrepartie du travail accompli durant la journée de solidarité, d'une contribution de 0,3 % sur les revenus du patrimoine et des placements, et du produit de 0,1 point de contribution sociale généralisée actuellement destiné au fonds de financement de l'allocation

²³⁵ « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant » (Art. L. 114 nouveau du Code de l'action sociale et des familles)

²³⁶ Loi n° 2004-626, JO n° 151 du 1^{er} juillet 2004, p. 11944.

personnalisée d'autonomie.

La loi du 30 juin 2004 a en effet modifié le Code du travail, qui est complété par une section intitulée « Journée de solidarité ». Le nouvel article L. 212-16 du Code prévoit que « Une journée de solidarité est instituée en vue d'assurer le financement des actions en faveur de l'autonomie des personnes âgées ou handicapées. Elle prend la forme d'une journée supplémentaire de travail non rémunéré pour les salariés²³⁷ et de la contribution prévue au 1° de l'article 11 de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées pour les employeurs²³⁸ ».

Le budget de la réforme a été évalué à 850 millions d'euros²³⁹, répartis de la manière suivante :

- . 550 millions consacrés à la prestation de compensation (350 millions pour les aides humaines et 200 millions pour les aides techniques)
- . 300 millions consacrés à la création de places dans les Centres d'aides par le travail (CAT) et les établissements et service médico-sociaux

2.2 La compensation des conséquences du handicap

La loi met en œuvre le devoir de la solidarité nationale par la **création d'une prestation de compensation**.

Elle définit le droit à compensation des conséquences du handicap, en insérant dans le Code de l'action sociale et des familles un article L. 114-1 ainsi rédigé :

« La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels

²³⁷ Cette journée est le lundi de Pentecôte, à défaut d'un autre choix par accord collectif.

²³⁸ Il s'agit d'une « contribution au taux de 0,3 % due par les employeurs privés et publics. Cette contribution a la même assiette que les cotisations patronales d'assurance maladie affectées au financement des régimes de base de l'assurance maladie. Elle est recouvrée dans les mêmes conditions et sous les mêmes garanties que lesdites cotisations » (Article 11 de la loi du 30 juin 2004).

²³⁹ Communiqué de presse du Secrétariat d'Etat aux personnes handicapées du 19 octobre 2004.

que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie.

Cette compensation consiste à répondre à ses besoins, qu'il s'agisse de l'accueil de la petite enfance, de la scolarité, de l'enseignement, de l'éducation, de l'insertion professionnelle, des aménagements du domicile ou du cadre de travail nécessaires au plein exercice de sa citoyenneté et de sa capacité d'autonomie, du développement ou de l'aménagement de l'offre de service, permettant notamment à l'entourage de la personne handicapée de bénéficier de temps de répit, du développement de groupes d'entraide mutuelle ou de places en établissements spécialisés, des aides de toutes nature à la personne ou aux institutions pour vivre en milieu ordinaire ou adapté, ou encore en matière d'accès aux procédures et aux institutions spécifiques au handicap ou aux moyens et prestations accompagnant la mise en œuvre de la protection juridique régie par le titre XI du livre 1^{er} du Code civil. Ces réponses adaptées prennent en compte l'accueil et l'accompagnement nécessaires aux personnes handicapées qui ne peuvent exprimer seules leurs besoins ».

L'article précise par ailleurs que :

« les besoins de compensation sont inscrits dans un plan élaboré en considération des besoins et des aspirations de la personne handicapée tels qu'ils sont exprimés dans son projet de vie, formulé par la personne elle-même ou, à défaut, avec ou pour elle par son représentant légal lorsqu'elle ne peut exprimer son avis ».

Cette prestation de compensation est l'innovation majeure du dispositif légal. Le projet de loi précisait que « seule la compensation répondant à un besoin en aides humaines est aujourd'hui reconnue par la loi sous la forme de l'allocation compensatrice pour tierce personne (ACTP). (Le projet de loi) institue une prestation de compensation plus étendue qui comprend, outre les aides humaines, les aides techniques, l'aide à l'aménagement du logement de la personne handicapée, les aides spécifiques ou exceptionnelles telles que les aides animalières, l'acquisition ou l'entretien de produits liés au handicap, les aides aux aidants, particulièrement aux familles. »

Cette prestation vise donc principalement à améliorer les ressources des personnes handicapées : « Celles-ci pourront désormais consacrer l'intégralité de leur AAH à couvrir les frais de la vie courante. Ce n'était pas le cas jusqu'ici. L'AAH devait financer à la fois la vie courante et certains surcoûts du handicap. »²⁴⁰

L'article L. 245-1 du Code de l'action sociale et des familles dispose désormais que

« Toute personne handicapée résidant de façon stable et régulière en France métropolitaine, dans les départements mentionnés à l'article L. 751-1 du Code de la sécurité sociale ou à Saint-Pierre-et-Miquelon, ayant dépassé l'âge d'ouverture du droit à l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé prévue à l'article L. 541-1 du même code, dont l'âge est inférieur à une limite fixée par décret et dont le handicap répond à des critères définis par décret prenant notamment en compte la nature et l'importance des besoins de compensation au regard de son projet de vie, a droit à une prestation de compensation qui a le caractère d'une prestation en nature qui peut être versée, selon le choix du bénéficiaire, en nature ou en espèces ».

L'article L. 245-3 du Code de l'action sociale et des familles définit quant à lui l'objet de cette prestation :

« La prestation de compensation peut être affectée, dans des conditions définies par décret, à des charges : 1° Liées à un besoin d'aides humaines, y compris, le cas échéant, celles apportées par les aidants familiaux ; 2° Liées à un besoin d'aides techniques, notamment aux frais laissés à la charge de l'assuré lorsque ces aides techniques relèvent des prestations prévues au 1° de l'article L. 321-1 du Code de la sécurité sociale ; 3° Liées à l'aménagement du logement et du véhicule de la personne handicapée, ainsi qu'à d'éventuels surcoûts résultant de son transport ; 4° Spécifiques ou exceptionnelles, comme celles relatives à l'acquisition ou l'entretien de produits liés au handicap ; 5° Liées à l'attribution et à l'entretien des aides animalières (...). »

Cette nouvelle prestation s'ajoutera aux aides existantes.

²⁴⁰ Intervention de la Secrétaire d'Etat aux personnes handicapées devant le Sénat le 19 octobre 2004.

Il convient de remarquer que les limites d'âge prévues par le texte pour l'octroi de la prestation ont été l'objet de nombreuses critiques de la part des associations. Elles ont obtenu finalement que le texte prévoie la disparition de ces limites d'âge :

« Dans les trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, la prestation de compensation sera étendue aux enfants handicapés. Dans un délai maximum de cinq ans, les dispositions de la présente loi opérant une distinction entre les personnes handicapées en fonction de critères d'âge en matière de compensation du handicap et de prise en charge des frais d'hébergement en établissements sociaux et médico-sociaux seront supprimées »²⁴¹.

Cette présentation générale de la prestation de compensation ne permet pas de mesurer concrètement ce que représentera cette prestation, mais le texte lui-même ne le permet pas.

Une des caractéristiques majeures de cette loi est le renvoi constant à des décrets d'application (la loi comporte 80 renvois à des décrets d'application).

Ainsi, s'agissant du montant de la prestation de compensation, le texte précise :

« La prestation de compensation est accordée sur la base de tarifs et de montants fixés par nature de dépense, dans la limite du taux de prise en charge qui peuvent varier selon les ressources du bénéficiaire. Les tarifs et taux de prise en charge susmentionnés, ainsi que le montant maximum de chaque élément mentionné à l'article L. 245-3, sont déterminés par voie réglementaire. Les modalités et la durée d'attribution de cette prestation sont définies par décret ».²⁴²

Il faudra donc attendre l'adoption des décrets et la mise en œuvre concrète de la prestation pour mesurer son importance, et sa capacité à satisfaire les personnes handicapées et les associations.

Parallèlement à la création de la prestation de compensation, la loi procède à une réforme de l'allocation aux adultes handicapés, dont les insuffisances étaient

²⁴¹ Article 13 de la loi

²⁴² Article L. 245-6 du Code de l'action sociale et des familles

dénoncées.

2.3. Les ressources des personnes handicapées

La loi prévoit une amélioration des ressources, désormais clairement distinguées de la compensation, et notamment l'amélioration du cumul de l'AAH avec un revenu d'activité ainsi que la création d'une garantie de ressources pour les personnes handicapées qui ne peuvent pas travailler.

La loi rend plus favorables les conditions de cumul de l'AAH avec un revenu tiré d'une activité professionnelle. Désormais, une fraction seulement des revenus tirés d'une activité professionnelle est prise en compte pour calculer le montant de l'allocation.

Ces mesures visent à répondre aux critiques adressées aux conditions de l'AAH.

C'est ainsi que le rapport d'information du Sénat²⁴³ précisait :

« Les modalités d'attribution de l'allocation aux adultes handicapés, notamment l'interdiction de cumuler un salaire avec les allocations diverses et avantages fiscaux liés au handicap, ne facilitent pas la recherche d'un emploi alors même que chacun s'accorde à reconnaître que le travail demeure le vecteur idéal d'intégration sociale (...). Le choix d'entrer dans un processus en vue d'atteindre un objectif professionnel suppose (donc) un goût du risque certain pour de très nombreuses personnes handicapées ».

Les règles actuelles d'attribution de l'AAH condamnent ainsi un grand nombre de personnes handicapées à survivre dans le cadre d'un régime de subsistance, sans qu'elles puissent réaliser, sous peine d'une prise de risque excessive, leur choix de vie.

Cette situation est d'autant plus incompréhensible que le cumul de revenus d'activité avec d'autres prestations similaires est, en revanche, autorisé sous certaines conditions. »

Par ailleurs, face à la pression des associations, le gouvernement a fait adopter un amendement octroyant des ressources supplémentaires aux bénéficiaires de

²⁴³ P. BLANC, Rapport d'information n° 369 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat *sur la politique de compensation du handicap*, juillet 2002.

l'allocation pour adulte handicapé (AAH), par la création d'une garantie de ressources qui ne figurait pas dans le projet initialement. Il est ainsi prévu par le gouvernement que les personnes handicapées qui sont dans l'incapacité durable de travailler disposeront mensuellement de 80% du SMIC net.

Pour conclure, il convient de remarquer que les associations de personnes handicapées se disent aujourd'hui globalement satisfaites par le texte de la loi du 11 février 2005, mais attendent cependant la mise en œuvre de la réforme²⁴⁴. Les revendications des associations qui se sont retrouvées au centre du débat public à la suite de l'arrêt « Perruche » ont donc reçu une concrétisation, mais il faut attendre la publication de quelques 80 décrets, et la mise en place de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, pour que les intentions de la loi deviennent réalité.

L'amélioration de la condition des personnes handicapées est poursuivie sur le seul terrain du droit social visant une catégorie particulière de la population. Cet objectif était exclusif de toute combinaison du système social avec le droit de la responsabilité et on conçoit que la loi nouvelle ne comporte pas de mécanismes subrogatoires dans l'hypothèse où le handicap est indirectement causé par le fait d'un tiers. Les difficultés de ces recours exercés par les caisses d'assurance maladie peuvent dissuader de risquer de les redoubler. Mais surtout la suppression ou la limitation de l'action en responsabilité par la loi du 4 mars 2002 coupe court au problème. Il n'en demeure pas moins que dans les cas où le handicap de naissance aurait été imputable à un médecin selon la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, le médecin et son assureur sont assez à l'abri. D'un côté la nation assume presque seule, avec la famille, la charge des personnes handicapées, d'un autre côté les médecins peuvent poursuivre leur activité sans grand risque de poursuites.

²⁴⁴ Ainsi, pour Marie-Sophie Desaulle, Présidente de l'Association des paralysés de France (APF) : « *Le texte s'est amélioré et répond mieux à nos attentes. Mais nous devons rester vigilants pour que les décrets ne soient pas en retrait.* »

Il est assez regrettable que le législateur n'ait pas envisagé, au moment où il effectuait sans le dire de tels transferts financiers, de chercher les moyens de sanctionner les fautes médicales commises dans une activité de contrôle des naissances qui suscitent bien des interrogations tant scientifiques qu'éthiques.

Visiblement la focalisation de l'attention sur la condition des personnes handicapées semble avoir fait oublier la fonction de la responsabilité civile dans la régulation des pratiques médicales à risque ; mais quel est le risque et pour qui ? Du point de vue collectif, le risque réside-t-il dans la prise en charge des personnes handicapées, ce qui peut inciter la société à pousser à l'avortement, ou au contraire dans la discrimination et la ségrégation des personnes handicapées ? Les deux aspects du risque coexistent dans la mentalité commune et trouve ses traces dans les institutions juridiques.

Il est probablement préférable que le droit social préserve, en ce domaine, son autonomie. Mais alors il ne fallait pas aller si loin dans la réduction des réparations civiles car le maintien d'une réparation civile intégrale de la charge matérielle qu'assument les parents d'enfants nés handicapés pouvait prendre en compte les prestations versées à ce titre au nom de la solidarité nationale. De plus l'idée d'égalité entre les personnes handicapées, tout à fait justifiée du point de vue des droits sociaux (encore que lorsqu'il y a des conditions de ressources à leur reconnaissance, il en résulte bien des différenciations dans la jouissance des droits), fait bon marché de la distinction qu'établit, pour tous les dommages corporels, la cause de leur survenance ; à la limite ce discours pourrait conduire à supprimer toute réparation fondée sur la responsabilité civile attachée au fait de l'homme ? ce que la loi du 4 mars 2002 cependant ne fait pas

Que la Cour de cassation ait pu être critiquée de faire jouer à la responsabilité un rôle qui n'est que partiellement le sien en se substituant à celui du droit social, ne justifie pas pour autant que l'on soit passé d'un extrême à l'autre d'autant que le seul risque propre au diagnostic prénatal qui n'est pas pris en compte par la loi et qui, en fait échappe aussi à la responsabilité civile, est d'entraîner l'avortement

d'enfants sains.

Bibliographie spéciale sur la solidarité nationale envers les personnes handicapées

ARTICLES DE PRESSE

▪ Le Monde

- BENKIMOUN, P., *Les parents de handicapés vieillissants face aux carences de la prise en charge*, 9 janv. 2002
- BLANCHARD, S., *Pour les handicapés, les candidats à l'Elysée promettent à l'unisson le « droit à l'autonomie »*, 13 avr. 2002
- KESSLER, F., *Handicap : le grand chantier*, 17 sept. 2002
- ROYEZ, M., *Handicapés : des paroles aux actes*, 3 oct. 2002
- BLANCHARD, S., *La France tente de rattraper son retard vis-à-vis des handicapés*, 4 fév. 2003
- BLANCHARD, S., *Une réforme ambitieuse dont le financement, en période de disette budgétaire, reste flou*, 26 juin 2003
- BLANCHARD, S., *Les associations défendent la création d'un véritable revenu d'existence*, 29 janv. 2004
- *La France revoit un dispositif d'intégration vieux de 30 ans*, 20 janv. 2005
- *[Le projet de loi sur le handicap a été adopté par le Parlement](#)*, 3 févr. 2005

▪ Libération

- *Le handicap implose sur les marches de l'Assemblée*, 4 juin 2004
- *Le projet de loi sur les handicapés amélioré*, 24 déc. 2004

▪ Le Figaro

PUJEBET, B., « *La situation des personnes handicapées est proche du seuil de pauvreté* », 7 déc. 2001

BADER, J.-M., *Trop de handicapés adultes mal pris en charge*, 17 juin 2002

BODESCOT, A., *Des réformes nécessaires en faveur des personnes handicapées*, 25 oct. 2002

BOISSEAU, M.T., *Budgets en hausse pour les handicapés*, 4 déc. 2002

CHARRETTE (de), L., *Des aides individualisées pour choisir son mode de vie*, 4 déc. 2002

CHARRETTE (de), L., *Personnes handicapées : priorité à l'autonomie*, 3 fév. 2003

LARMINAT (de), L., *Une année pour changer le regard sur le handicap*, 4 fév. 2003

DESSALE, K., « *45.000 polyhandicapés ne sont pris en charge par aucune structure* », 3 juil. 2003

LARMINAT (de), A., « *L'allocation adulte handicapé doit être égale à 70 % du SMIC* », 23 fév. 2004

LARMINAT (de), A., *Handicap : le gouvernement plie face à la grogne des députés UMP*, 11 juin 2004

FIORITTI, J., *La porte s'entrouvre pour les handicapés*, 27 sept. 2004

CHARETTE (de), L., *Les Paralysés de France lancent un SOS aux députés*, 8 déc. 2004

▪ Le quotidien du médecin

Handicapés : vers une plus grande transparence des établissements, 5 fév. 2001

SAINT-RUF, M., *Grand handicap : comment améliorer la reconnaissance de la douleur et du préjudice*, 12 déc. 2001

ROY, P., *Handicap congénital : la « solidarité nationale » se fait attendre*, 25 avr. 2002

ROY, P., *Handicap congénital : la « solidarité nationale » se fait attendre*, 17 juin 2002

RAPPORTS

- Cour des Comptes, *La vie avec un handicap*, Rapport public particulier, juin 2003, Les éditions des journaux officiels
- P. BLANC, Rapport d'information n° 369 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat *sur la politique de compensation du handicap*, juillet 2002

- IV -

SYNTHESE

Quelles leçons tirer de l'analyse d'une affaire dont le règlement aurait pu rester celui d'une décision particulière dotée de l'autorité relative de la chose jugée, et dont les solutions auraient pu évoluer de manière prétorienne dans les affaires ultérieures ? Que penser du processus médiatique, législatif puis à nouveau juridictionnel que la jurisprudence Perruche a enclenché ?

« Beaucoup de bruit pour rien », ou pour pas grand-chose ; « psychodrame » diront les uns.

« *Bad cases make bad law* » diront les autres, en se remémorant le dicton de *Common Law* ; en tous cas, à problèmes mal posés, mauvaises réponses, penseront beaucoup. C'est à voir !

Le fait est que l'issue de cette affaire en droit positif n'est pas des plus heureuses, car la loi, à supposer même qu'elle sorte indemne du contrôle de conventionnalité, pose autant de problèmes qu'elle prétend en résoudre. L'intervention du législateur en 2002 pour mettre un terme au débat ne l'a pas débarrassé de sa confusion car l'ambiguïté, pour ne pas dire l'injustice des solutions retenues limitant considérablement la responsabilité du corps médical dans les activités de diagnostic prénatal, demeure. De plus, l'avantage acquis par ce dernier sur le terrain de la responsabilité se trouve neutralisé et absorbé par les problèmes de couverture des activités médicales par l'assurance privée, pour certaines spécialités médicales du moins, problèmes que des réponses provisoires laissent entiers. Si on ne trouve rien à redire de l'alinéa 1 de l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 paralysant l'action de l'enfant, on doit reconnaître que la réduction de la réparation du préjudice des parents à leur préjudice moral renvoie à l'enfant une image de sa propre existence qui n'est pas spécialement honorable ; mais tout dépend de la manière dont ce préjudice est apprécié et qualifié par les tribunaux. Sur le plan de la signification éthique des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, on ne peut pas dire que la loi ait amélioré la qualité du regard porté sur les personnes nées handicapées. De plus l'articulation des nouvelles mesures de droit social avec une

possible réparation du préjudice matériel n'est plus recherchée. L'impact de cette jurisprudence est à l'évidence considérable mais les résultats du processus qu'elle a entraîné n'apparaissent pleinement positifs pour personne.

On ne saurait cependant se limiter à des conclusions aussi sceptiques.

L'arrêt « Perruche », a provoqué une sorte de détonation dont les effets en chaîne ont permis la prise de conscience de l'ambivalence des techniques de diagnostic prénatal, des dimensions plus générales d'un cas symptomatique de problèmes préexistants sur divers plans, juridique, éthique, politique, social, de l'interaction de tous ces aspects et de la difficulté de les traiter de manière à peu près cohérente. Cette prise de conscience a globalement été enrichie par le débat que cet arrêt a suscité malgré les blocages qui s'y sont manifestés. Cela conduit à ne pas considérer cette décision de justice comme un épiphénomène sans lendemain, comme un chapitre momentanément clos de l'impact d'une décision de justice.

La réflexion doit se poursuivre sur les questions générales posées par le cas « Perruche » afin d'en tirer peut-être la suggestion de solutions juridiques renouvelées, voire d'un changement dans les pratiques médicales, sociales ou judiciaires, si ce n'est d'une révision de la loi.

Les procès concernant la responsabilité médicale en matière de diagnostic prénatal s'inscrivent dans un contexte plus général dont ils révèlent la logique mais aussi le malaise donc l'opportunité d'en réexaminer les points sensibles en vue d'en renouveler éventuellement le traitement juridique. On les évoquera en premier lieu **(A)**.

Ils posent aussi des questions qui leur sont propres et pour lesquelles on aurait pu penser à d'autres motivations des décisions que celle qui repose sur l'empêchement d'interrompre la grossesse, ce qui aurait peut-être pu éviter la controverse et le blocage idéologique qui s'en sont suivis **(B)**.

Comme ces procès soulèvent à nouveau la question des rapports qui, qu'on le veuille ou non, relie et distinguent la morale et le droit, question qui divise depuis

longtemps la pensée juridique occidentale et qui suscite de franches oppositions, on évoquera pour terminer les ouvertures que peut fournir à l'action juridique, dans un débat profondément renouvelé par les sciences de la vie et les biotechnologies, la considération de la signification et de la portée symbolique du langage employé par les motifs des décisions de justice et plus généralement par les textes juridiques (C).

A. L'arrêt « Perruche », révélateur de malaises plus généraux

On se limitera à évoquer deux domaines dont cet arrêt révélait les liens nécessaires : le développement des technologies de contrôle de la « qualité » biologique ou physique des enfants à naître voire de leur « destin », qui concerne l'offre et la pratique médicale d'une part, le droit de la responsabilité, ses principes, notions ou concepts d'autre part. L'un et l'autre connaissent ce que l'on nomme des « dérives » dont l'arrêt Perruche a permis de prendre conscience et qui appellent de la part du corps médical, des tribunaux et du législateur, une réflexion sur les moyens de les contenir.

Le rapport de recherche portant sur l'impact de l'arrêt Perruche sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens²⁴⁵ révèle l'ébranlement d'une profession conduite à s'interroger sur le sens de sa pratique face à ce qu'il faut bien appeler un marché biomédical de l'échographie principalement, mais aussi des diagnostics génétiques ; ces techniques sont de nature à amplifier la crainte de l'anormalité des enfants conçus alors qu'elles sont affectées d'incertitudes tout en laissant croire à des patients crédules en la vérité de leurs résultats. Si le diagnostic génétique est assez rigoureusement réglementé, ce n'est pas le cas de l'échographie fœtale qui a les faveurs du public au point que se créent des entreprises commerciales d'échographie non médicales²⁴⁶. L'utilité proprement médicale de ces examens apparaît mince, d'une part parce que la très grande majorité des enfants sont normaux et d'autre part parce que dans l'hypothèse d'une pathologie grave il est rare que le diagnostic permette de la traiter, si bien que l'interruption de

²⁴⁵ D. Moyse, N. Diederich, op.cit.

²⁴⁶ L'académie nationale de médecine a dénoncé ce phénomène dans un rapport, BANM, 2004, 188, n° 7.

grossesse est la réponse le plus souvent proposée à la mère ; de plus, l'incertitude qui affecte certains diagnostics ne révélant qu'un pourcentage de risques, conduit presque inévitablement à l'avortement de fœtus non atteints. Certes la loi contient la pratique de l'IMG par des critères de légalité en définitive raisonnables mais elle ne se donne pas les moyens d'en contrôler le respect ; tout repose sur la déontologie des experts et des médecins, elle-même rarement sanctionnée dans ces hypothèses au cas où elle serait manifestement transgressée. Le rempart contre « la dérive eugénique » est faible. L'arrêt Perruche a été critiqué non en raison d'une intention eugénique certes, mais en raison de ses effets eugéniques probables liés tant à l'évaluation de la vie handicapée par rapport à la mort prénatale qu'à l'intérêt des médecins à pratiquer des avortements de précaution ; ce risque ne semble pas s'être réalisé ; on pouvait même admettre avec la Cour de cassation que la réparation du handicap de l'enfant par la reconnaissance de son droit propre à la solliciter, était une manière de restaurer sa dignité en lui garantissant des moyens d'existence décente ; il reste à se demander si dans une telle conception, la notion de dignité n'est pas en réalité invoquée pour se substituer à celle de qualité de vie ; certains y verront une subversion de la dignité Mais il aurait été possible d'y parvenir par d'autres motivations sans supposer que l'avortement eût été préférable pour lui. De plus, la responsabilité et l'exigence d'une faute raisonnablement appréciée, constituaient un moyen nécessaire de sanctionner l'exercice défectueux d'un tel pouvoir de contrôle de l'espèce humaine ; moyen ambigu cependant car il sanctionne la défaillance médicale dans des actes dont l'effet eugénique, considéré sur les grands nombres, n'est pas exclu²⁴⁷. La question de l'eugénisme reste donc posée dans un monde qui survalorise la conformité des personnes à des critères sociaux d'efficacité et de conformité à des modèles. Le procès a donc mis au jour l'insuffisante précision de la loi sur la définition des « pratiques eugéniques » et surtout sur la distinction des pratiques eugéniques licites et des pratiques illicites

²⁴⁷ Il reste cependant que la responsabilité médicale incite les juges à exiger toujours plus de diagnostics ou toujours plus d'informations alors même que l'intérêt social et l'intérêt de la personne n'y trouvent pas nécessairement leur compte. Le besoin de réparation conduit à forcer les autres conditions.

qui, jointes à l'ineffectivité des sanctions prévues, devraient être corrigées si l'on veut bien considérer que l'eugénisme condamnable n'est pas seulement le fait de régimes totalitaires²⁴⁸. Sur cette question sérieuse, le débat s'est paralysé, l'eugénisme paraissant une question tabou, brandie pour ou contre sans examen lucide de ses données. De même, la liberté de la décision de la mère ne connaît guère d'autre protection que celle qui résulte de l'obligation d'information dont le renforcement doit certes être salué, mais qui implique une confiance quasi absolue dans les dires médicaux et dans la science. Il est frappant de constater que c'est au moment même où la génétique se révèle plus modeste et moins triomphaliste que l'on généralise l'accès aux diagnostics sans pour autant favoriser la recherche biomédicale sur les traitements ; cela a été dénoncé lors de la généralisation des tests de la trisomie 21. Enfin, le traitement purement social du handicap comporte des coûts élevés que la solidarité nationale ne peut assumer dans leur totalité désirable, si bien que l'eugénisme social est également à craindre dans une société où les prélèvements obligatoires connaissent aussi des limites.

Les procès doivent être mis en perspective au regard des implications que leurs solutions auront dans d'autres pratiques biomédicales concernant la procréation humaine. Qu'il s'agisse de procréation médicalement assistée, de diagnostic préimplantatoire ou de diagnostics génétiques d'embryons conçus en vue de faire naître un enfant destiné à fournir des tissus compatibles pour la greffe d'un autre enfant (ce que l'on a nommé « le bébé médicament »), il faut s'attendre à ce que des procès en responsabilité contre les médecins, voire contre les parents, surviennent un jour ou l'autre. La jurisprudence Perruche avait au moins le mérite de révéler la profonde ambivalence des technologies biomédicales elles-mêmes dont les finalités respectables occultent l'inhumanité des moyens. D'un côté ces pouvoirs ne doivent pas s'exercer sans sanction des fautes ; mais d'un autre côté celle-ci, par le jeu de la responsabilité civile notamment, consacre le fait que l'enfant ou l'embryon humain

²⁴⁸ J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral*, Gallimard, 2001 ; M. Fabre-Magnan, Ph. Moullier (dir.), *La génétique, science humaine*, (spécialement l'article de M. Fabre-Magnan, *De la sélection à l'eugénisme*, p.188), Belin, 2004.

peuvent y être réduits à des produits défectueux. Mieux que la bioéthique, le droit dirait la vérité sur des pratiques en révélant, par sa logique même et par les qualifications qui en résultent, la violence, fût-elle purement symbolique, des moyens utilisés. Il n'est pas sûr qu'en paralysant le droit et l'action en justice ou en réduisant les préjudices réparables des parents d'un enfant gravement handicapé, le législateur, comme il le pouvait, ait anticipé l'application de la loi à d'autres hypothèses que celles qui l'avaient motivée, notamment aux naissances consécutives aux techniques d'assistance médicale à la procréation et de diagnostics préimplantatoires.

De son côté le droit de la responsabilité est lui-même de plus en plus souvent conduit à intégrer de nouveaux types de dommages résultant des technologies et à apprécier les risques technologiques qui, en l'état de la science, ont été pris de manière jugée ensuite fautive. Or les concepts utilisés à cette fin sont inévitablement bousculés, ce qui est normal. Ce qui l'est moins c'est de les utiliser d'une manière qui leur fait perdre leurs contours et leur sens. Il en est ainsi de la causalité et plus encore de la définition du dommage réparable. Or dans les affaires qui nous occupent, la question centrale était celle du dommage plus que de la causalité ; pour ne pas affronter le premier qui suppose des choix de nature éthique, politique ou économique, les tribunaux se basent souvent sur la seconde. On peut souhaiter que ce déplacement n'ait plus lieu et que les tribunaux s'interrogent à nouveau sur les limites du dommage réparable selon le droit. Par ailleurs, la question de l'assiette du recours récursoire des caisses d'assurance maladie sur l'indemnisation au titre du dommage corporel est toujours pendante ; sa complexité défie les meilleurs spécialistes et elle mérite d'être révisée dans le sens d'une plus grande clarification des liens et des différences entre les deux systèmes de prise en charge de ces dommages. L'impact de ces recours sur l'attitude des sociétés d'assurance a été démontré, ce qui suffit à justifier le réexamen d'une question qui déborde le cadre de ce rapport mais qui sollicite le rapprochement des spécialistes du droit civil et ceux du droit social afin d'aboutir à un système plus cohérent.

B. Pouvait-on éviter la motivation des décisions par référence à l'interruption volontaire de grossesse ?

Le débat qui a suivi l'affaire Perruche a fait renaître les crispations et le blocage des opinions sur l'interruption de grossesse. A tort, car les opinions critiques de la décision n'impliquaient pas de remettre en question la légalité et la pratique conforme à la loi de l'IVG ni de l'IMG. Mais le fait social est là. Comme on l'a montré, la sensibilité des opinions à l'avortement est extrême, ce qui suffit à démontrer que la question n'est évidemment pas neutre et que les oppositions sont toutes prêtes à ressurgir à la moindre occasion. Il semblait pourtant, comme le Conseil d'Etat l'avait jugé, que l'interruption de grossesse ne concernant que la mère, elle ne pouvait pas être invoquée par l'enfant lui-même et moins encore par les parents agissant au nom de l'enfant qu'ils représentent, ce qui les amène à lui faire dire en justice qu'il aurait pu (dû ?) ne pas naître ; le pouvoir de représentation sur un tel objet n'est pas soutenable et il n'est pas non plus soutenable que le moyen étant purement technique il n'aurait pas d'autre sens que fonctionnel. Inversement, la logique de la liberté de l'interruption de grossesse est de déployer ses effets au-delà de l'acte lui-même et c'est ce que le Conseil d'Etat admet pour les parents du moins. Or on peut considérer que la maltraitance symbolique de l'être humain handicapé est la même que l'action soit intentée par l'enfant lui-même ou par ses parents²⁴⁹.

La question est alors de se demander si d'autres motivations n'auraient pas pu être invoquées au soutien d'une demande d'indemnisation des conséquences de la faute médicale. Le Doyen Jean Carbonnier avait suggéré une issue dont on déplore qu'elle n'ait pas inspiré la Cour de cassation dans les arrêts postérieurs à l'arrêt Perruche ou le législateur lorsqu'il a entrepris d'intervenir. Ne pouvait-on pas juger que la faute ayant trahi la confiance des parents et créé la croyance dans la naissance

²⁴⁹ Seule ou presque G. Viney avait relevé ce point essentiel en montrant que les deux actions des parents et de l'enfant devaient être soit être rejetées soit être admises, Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion publique, *J.C.P.*, 2001, I, 286.

d'un enfant normal, la venue au monde d'un enfant gravement handicapé crée pour les parents une obligation d'entretien (article 203 code civil) et une obligation de préparer son avenir (article 213 code civil) autrement plus lourde que ce que la loi attend normalement d'eux ; cette charge excessive en ce qu'elle dépasse la mesure de l'obligation légale constitue le véritable préjudice des parents et comme il s'agit d'une créance de l'enfant au regard du droit de la famille, c'est à l'enfant lui-même que cette indemnisation est due, et cela pour toute son existence si l'on se fonde sur l'article 213 code civil ? Point n'est besoin de rechercher si la mère aurait ou n'aurait pas interrompu sa grossesse ; seule compte la gravité du handicap en ce qu'elle entraîne un devoir exorbitant d'entretien ; en revanche, le préjudice moral des parents n'a pas à être réparé pour la raison simple qu'un tel préjudice est offensant pour l'enfant, ce que n'est pas le préjudice matériel lié au seul handicap. On rétorquera que le lien de causalité est lâche ; mais l'est-il plus que dans maintes autres hypothèses où les tribunaux reconnaissent une causalité dans les conséquences d'une faute d'information ?

Cette motivation reposait sur la mise en relation du droit de la responsabilité civile et du droit de la famille et impliquait de se demander quelles sont les limites et les finalités des obligations légales, le seuil où la solidarité familiale pendant la vie d'une personne handicapée justifie la réparation à la charge de ceux qui ont entraîné un excès de charges.

Un tel raisonnement permet d'éviter d'avoir à se poser la question, impossible et illégitime pour le droit, de savoir si l'enfant a intérêt à naître ou à ne pas naître, ou si les parents ont un intérêt juridiquement protégé à ce qu'il ne naisse pas. De telles questions peuvent se poser en conscience, ce sont des questions tragiques auxquelles certains doivent répondre sans qu'il y ait de bonnes réponses. Ce ne sont pas des questions auxquelles le droit doit répondre sauf à entrer dans un univers métaphysique qui n'est pas de son ressort et à y répondre comme en l'espèce par l'hypothèse que le néant est préférable à la vie.

Comme on le voit, le « scandale » de l'arrêt Perruche tient dans quelques mots, dans des motifs dont la logique du droit de la responsabilité tel que la Cour de cassation l'a interprété, méritait d'être détournée au bénéfice d'une autre logique permettant de faire valoir implicitement une autre vision de l'homme en évitant d'avoir à dire par la voix d'une juridiction que certaines vies humaines sont des préjudices²⁵⁰. La vie pas plus que la mort ne sont en droit des préjudices car ce sont des questions métajuridiques : en croyant les écarter la Cour de cassation était au contraire entrée dans un processus faisant de la vie un objet du droit, et un objet de droits pour le sujet lui-même. Reconnaître l'impasse ainsi créée, c'était inciter à rechercher d'autres voies pour tenir ensemble la nécessaire responsabilité qui accompagne tout pouvoir et la dignité humaine, de tenir ensemble le sens et l'efficience. Question de mots seulement ? L'affaire Perruche ne serait que cela ! Pour certains c'est beaucoup, même si au-delà des mots le problème humain demeure.

C. Pour clore cette étude, on peut s'interroger sur **l'aptitude du droit à trancher des questions qui le dépassent** sur le plan économique des coûts, d'une part, et sur le plan métaphysique du sens que les solutions de droit recèlent ou véhiculent, d'autre part. Ces questions ne sont pas extérieures aux procès, elles sont inscrites dans la réalité et sont par conséquent présentes dans les causes soumises aux tribunaux, même si à l'évidence elles dépassent leur compétence. Mais c'est à leur lumière que le droit peut se construire et rechercher des solutions justes. Dans une certaine mesure ces deux questions, économique et éthique, étaient liées si bien que selon la solution retenue une harmonie pouvait se faire ou se révéler impossible. Il en va de même de toutes les questions qui divisent l'opinion à propos de la biomédecine et de la bioéthique dans lesquelles le rapport des fins et des moyens est si tendu. Face aux pressions contraires dont le législateur est l'objet, le

²⁵⁰ La manière dont les juges du fond motivent et qualifient le préjudice moral des parents dans ces affaires peut être également, selon les mots employés, tantôt offensante pour l'enfant (par exemple « le préjudice de la mère consistant dans la vision quotidienne d'un enfant handicapé » tantôt pleinement acceptable (par exemple « le fait de n'avoir pas pu se préparer à la naissance d'un enfant handicapé ») quand bien même les faits retenus correspondent à des réalités non contestables.

règlement n'est pas aisé et le résultat compte autant que les mots pour le dire dès lors que la règle de droit s'énonce comme telle.

Il reste seulement deux choses importantes, au terme de cette analyse, qui intéressent le droit de manière fondamentale et son évolution dans la mise en œuvre des technologies de la reproduction humaine.

D'une part il n'est pas sûr du tout que nous puissions conserver notre système de santé en l'étendant à toutes les techniques procréatives ou de gestion sélective des naissances. Le rapport coût/efficacité n'est pas favorable à une prise en charge sociale illimitée et comme certains pays l'ont fait on peut imaginer qu'un jour viendra peut-être où l'on cessera de rembourser le coût des diagnostics et d'assumer la charge des personnes handicapées, ces frais étant alors repris par un secteur privé marchand si tant est que le marché soit assez lucratif donc assez étendu. La question pourrait bien être réglée sur des bases purement économiques dont les méthodes supposent que les êtres humains ne sont dans cette optique que des chiffres, des abstractions nécessaires à leur gestion selon les lois économiques dominantes. Le sens de la vie humaine dont le droit rendrait compte serait-il encore humain ? On peut en douter. Mais l'affaire Perruche nous rappelle qu'on ne peut pas l'ignorer et que le législateur n'a pas introduit dans le code civil le principe du respect inconditionnel de la dignité humaine pour le laisser sans application. Ce principe n'a pas que des applications directes ; il peut innerver le droit sans s'afficher, il suffit que dans le maniement des techniques juridiques il soit pris en considération par les juristes pour que ces techniques en rendent compte sans avoir nécessairement à s'appesantir sur lui.

On voit sans peine que les techniques de procréation et de contrôle de la qualité des enfants n'affectent pas seulement l'avoir à travers les coûts directs ou indirects. Elles affectent l'être donc posent des questions métaphysiques qu'il est vain d'ignorer. L'affaire Perruche révèle bien que pour les avoir occultées ou refoulées, elles peuvent faire des retours violents. Or si le droit laïque et profane ne prend pas en compte cette dimension métaphysique du sens de la vie et qu'il s'en empare

quand même en conférant aux juges le pouvoir de décider des critères d'une vie digne d'être vécue, il risque fort de fabriquer une société plus violente qu'elle ne l'est naturellement. De plus et enfin un droit privé de références autres que celle de l'efficience ou de la conformité à l'état des mœurs (lesquelles au demeurant ?) risque de se priver des moyens de médiation et de décisions entre les positions et intérêts antagonistes des uns et des autres, ce qui n'est certainement pas l'intérêt des sociétés démocratiques. C'est pourquoi les gouvernants, législateur et juges, seraient bien inspirés d'être attentifs aux enjeux politiques et anthropologiques de l'éthique et réciproquement, les médecins en l'espèce comme tout citoyen, sont invités à comprendre les enjeux éthiques et anthropologiques des techniques juridiques. L'impact implicite mais important de l'arrêt Perruche est en définitive de ressusciter un débat nécessaire dont l'issue est toujours plus ou moins incertaine et d'avoir fait réfléchir aux limites du droit lui-même face à des malheurs qui appellent d'autres types de réponses que celles, nécessaires, que le droit peut fournir.

ANNEXES

I. BIBLIOGRAPHIE

II. NOTE DE PRESENTATION DES TECHNIQUES DE DIAGNOSTIC PRENATAL

III. CONCLUSIONS DU RAPPORT DE L'INSPECTION GENERALE DES FINANCES ET DE L'INSPECTION GENERALE DES AFFAIRES SANITAIRES ET SOCIALES SUR « L'ASSURANCE DE RESPONSABILITE CIVILE MEDICALE »

ANNEXE I

BIBLIOGRAPHIE

Etant donné le très grand nombre de publications, cette bibliographie ne prétend pas à l'exhaustivité. Notamment des revues mensuelles, trimestrielles ou biannuelles ont consacré des articles qui n'ont pas pu être tous recensés. Que les auteurs non cités veuillent bien nous en excuser ! D'autre part les auteurs de manuels ou de traités de droit civil, de droit social et de droit administratif ou de droit médical ont consacré des développements plus ou moins substantiels à l'affaire Perruche. Ils ne sont pas indiqués dans cette liste.

OUVRAGES

BACHELARD-JOBART, C., *L'eugénisme, la science et le droit*, collec. Partage du savoir, PUF, 2001

CAYLA, O., THOMAS, Y., *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, collec. Le débat, 2002

CHANTEUR, J., *Condamnés à mort ou condamnés à vivre ? Autour de l'arrêt Perruche*, Editions Fatael, 2002

IACUB, M., *Penser les droits de la naissance*, PUF, Questions d'éthique, 2002

IACUB, M., JOUANNET, P. (collectif), *Juger la vie*, La découverte, 2001

MEHL, D., *Naître ? La controverse bioéthique*, Bayard Editions, 1999

MILLIEZ, J., *L'euthanasie du fœtus - Médecine ou eugénisme*, Editions Odile Jacob, 1999

SAILLY, C., *Responsabilité médicale et parentale face à « l'enfant préjudice »*, Mémoire DEA, Lille 2, 1999

SOUTOUL, J.H. ; PIERRE, F., *L'accoucheur face aux juges*, Maloine, 1997

TESTART, J., *Des hommes probables, De la procréation aléatoire à la reproduction normative*, Seuil, 1999

VARAUT A., *Être ou ne pas naître*, éd. Rocher, coll. Colère, 2002

WITTMANN V., *Les réactions doctrinales suite à l'arrêt Perruche*, Mémoire DEA, Dijon, 2001

ARTICLES ET CHRONIQUES

AMANN, J.-P., L'arrêt Perruche et nos contradictions face à la situation des personnes handicapées, *Revue française des affaires sociales*, 2002, n°3, p. 127 s.

APOSTOLIDIS, C., Lire l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 (Affaire Nicolas Perruche), R. R. J., *Droit prospectif*, 2001-4, p. 2047

AUBERT, J.-L., Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être, *D.* 2001, chr. 489

AYNES, L. Préjudice de l'enfant né handicapé ou la plainte de Job devant la Cour de cassation, *D.* 2001, chr. 492

Un droit à naître sans handicap ?, *Les cahiers du CCNE*, n° 29, 2001, p. 12

BANDRAC, M., Perruche et le Père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi, in *Etudes offertes à J. Normand. Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 1-16

BEAUMONT, E., BOOG, G., CHAZARA, C., LANSAC, J., SOUTOUL, J.-H., Responsabilité médicale dans la pratique des interruptions volontaires de grossesse du premier trimestre, *Revue française gynécologie obstétrique*, 1983, 78, 6, e), p. 445-451

BECHILLON (de), D., Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire, *RTD civ.* 2002, p. 47

BELLIVIER, F., Chronologie du contentieux relatif à la naissance d'un enfant handicapé (principales décisions des juridictions administratives et civiles), in *La recherche sur l'embryon, qualifications et enjeux* (B. Mathieu, C. Labrusse-Riou, N.J. Mazen, (dir.)), *Revue générale de droit médical*, numéro spécial, 2000, p. 67

BENILLOUCHE, L'indemnisation du préjudice personnel de l'enfant handicapé (A propos des trois arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 13 juillet 2001), *Les Petites Affiches* 17 avril 2002, n° 77

BESSIERES-ROQUES, I., Les retombées de l'arrêt Perruche et l'application de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, *Rev. fr. du dommage corporel*, 2002, n° 3, p. 291

BESSIS, R., Dans l'attente des arrêts de la Cour de cassation, *Responsabilité* n°2, juin 2001, p. 11

BOCQUILLON F., Fin de la jurisprudence Perruche ?, *RDSS* 2002, p. 358

BONNEAU, J., Logique juridique et éthique, *Actualités Juris-Santé* n°32, juillet 2001, p. 18

BOURSIER, M.-E., La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi anti-Perruche ?, *Les Petites Affiches*, n° 108, 30 mai 2002, p. 4 et s.

BRUN, P., Le droit au présent et l'équité au futur (Brèves remarques sur l'article premier de la loi du 4 mars 2002), *Resp. civ. ass.* 2002, comm. n° 7

BYK, C. Responsabilité médicale et pratique de l'échographie et du dépistage prénatal, *Journal de Médecine Légale Droit Médical*, 1997, vol. 40, n°1, p 25.

Le droit civil et l'enfant à naître : une double instrumentalisation ?, *RGDM* n° 13, 2004, p. 145

CABOT, T., La responsabilité du service public hospitalier et l'IVG, *Gaz. Pal.*, 7 nov. 1985

CAILLAVET, H., Contribution à l'avis sur « Handicaps congénitaux et préjudice », *Les Cahiers du CCNE*, n° 29, 2001, p. 10

CALAIS-AULOY, M.-T., La vie préjudiciable, *D.* 2000, Point de vue

CANSELIER, G., La tentation du néant, *RGDM*, 2000, numéro spécial, p. 89

CARPI, S., Regards sur la causalité, *Les Petites affiches*, 8 juin 2001, p. 12

CHABAS, F., La responsabilité du médecin et du biologiste envers l'enfant en matière de procréation médicalement assistée, *Gaz. Pal.*, 7-8 mai 1999, p. 16

CHOUSSAT, A., Réflexions sur l'arrêt Perruche, *Archives des maladies du cœur et des vaisseaux*, tome 95, n° 5, mai 2002

CHOUX, A., La loi anti-Perruche, *D.* 2002, p. 1213

DEBET, A., La solidarité envers les personnes handicapées et la convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 6 décembre 2002), *Dr. Fam.* 2003, chron. 2

DEGUERGUE, M., Les préjudices liés à la naissance, *Resp. civ. ass.*, n° spéc., mai 1998, p. 14
Le point de vue du publiciste sur l'arrêt Perruche, *Gaz. Pal.*, 21-23 avril 2002, p. 5

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. Réflexions perplexes à propos d'arrêts faussement rassurants, *Droit et Patrimoine*, n°99, décembre 2001, p. 24

Nouvelles réflexions perplexes sur l'indemnisation du « préjudice de vie handicapée », *Droit et Patrimoine*, n° 100, janvier 2002, p. 20

DELMAS SAINT HILAIRE, P., Le handicap prévu et le droit de ne pas naître, *Revue juridique Personne et Famille*, déc. 2000

DOSNER-DOLIVET, A., La responsabilité consécutive à la pratique du diagnostic prénatal, *Médecine et droit*, 1999, n° 38, p. 10

DOUCHY, M., Brèves remarques après lecture de l'article « Lire l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2002 (Affaire Nicolas Perruche) » de Charalambos APOSTOLIDIS (RRJ 2001-4), RRJ 2002-1, p.547

DREIFUSS-NETTER, F., Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse, *Médecine et droit*, 2001, 46, 1-6
L'amendement « Perruche » ou la solidarité envers les personnes handicapées, *Les Petites Affiches*, 19 juin 2002, 101

DUBOIS L., La responsabilité civile du médecin à raison du diagnostic médical, in *La responsabilité civile du médecin, Actes du colloque 19-20 juin 1992*, PUAM 1993, p. 16

DUCLOS R., MASSARD A., Naissance et handicap ou le droit à l'enfant normal : analyse comparée de la jurisprudence administrative et judiciaire, *Gestions hospitalières*, 2000-08/09, n°398, pp. 548-553

EDELMAN, B. L'arrêt « Perruche » : une liberté pour la mort ?, *D.* 2002, p. 2349

FABRE-MAGNAN, M. Avortement et responsabilité médicale, *RTD civ.* 2001, 285
L'affaire Perruche : pour une troisième voie, *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2002, n°35, p. 119

FAGNARD, J.-L., To be or not to be ?, *Le Journal des Procès*, n°404, 15 déc. 2000, p. 19

FAGOT-LARGEAULT, A., Réflexions sur la notion de qualité de vie, *Archives de philosophie du droit*, Tome 36, 1991 p 135-152

FENOUILLET, D., Pour une humanité autrement fondée, *Dr. fam.* Avril 2001, p. 4

FINEL, L., La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales, *RDSS* 1997, p. 223

FLORENTIN, I., Le diagnostic prénatal et le contrôle de la qualité des enfants à naître, in *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, (C.LABRUSSE-RIOU dir.), LGDJ 1996 p 109-145.

FORGES, J.-M. (de), L'I.V.G doit-elle être considérée comme un acte médical et son échec peut-il entraîner la responsabilité de l'établissement hospitalier ?, *RDSS* 1982, p. 623
Handicap congénital : le dispositif « anti-Perruche », *RDSS* 2002, n°4, p. 645

FORTUNE-CAVALIE, M.-L., Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé : vers « l'œuf transparent » ?, *Médecine et droit* 1998, n°33, p. 17

GARRON, F., La responsabilité civile du géniteur, *RRJ*, Droit prospectif 1999 (2), p 367-381

GAUTHIER, P.-Y., Les distances du juge- à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile, *JCP* 2001, I, 287

Notes autour de l'affaire P..., *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2002, n°35, p. 147

GAVARINI, L., Experts et législateurs de la normalité de l'être humain : vers un eugénisme discret, in *Le magasin des enfants*, collectif dirigé par TESTART, J., Editions Bourin F., 1990, p 157-179

GEOUFFRE DE LA PRADELLE (de), G., A la recherche du « droit à la vie », in *Droit syndical et droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 325

GOBERT, M. La Cour de Cassation méritait-elle le pilori (A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000), *Les Petites Affiches*, 8 décembre 2000, p. 4

République, Cour de cassation et échographie (à propos des arrêts d'Assemblée plénière du 13 juillet 2001), *Les Petites Affiches*, 21 novembre 2001, p. 7 et s.

Handicap et démocratie, *Revue Commentaire*, printemps 2002, p. 29 et s.

GOFFI, J. Y., *La notion de vie préjudiciable et l'eugénisme in De l'eugénisme d'état à l'eugénisme privé*, Boeck Université

GOMBAULT, N. La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus, *Gaz. Pal.*, 16 juillet 1996, 2^e semestre, p. 816

L'affaire Perruche, Responsabilité, n° 1, mars 2001, p. 10

GOSSERIES A., Faut-il couper les ailes à l'arrêt « Perruche »?, *Rev. Interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 48, 2002, p. 93

HAUSER, J., DELMAS SAINT HILAIRE, P., Le fœtus ? Une personnalité sous condition ?, *RJPF* 2001, oct., p. 20

Vers une responsabilité spécifique de la création de l'humain ?, *RJPF* 2002, juin, p. 6

HERMITTE, M.-A., Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés, *Gaz. Pal.*, 25 octobre 1997, 2^e semestre, p. 1403

HORS-CAYLA M.-C., CAYLA, J.-S., Progrès et limite du diagnostic prénatal, *RDSS* 1997, p. 772

IACUB, M., Droit de ne pas naître ou liberté de procréer ?, in *Le crime était presque sexuel, et autres essais de casuistiques judiciaires*, EDEL, 2002.

JESTAZ, P., Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche), *RTD civ.* 2001, 547

JONAS, C., L'enfant préjudice, *Médecine et droit* 1997, n°26, p. 15

JOURDAIN, P., Loi anti-Perruche : une loi démagogique, *D.* 2002, Point de vue, p. 891

KAYSER, P., Un arrêt de la Cour de cassation sans fondement juridique ?, *D.* 2001, chr. 1889

KRIEGK J.F., Droit civil, procréation et dignité humaine, *Gaz. Pal.* 18 déc. 2004, n° 352-353, doct., p. 2

LABRUSSE-RIOU, C. L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme, *Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Dalloz 2002, p. 255 s.

L'arrêt du 17 novembre 2000 et ses significations, analyse juridique, *Revue Laennec*, n°2, 2002, p. 8 et s.

L'indemnisation du handicap de naissance : vrai débat ou question mal posée ?, *Revue française des affaires sociales*, 2002, n°3, p. 139 et s.

La normalité d'un enfant à naître peut-elle être juridiquement protégée ? (Selon quels critères apprécier le caractère eugénique des pratiques biomédicales de contrôle des naissances ?), *Les Petites Affiches*, N° spécial, La vie humaine dans le commerce, 5 décembre 2002, p. 45 s.

LABRUSSE-RIOU, C., MATHIEU, B., La vie humaine peut-elle être un préjudice ? *D.* 2000, cah. 44, Point de vue

LAFAGE, P., Enfant handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement, *Gaz. Pal.* 15-16 février 2002, p. 14

LAMBERT-FAIVRE, Y. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. I La solidarité envers les personnes handicapées, *D.* 2002, chr. p. 1217

Le principe indemnitaire et l'arrêt Perruche, *Méd. et droit* 2002, n° 54, p.2

LAMOUR, M.-P., Des cas où l'on répare les dommages que l'on a pas causés, *R.R.J., Droit prospectif*, 2002-3, p. 1237

LANDEL, J., Le risque de naître, *La tribune de l'assurance*, n° 42, janvier 2001, p. 3

LEDUC, F., Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile, *Resp. civ. ass.* 2001, chr. 4

LHUILIER, G., Les juristes sont-ils des clercs ? Sur la dimension anthropologique du droit, *Esprit*, nov. 2002, pp. 183-195

LUCIANI, A.-M., La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, *Les Petites Affiches*, 27 juin 1997, p.17

MAJSTER, N., L'arrêt Perruche, Les problèmes posés par la biologie au droit, *Futuribles*, avril 2001, n°263, p. 37 et s.

MALAURIE, P., L'handicap de l'enfant : un droit désarmé. A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002, *JCP* 2003, I, 110

MARKESINIS, B., Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche, *RTD civ.* 2001, 77

MATHIEU, B., Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique, *R.F.D.A* 1997, p. 382

MAYAUX, L., Naissance d'un enfant handicapé : la Cour de cassation au péril de la causalité, *RGDA* 2001, 13

MAZEAUD, D., JOURDAIN, P., Réflexion sur un malentendu, *D.* 2001, jur. 332 et 336

MEMETEAU, G, L'action de vie dommageable, *JCP* 2000, I, 279
La jurisprudence dite « Perruche » et ses suites : Fallait-il légiférer ? Opinions très personnelles, *Gaz. Pal.* 16-17 octobre 2002, rec. sept.-oct. 2002, p. 1476

MERCIER-JACQUEMONT, A.-C., L'action de « vie préjudiciable » (wrongful life) aux Etats-Unis, *R.R.J., Droit prospectif*, 2001-3, p. 1243

MERGER-PELIER, M., Le point de vue du juriste sur la responsabilité médicale en obstétrique, *Médecine et droit* n°9, 1994, p 149

MOYSE, D., Naître différent, in *Connaître le handicap, reconnaître la personne*, C. GARDOU (sous la dir. de), collec. Connaissances de l'éducation, Erès, 1999, p. 101 et s.
Le risque de naître « différent », *Esprit*, décembre 1999, p. 65 et s.
Naissances coupables ? A propos de l'« affaire Nicolas Perruche » et d'autres du même genre, *Esprit*, janvier 2001, p. 6 et s.

MURAT, P., La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ?, *Dr. fam.*, nov. 2001, n°24, p. 10

NEIRINCK, C., L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique, *Les Petites Affiches*, 9 mars 1998, p. 4
L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ?, *D.* 2003, chron. 841

NEYRET, L., Handicaps congénitaux : tout risque d'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté, *D.* 2003, chron. p. 1711

NISAND, I., Echographie obstétricale et responsabilité médicale, <http://gyneweb.f/jmb/gyneweb-echo/pub/RespoDPN.html>

PADIS, M.-O., La cour de cassation et le handicap, Dits et non-dits du débat public, *Esprit*, janvier 2002. p. 205

PAILLET, M., L'enfant préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne, in *Ethique et dignité de la personne, Mélanges Chr. Bolzée*, Economica 1999, p. 261

PAIN-MASBRENIER M.-T., Réflexions à propos de l'affaire Perruche (ou l'enfant qui vient au monde malgré lui), *RGDM* n°6, p. 161

PECH, T., Retour sur la jurisprudence Perruche, *Esprit*, janvier 2002.

PEDROT, P., Diagnostic prénatal et responsabilité médicale, in *La terre, la famille, le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel COSNARD*, p. 117, Economica, 1990

PELISSIER, G., Responsabilité hospitalière. Faute. Communication d'un diagnostic erroné aux parents. Naissance d'un enfant trisomique. Indemnisation des parents, *D.* 1994, n°36, p. 4

PHILIPPE, Naissance d'un enfant handicapé et droit à indemnisation, *Médecine et Droit*, n° 24, p. 9

PIGNARRE, G., BRUN, P., PIEDELIVRE, S., Le jeune homme et la vie : retour sur l'arrêt Perruche, *R.R.J., Droit prospectif*, 2001-2 (vol. 1), 477

PINAULT, M., L'I.V.G doit-elle être considérée comme un acte médical et son échec peut-il entraîner la responsabilité de l'établissement hospitalier ?, *RDSS* 1983, p. 95

PIRE, E., Retour sur le privilège de la femme enceinte, *D.* 2003, p. 2243

POIROT-MAZERES, Le juge administratif et l'enfant non désiré, *Ann. Univ. Toulouse*, Tome XLV, 1997, p. 37

PUTMAN, E., Qualité humaine et droit des personnes et de la famille, *RRJ* 2003-2 (Vol. 1), p. 623

RADE, C. Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! *Resp. civ. et ass.*, 2001, chr.1
La responsabilité au secours de la solidarité, *Resp. civ. ass.* 2003, n° 2, chron. 5, p. 7

Retour sur le phénomène Perruche : vrais enjeux et faux-semblants, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 231 s.

RAVELET, A. La jurisprudence Quarez sous le coup de la loi Perruche, *Rev. dr. pub.*, n°5-2002, p. 1389-1417

Le juge administratif et la loi anti-Perruche, *Dr. adm. nov.* 2004, étude 20.

ROCHEGONDE (de), T. A propos de l'arrêt Perruche : essai d'analyse d'une plainte générationnelle, *RGDM* 2002, p. 171

Les contradictions du législateur : de la disposition anti-Perruche à la péripétie de l'amendement Garraud, *Esprit* n° 308, 2004, p. 205

SAINTE-ROSE, J., Le droit et la vie, R.R.J., *Droit prospectif*, 2002-3, p. 1131

A propos de l'affaire Perruche, *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2002, n°35, p. 142

Le juge face aux normes de la biomédecine, in FEUILLET-LE MINTIER (dir.) *Normativité et biomédecine*, Economica, 2003, pp. 249-258

SAINT-JOURS, Y., Handicap congénital, erreur de diagnostic prénatal, risque thérapeutique sous-jacent, *D.* 2001, chr. 1263

SALAS, D., L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu, *Justices*, 14 mai 2001, hors série

SERIAUX, A., La procréation artificielle sans artifice : illicéité et responsabilités, *D.* 1988, doct, p. 201

Indemnisation de l'enfant né du viol de sa mère, Note sous CA Caen, 7 nov. 2000, *JCP* 2002, II, 10001

« Perruche » et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification, *D.* 2002, chron. p. 1996

Jurisprudence Perruche : une proposition de loi ambiguë, *D.* 2002, n° 7, p. 579

Morales sur Perruche, *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2002, n°35, p. 134

SEVE, L., Réflexions autour de l'arrêt Perruche. Pour une éthique de la maîtrise sans emprise, *Les cahiers du CCNE*, n° 29, 2001, p. 13

SLIM, H., La jurisprudence Perruche saisie par les conditions légales de l'interruption de grossesse pour motif médical, *Resp. civ. et ass.* 2001, chron. 24

SOUSSE M., La notion de faute caractérisée, *RDP* 2004, p. 1377

TALLON D., Libres propos sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation française, à partir de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 nov. 2000 (arrêt Perruche), *Mél. I. de Magalhães Collaço*, éd. Almedina, Coimbra, Portugal, vol. 2, 2002, p. 653

TERRASSON DE FOUGERES A., Périssé le jour qui me vit naître, *RDSS* 2001, p. 1

TERRE, F., *Le prix de la vie*, *JCP* 2000, Actualité, aperçu rapide, p. 2267

THERY, P., Un grand bruit de doctrine, in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, *Economica*, 2004, p. 113 s.

TRUCHET, D., La jurisprudence Perruche n'est plus, *AJDA* 2002, p. 273, *errata* p. 392

VINEY, G., Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion, *JCP* 2001, I, 286

NOTES DE JURISPRUDENCE

ALFANDARI, E., MEMETEAU, G., Obs. sur Versailles, 8 juillet 1993, *RDSS* 1994, p. 268

ALLOITEAU, S., L'arrêt « CHR de Nice » : l'indemnisation du préjudice liée à un défaut d'information médicale (CE, 14 février 1997), *Les Petites Affiches*, 26 mai 1997, n°64, p. 23 et s.

AUBY, J.-M., Note sous CE, 14 février 1997, *Rev. dr. pub.* 1997, pp.1139-1146

BLOCH, C., La réparation du préjudice de l'enfant né handicapé : la résistance de la Cour d'Aix à la jurisprudence « Perruche » ?, Note sous Aix-en-Provence, 10^e ch. civ., 21 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10600

BON P. et BECHILLON (de) D., Obs. sous CE, 14 février 1997, *D.* 1999, somm. p. 60

BON P. et TERNEYRE P., note sous CE 27 septembre 1989, *D* 1990, somm., p. 298

BOURGEAULT-COUDEVILLE, D., note sous Cass. crim, 4 févr. 1998, *D.* 1999, jur. p. 445

CAILLÉ C., comm. sous Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *RGDM* n° 5, 2001, p. 69

CAYLA J.-S., Obs. sous CE, 14 février 1997, *RDSS* 1997, p. 255.

CHABAS, F.,

Note sous Civ. 1^{re}, 16 juillet 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 152

Note sous Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *JCP* 2000, éd. G.II.10438
Note sous Cass. Ass. Plén., 13 juillet 2001 (3 arrêts), *JCP* 2001, II, 10601
Note sous Cass. Ass. Plén., 28 novembre 2001 (2 arrêts), *JCP* 2002, II, 10018

CHAPUISAT J., note sous CE, Ass., 2 juillet 1982, *AJDA* 1983, p. 206

CHAUVAUX, D., GIRARDOT, T.-X., Note sous CE, 14 février 1997, *AJDA* 1997, p. 430

CHAVRIER G., note sous CE, Ass., 6 déc. 2002, avis, *JCP*, A, 2003, 1104

DALCQ, R. et J., Obs. sur AP, 17 nov. 2000, *Journal des Procès*, n° 404, 15 déc. 2000, p. 11

DARCY, G., Note sous TA Strasbourg, 17 juil. 1990, *AJDA* 1991, p. 217

DEGUERGUE, M., Note sous CE, 19 février 2003, *AJDA* 2003, n°16, p. 855

DELVOLVE, P., Obs. sous CE, 27 sept. 1989, *RFDA* 1991, p. 316

DEMONT, L., SAILLY-DI BELLA, C., Obs. sur AP, 13 juillet 2001 (3 arrêts), *Méd. et Droit* 2001, n° 51, pp. 3-8

DESWARTE, M.-P., note sous CE, 27 sept. 1989, *RFDA* 1991, p. 325

DOSNER-DOLIVET, A., Note sous Civ. 1^{re}, 16 juillet 1991, *JCP G* 1992, II, 21947

DOUCHY-LOUDOT, M., obs. sous CE 19 février 2003 et CAA Nancy 16 oct. 2003, *D.* 2004, Somm. p. 530, n° 2 et 3.

ESPER, C., obs. sous CE, 14 février 1997, *Dr. Adm.* 1997, n° 146

GRIDEL, J.-P., Note sous TGI Montpellier, 15 déc. 1989, *JCP G* 1990, II, 21556

GUETTIER, C.,

Note sous CE, 19 février 2003, *Resp. civ. ass.* 2003, comm. 208
Note sous CAA Paris, 24 juin 2003, *Resp. civ. et ass.* 2004, comm. 18

GUIGUE, J.,

Note sous AP, 17 nov. 2000, *Gaz. Pal.* 24-25 janv. 2001, p. 26
Note sous CAA Paris, 13 juin 2002, *Gaz. Pal.* 2002, 6, doct. p. 1714

HAUSER, J.,

Obs. sur Bordeaux, 26 janvier 1995, *RTD civ.* 1995, p. 863, n°4
Obs. sur Civ. 1^{re}, 26 mars 1996, *RTD civ.* 1996, p. 871
Obs. sur Orléans, 5 février 1999, *RTD civ.* 2000, p. 80
Le dommage résultant des circonstances de la conception, Obs. sur Cass. crim. 4 fév. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 64
L'enfant et les sortilèges... de l'autonomie de la volonté, Obs. sur Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *RTD civ.* 2001 p. 103
Obs. sur Cass. Ass. Plén. 13 juillet 2001 (3 arrêts), *RTD civ.* 2001, p. 850

HENNERON, S., Obs. sur CE, 14 février 1997, *D.* 1998, somm. p. 294

HENNETTE-VAUCHEZ, S., *Much ado about nothing ? Retour sur le « dispositif anti-Perruche » dans la loi du 4 mars 2002*, Note sous CAA Paris, 24 juin 2003, *AJDA*, 10 nov. 2003, p. 2049

HENNION-JACQUET, P., Note sous CA Versailles, 28 nov. 2003, *D.* 2004, jur. p. 2814

HONORAT, E., BAPTISTE, E., Chr. sous CE, 27 sept. 1989, *AJDA* 1989, p. 776

JOURDAIN, P.,

Obs. sur Civ. 1^{re}, 26 mars 1996, *RTD civ.* 1996, p. 623
Obs. sur Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *RTD civ.* 2001 p. 149
Note sous Cass. Ass. Plén., 13 juillet 2001 (3 arrêts), *D.* 2001, jur. p. 2325

LABBEE, X., Note sous TGI Lille, 6 mai 1996, *D.* 1997, jur. p. 543

LEVENEUR, L., Obs. sur Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *Cont. Conc. Cons.* mars 2001, n° 39

LIBCHABER, R., Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? Obs. sur Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *RTD civ.* 2001. 226

MALLOL, F., Responsabilité médicale hospitalière : le juge, le préjudice et le handicap mental, note sous CE, 14 février 1997, *RDSS*, 1998, p. 94

MARTINEZ, J., Obs. sous TA Strasbourg, 21 avril 1994, *AJDA* 1994, p. 916

MATHIEU, B., Note sous CE, 14 février 1997, *RFD adm.* 13 (2) 1997, pp. 382-388

MAYAUX, L., Note sous Cass. Ass. Plén. 13 juillet 2001 (3 arrêts), *RGDA* 2001, n°3, p. 751

MISTRETTA, P., Note sous CE, 19 février 2003, *JCP G* 2003, II, 10107

MODERNE, F., Note sous CE, Ass., 2 juillet 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, jur., p. 193

MOINE-DUPUIS, I., Naître victime, ou la recevabilité de l'action civile de l'enfant né d'un viol, Note sous Cass. crim., 4 février 1998, *JCP G* 1999, II, 10178

MONTECLER (de), M.-C., Les premiers effets de la loi anti-Perruche, Note sous CAA Paris, 13 juin 2002, *D.* 2002, jur. p. 2156

MOREAU, J., Note sous CE, 14 février 1997, *JCP G* 1997, II, 22828

MURAT, P.

Obs. sur Civ. 1^{re}, 26 mars 1996, *JCP G* 1996, 3946, n° 6, p. 282

Obs. sur Civ. 1^{re}, 26 mars 1996 et CE, 14 février 1997, *JCP G* 1997, 4045, n° 7, p. 370

L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme, Note sous AP, 17 nov. 2000, *Dr. fam.*, janvier 2001, p.28

L'affaire Perruche : solution juridique ou humanitaire, Obs. sur AP, 17 nov. 2000, *JCP G* 2001, I, 293, n° 7

Note sous Bordeaux, 18 septembre 2001, *Dr. Fam.*, déc. 2001, n° 123, p. 26

NIEL P., note sous CE 19 février 2003, *Médecine et droit*, n° 65, 2004, p. 42.

NGUYEN VAN TUONG, Note sous CE, 14 février 1997, *LPA*, 9 juill. 1997, p. 41

ONDOUA, A., Obs. sur CAA Paris, 13 juin 2002, *JCP G* 2002, I, 169, n° 23

ONORIO (d'), J.-B., Note sous CE, Ass., 2 juillet 1982, *D.* 1984, jur., p. 425

PAIN-MASBRENIER, M.-T., Commentaire des arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 juillet 2001, *RGDM* n° 7, 2002, p. 137

PELLISSIER, G., Note sous CE, 14 février 1997, *Quot. jur.* 6 mai 1997, p. 4

PENNEAU, J.,

Obs. sur Paris, 17 fév. 1989, *D.* 1989, p. 316

Obs. sur Pau, 8 mars 1990, *D.* 1991, somm. 357

Obs. sur Versailles, 8 juillet 1993, *D.*1995, somm. 98
Obs. sur Civ. 1^{re}, 26 mars 1996 et CE, 14 février 1997, *D.* 1996 somm. 322

PETIT, J.,

Obs. sous CE, 14 fév. 1997, *JCP* 1997, I, 4072, n° 38
Note sous CE, Assemblée, 6 décembre 2002, avis, *RFDA*, mars-avril 2003, p. 339

PIERRE, P., obs. sur Civ. 1^{re}, 26 mars 1996 (2 espèces), *Méd. et Droit* 1997, n°24, p. 19

RADE, C.

Note sous CA Paris, 11 déc. 2002, *Resp. civ. et ass.* 2003, comm. n° 140
Note sous CA Paris, 5 nov. 2003, *Resp. civ. et ass.* 2004, comm. n° 15
Note sous CA Paris, 16 oct. 2003, *Resp. civ. et ass.* 2004, comm. n° 188
Note sous Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, *Resp. civ. et ass.*, 2004, comm. n° 189

RIGAUX F., note sous Cass. Ass. Plén., 17 nov. 2002, *RTDH* 2001, p. 1258

ROCHE-DAHAN, J., Note sous Civ. 1^{re}, 26 mars 1996 (2 arrêts) *D.* 1997, jur. p. 35

ROUAULT M.-C., obs. sous CE, Assemblée, 6 décembre 2002, avis, *JCP* 2003, IV, 2190.

SAISON, J., Note sous CAA Paris, 24 juin 2003, *JCP* 2004, II, 10041

SAISON, J., CAILLE, C., Note sous CAA Paris, 13 juin 2002, *RGDM* n°8, 2002

SERIAUX, A., Diagnostic préconceptionnel et handicap de l'enfant : encore la responsabilité du médecin, Note sous CAA Paris, 24 juin 2003, *D.* 2004, jur. p. 983

VASSEUR-LAMBRY, F., Obs. sur Cass. Ass. Plén. 17 nov. 2000, *D.* 2001, somm. p. 2796

VERPEAUX M, Note sous CE, 27 sept. 1989, *D.* 1991, jur. p. 80

VINEY, G.,

Obs. sur Civ. 1^{re}, 26 mars 1996 (2 arrêts), *JCP* 1996, I, 3985, n° 19, p. 491
Obs. sur CE, 14 février 1997, *JCP* 1997, I, 4025, n° 19, p. 241

VRAY, H., Note sous TGI Metz, 22 déc. 1994, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 374

WALINE, J., Note sous CE, 14 février 1997, *Rev. dr. pub.* 1997, pp. 1147-1156

CONCLUSIONS (Avocats généraux et commissaires du gouvernement)

CHAUVAUX D., Concl. sur CE, 19 février 2003, *M. et Mme Maurice*, *RFDA* 2003, p. 349

DEGOMMIER S., Concl. sur TA Nantes, 20 décembre 2001, *LPA*, 7 juin 2002, p. 11

FOLSCHEID B., Concl. sur CAA Paris, 24 février 2003, *APHP c/ Poussereau*, *AJDA* 2003, p. 1496

FORNACCIARI, M., Concl. sur CE, 27 sept. 1989, *Mme Karl*, *Gaz. Pal.* 1990, 2, jur., p. 421

GUEDJ A.,

Concl. sur TA Paris, 3 septembre 2002, *LPA*, 10 mars 2003, p. 17

Concl. sur TA Paris, 25 nov. 2003, *RFDA* 2004, p. 782

HEERS M., Concl. sur TA Strasbourg, 17 juillet 1990, *Sokal*, *Gaz. Pal.* 1991, 1, jur. p. 52, *RDSS* 1991, p. 69

MARTINEZ J., Concl. sur TA Strasbourg, 21 avril 1994, *Mme Mannheim c/ Hospices civils de Colmar*, *RDP* 1994, p. 1837 et *RFDA* 1995, p. 1222

PECRESSE V., Concl. sur CE, 14 fév. 1997, *CHR de Nice c/ Epx Quarez*, *Rec. CE* 1997, p. 44

PINAULT, M., Concl. sur CE, Ass, 2 juil. 1982, *Mlle Riou*, *RDSS* 1983, p. 96

SAINT-GUILHEM (de) J., Concl. sur CAA Paris, 3^e ch., 13 juin 2002, *APHP c/ Epx Maurice*, *LPA* 7 octobre 2002, p. 10

SAINTE-ROSE J.

Concl. sur Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *JCP* 2000, éd. G.II.10438

Concl. sur Cass. Ass. Plén., 13 juillet 2001 (3 arrêts) ; *JCP* 2001, éd. G, II, 10601

Concl. sur Cass. Ass. Plén., 28 novembre 2001 (2 arrêts), *JCP* 2002, éd. G, II, 10018

TERRIER-MAREUIL I.,

Concl. sur CA Paris, 3 juillet 2003, *Epx Oliel*, *Gaz. Pal.* 2003, 6, jur. p. 3811

AVIS DU CCNE

Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal, Avis n° 5, 13 mai 1985

Avis sur le dépistage du risque de la trisomie 21 à l'aide de tests sanguins, Avis n° 37, 22 juin 1993
Handicaps congénitaux et préjudices, Avis n° 68, 29 mai 2001

COLLOQUES

Diagnostic prénatal et handicap. Y a-t-il un avant et un après arrêt Perruche ?, 16^e jeudi de l'Ordre, Conseil national de l'Ordre des médecins, 26 sept. 2002, Paris, www.web.ordre.medecin.fr/colloque/Perruche.pdf

Naître (ou ne pas naître) handicapé : enjeux sociaux et politiques, colloque du 13 déc. 2002 organisé par les étudiants de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et l'association Réponses Initiatives Femmes Handicapées, www.rifh.org/lien4rifh.htm

Table-ronde autour de l'affaire *Perruche*, 7 décembre 2001, Institut Michel Villey, Université de Paris II, Paris, actes publiés *in* *Droits*, n° 35, 2002.

REVUES (numéros spéciaux)

Quelle place pour les personnes handicapées ? Revue Esprit, déc. 1999,

Le droit de ne pas naître, Le journal des procès, vendredi 15 décembre 2000, Bruylant, Bruxelles

Le handicap comme préjudice, Espace Ethique, La lettre, Hors-série n°3, hiver-printemps 2001, APHP

ARTICLES DE PRESSE

Le Monde :

- RIVAI, R., *Le Conseil d'Etat refuse d'indemniser le préjudice d'être né trisomique*, 16-17 nov. 1997
- PEREIRA, A., *Le « préjudice de vie » d'un enfant handicapé soumis à la Cour de Cassation*, 5-6 nov. 2000, p. 8
- NAU, J.-Y., *La jurisprudence accorde des réparations aux parents, mais pas à l'enfant handicapé*, 5-6 nov. 2000, p. 8
- *Un arrêt historique*, Editorial, 19-20 nov. 2000
- PEREIRA, A., *Un handicapé né après une erreur médicale va être indemnisé*, 19-20 nov. 2000
- *Trois questions à Me Philippe Lebois*, Propos recueillis par A. PEREIRA, 19-20 nov. 2000
- *Trois questions à Claude Huriet*, Propos recueillis par J.-Y. NAU, 19-20 nov. 2000

- LABRUSSE-RIOU, C., MATHIEU, B., *La vie humaine comme préjudice ?*, 24 nov. 2000
- NAU, J.-Y., *Le préjudice de vivre*, 26 nov. 2000
- PEREIRA, A., PRIEUR, C., *Cent familles dénoncent l'« arrêt Perruche » et poursuivent l'Etat*, 3-4 déc. 2000
- BECHILLON (de), D., CAYLA, O., THOMAS, Y., *L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire*, 21 déc. 2000, p. 18
- MANDRAUD, I., *L'arrêt Perruche s'invite à l'Assemblée nationale*, 11 janv. 2001
- AYNES, L., *Malheur et préjudice*, 31 janv. 2001
- GANIVET, F., *Indemnisation d'enfants nés handicapés : les députés hésitent à légiférer à la suite de l'« arrêt Perruche »*, 1^{er} avr. 2001
- *Moins d'un Français sur dix estime que « les familles [d'enfants nés handicapés] doivent tenter au cas par cas des procès pour essayer d'obtenir des réparations financières »*. 13 avr. 2001
- NAU, J.-Y., *Le Comité d'éthique s'oppose à la reconnaissance d'un « droit » à ne pas naître handicapé*, 16 juin 2001
- PRIEUR, C., *La Cour de cassation face à l'indemnisation des enfants handicapés*, 8 juill. 2001
- NAU, J.-Y., *L'arrêt Perruche a suscité une controverse juridique et philosophique sur le « préjudice de vie »*, 8 juill. 2001
- BENKIMOUN, P., *Le malaise croissant des spécialistes de l'échographie fœtale*, 8 juill. 2001
- NISAND, I., *Vers la réification de l'être humain ?*, 12 juill. 2001
- DEBRE, B., *Vers l'eugénisme ?*, 12 juill. 2001
- PRIEUR, C., *La Cour de cassation confirme sa « jurisprudence Perruche » tout en la nuancant*, 14 juill. 2001
- [Mme Royal lance une réflexion sur « éthique et handicap »](#), 15 Juill. 2001
- *Un enfant handicapé va être indemnisé sur la base de l'arrêt Perruche*, 21 sept. 2001
- *La justice admet le principe d'indemniser un enfant trisomique*, 29 nov. 2001
- BLANCHARD, S., *L'indemnisation d'un enfant trisomique relance le débat sur l'arrêt Perruche*, 30 nov. 2001

- PRIEUR, C., *La Cour de cassation affirme défendre le « respect effectif » de l'enfant handicapé*, 30 nov. 2001
- Communiqué de l'[Unapei](#), 4 déc. 2001
- NAU, J.-Y., *Des spécialistes du diagnostic prénatal annoncent une grève des échographies*, 5 déc. 2001
- POIROT-DELPECH, B., « *C'est naître qu'il aurait pas fallu* » (*pastiche*), 5 déc. 2001
- Jean-François Mattei, DL, a annoncé le dépôt d'une proposition de loi sur indemnisation des handicapés nés après une faute médicale consécutive aux pratiques de dépistage des malformations fœtales, 6 déc. 2001
- Bernard Kouchner a exprimé la nécessité « d'ouvrir un débat » à partir de l'arrêt Perruche, 7 déc. 2001
- BERNARD, P., *Les politiques sont divisés sur la nécessité de légiférer sur l'arrêt Perruche*, 13 déc. 2001
- ROYAL, S., « *La proposition Mattéi remet en cause le droit de la responsabilité* », Propos recueillis par P. BENKIMOUN, 13 déc. 2001
- BLANCHARD, S., *Le risque au quotidien dans un cabinet d'échographie à Paris*, 13 déc. 2001
- SUREAU, C., *Arrêt Perruche contre arrêt Quarez ?*, 13 déc. 2001
- BENKIMOUN, P., BLANCHARD, S., *Le débat sur l'arrêt Perruche reprendra en janvier* à l'Assemblée, 15 déc. 2001
- *La Cour de cassation confirme l'arrêt Perruche et suscite une polémique*, 1^{er} janv. 2002
- BENKIMOUN, P., NAU, J.-Y., *Le gouvernement souhaite mettre fin à la « jurisprudence Perruche »*, 6 janv. 2002
- NAU, J.-Y., *La position du gouvernement sur l'arrêt Perruche n'apaise pas le mécontentement des échographistes*, 8 janv. 2002
- PRIEUR, C., *L'arrêt Perruche a accordé pour la première fois une indemnisation aux enfants*, 9 janv. 2002
- BENKIMOUN, P., *Le gouvernement veut apaiser l'émotion suscitée par l'arrêt Perruche*, 10 janv. 2002
- GOBERT, M., « *Toute faute engage la responsabilité de celui qui l'a commise* », Propos recueillis par C. PRIEUR, 10 janv. 2002
- UZAN, M., « *Les carences des politiques vont pousser les parents à porter plainte* », Propos recueillis par P. BENKIMOUN, 10 janv. 2002

- NAU, J.-Y., *Spectaculaires progrès et nouvelles limites de l'imagerie obstétricale*, 10 janv. 2002
- BENKIMOUN, P., BLANCHARD, S., *L'Assemblée nationale examine un texte destiné à mettre fin à la jurisprudence Perruche*, 11 janv. 2002
- BLANCHARD, S., *Histoires de handicap*, 11 janv. 2002
- *Faute médicale et handicap*, Editorial, 11 janv. 2002
- BENKIMOUN, P., *Les députés mettent fin à la jurisprudence Perruche*, 12 janv. 2002
- Trois questions à Guy Canivet, *Propos recueillis par C. PRIEUR*, 12 janv. 2002
- *Le Syndicat national des gynécologues et obstétriciens de France a appelé ses adhérents à « reprendre les échographies de diagnostic prénatal »*, 13 janv. 2002
- KESSOUS, R., *Réflexion sur un préjudice*, 22 janv. 2002
- NUGUET, A., *Pourquoi l'arrêt Perruche ?*, 22 janv. 2002
- Coordination nationale des centres de diagnostic prénatal, *Effacer l'arrêt Perruche ne suffit pas*, 25 janv. 2002
- BLANCHARD, S., *Après l'arrêt Perruche, des obstétriciens abandonnent leur métier*, 31 janv. 2002
- EVIN, C., FAUCHON, P., *Arrêt Perruche : au Conseil constitutionnel de trancher*, 16 fév. 2002
- BENKIMOUN, P., FABRE, C., *L'Assemblée nationale limite l'indemnisation des parents dans le cadre de l'arrêt Perruche*, 14 fév. 2002
- [Le Parlement met fin à la jurisprudence Perruche](#), 21 fév. 2002
- *La Ligue des droits de l'homme contre la fin de l'arrêt Perruche*, 26 fév. 2002
- *Les parents et la soeur aînée de Nicolas Perruche indemnisés*, 31 Mars 2002
- PRIEUR, C., *La loi prive les parents d'une fillette handicapée de leur indemnité*, 16 juin 2002
- BLANCHARD, S., [Les associations exigent l'abrogation de la loi « anti-Perruche »](#), 26 juin 2002

- *Trois questions à Christophe Radé*, propos recueillis par S. BLANCHARD, 26 juin 2002
- *La cour d'appel de Paris a décidé de repousser l'examen de l'indemnisation de Nicolas Perruche*, 5 juill. 2002
- BENKIMOUN, P., *Le Conseil d'Etat va être saisi sur l'indemnisation des parents d'un enfant handicapé*, 5 sept. 2002
- BLANCHARD, S., *Le Conseil d'Etat juge la loi anti-Perruche «laconique» et «peu claire»*, 24 nov. 2002
- GALLOIS, D., *Un syndicat de médecins porte plainte contre deux assureurs*, 5 déc. 2002
- BLANCHARD, S., PRIEUR, C., *De l'arrêt à son abrogation : deux ans de polémique passionnelle*, 8 déc. 2002
- BLANCHARD, S., *Le Conseil d'Etat valide la totalité de l'article de loi «anti-Perruche»*, 8 déc. 2002
- [*Nicolas Perruche obtient une réparation intégrale*](#), 13 déc. 2002
- BLANCHARD, S., *Le combat des parents d'un enfant né polyhandicapé contre la loi qui le prive d'indemnisation*, 14 févr. 2004

▪ **Libération :**

- TASSEL, F., *Une vie questionne la justice*, 4-5 nov. 2000
- SUREAU, C., « *Tout le droit lié à l'IVG risque d'être remis en cause* », 4-5 nov. 2000
- TERRE, F., « *Un enfant peut finir par se retourner contre ses parents* », 4-5 nov. 2000
- PEDROT, P., *Naître ou ne pas naître...*, 16 nov. 2000
- SIMONNOT, D., *Nicolas indemnisé pour sa vie handicapée*, 18-19 nov. 2000
- *Deux juristes analysent l'arrêt de la Cour de cassation. « Il s'agit de savoir si l'on doit donner vie à un enfant handicapé »*, Entretien avec F. TERRE et M. IACUB, 18-19 nov. 2000, p. 16
- ARNAUD, D., *Des parents de handicapés dénoncent l'arrêt Perruche*, 2-3 déc. 2000
- CABUT, S., *Les échographistes sous la loupe de la justice. Après l'arrêt Perruche, les indemnisations pour défaut de diagnostic fragilisent la profession*, 7 mars 2001
-
- CABUT, S., *Le préjudice de naître, avec (juris)prudence, La Cour de cassation examine trois cas de bébés malformés*, 6 juil. 2001
- MATTEI, B., *Cioran derrière l'arrêt « Perruche »*, 20 juil. 2001

- THOUVENIN, D., « *L'arrêt Perruche n'indemnise que le handicap* », Propos recueillis par B. GROSJEAN, 20 nov. 2001
- CABUT, S., *La justice handicapée. Hier, la Cour de cassation a accordé une indemnisation à un enfant trisomique, du fait de sa naissance*, 28 nov. 2001
-
- DUPIN, E., *L'homme n'est pas une machine*, 11 déc. 2001
- GROSJEAN, B., *L'arrêt Perruche bientôt enterré*, 5-6 janv. 2002
- WINER, N., DESCHAMPS, P., *Réglons son sort à l'arrêt Perruche*, 4 fév. 2002
- CABUT, S., *Echos d'angoisse. Les patientes ont du mal à trouver des médecins pour une échographie fœtale*, 9 fév. 2002
- GROSJEAN, B., *Perruche, loi avortée par les médecins. Ils sont dégagés de leur responsabilité envers l'enfant*, 9 fév. 2002
- GROSJEAN, B., *Des parents sommés de rendre des indemnités attribuées pour le handicap de leur enfant. Les dégâts de la loi « anti-Perruche »*, 15-16 juin 2002
- *L'arrêt Perruche fatal à l'échographie fœtale ?*, 1^{er} nov. 2002
- *Des profs de droit en croisée pro-vie*, 16 janv. 2004

Le Figaro :

- *Trisomie : être en vie n'est pas un préjudice. Le Conseil d'Etat fixe les bornes éthiques et juridiques*, 15 fév. 1997
- SEDAR, A., Nicolas : « *Pourquoi m'a-t-on laissé naître ?* », 2 nov. 2000, p. 13
- LOMBARD, M.-A., *La « malchance d'être né » en procès*, 4-5 nov. 2000
- PETITNICOLAS, C., *La grande peur des obstétriciens et des échographistes*, 4-5 nov. 2000
- LOMBARD, M.-A., *Nicolas indemnisé pour être né handicapé*, 18-19 nov. 2000
- PECH, M.-E., *Les associations indignées*, 18-19 nov. 2000
- BIETRY, M., *Une cascade de remises en question*, 18-19 nov. 2000
- MILLIEZ (Pr) : « *On condamne des médecins pour ne pas avoir tué* », Propos recueillis par M.-A. LOMBARD, 18-19 nov. 2000
- SCHIFRES, M., *La malchance d'être né*, 18-19 nov. 2000
- HURIET, C., *Toute vie ne vaut-elle pas d'être vécue ?*, 22 nov. 2000
- PECH, M.-E., SEDAR, A., *Cent familles contre l'« arrêt Perruche »*, 2-3 déc. 2000
- PECH, M.-E., *Trois autres enfants handicapés réclament justice*, 10-11 fév. 2001

PERRAULT, G., *L'arrêt Perruche trouble la majorité plurielle*, 10-11 fév. 2001

Me BEAUQUIER, « *L'attitude de la Cnam est intolérable* », 10-11 fév. 2001

LARMINAT, (de) A., *La Caisse d'assurance maladie : « Notre démarche est habituelle »*, 10-11 fév. 2001

PEREZ, M., *L'échographie prénatale menacée*, 6 mars 2001

VIGY, M., *Grossesse : les limites de la surveillance*, 26 mars 2001

PECH, M.-E., *Arrêt Perruche : un pas vers l'eugénisme ?*, 30 mars 2001

BIETRY, M., *Le Comité d'éthique s'oppose à l'arrêt Perruche*, 16 juin 2001

LOMBARD, M.-A., PECH, M.-E., *Des familles d'enfants handicapés se sont mobilisés pour dénoncer l'arrêt Perruche*, 7 juill. 2001

PARISOT J.-C., *Une provocation pour les handicapés*, 9 juil. 2001

LOMBARD, M.-A., *Le « droit à ne pas naître » confirmé en Cassation*, 14 juill. 2001

CHARETTE (de), L., *Vent de panique chez les échographistes*, 14 juill. 2001

MILLIEZ (Pr) : « *Rassurant pour la pratique médicale* », Propos recueillis par M.-A. LOMBARD, 14 juill. 2001

VARAUT, A., VARAUT, F., *L'immonde meilleur des mondes*, 16 juil. 2001

La jurisprudence nouvelle appliquée à Bordeaux, 20 sept. 2001

Menaces sur l'échographie, 2 oct. 2001

PARISOL, J.-C., *Non à la discrimination des handicapés*, 14 nov. 2001

LE MENE, J.-M., *Les enfants trisomiques dévisagés*, 24 nov. 2001

CHARETTE (de), L., *La justice complète l'arrêt Perruche*, 26 nov. 2001

CHARETTE (de), L., *Le « préjudice d'être né » est confirmé*, 29 nov. 2001

CALLA, C., *La colère des familles d'enfants handicapés*, 29 nov. 2001

PEREZ, M., « *C'est l'échographie même qui est condamnée* », 29 nov. 2001

PERRAULT, G., *Les grandes religions très critiques*, 29 nov. 2001

RIOUFOL, I., *La dictature de l'homme parfait*, 30 nov. 2001

PEREZ, M., *Le dépistage prénatal menacé*, 5 déc. 2001

LOMBARD, M.-A., *Une loi pour contrer la jurisprudence Perruche*, 5 déc. 2001

CHARRETTE (de), L., *Claude Evin monte au créneau*, 5 déc. 2001

PETTINICOLAS, C., « *Délit de sale gueule in utero* », 6 déc. 2001

Kouchner reste « perplexe » et « pas du tout à l'aise », 6 déc. 2001

CHARRETTE (de), L., *Ségolène Royal propose un moratoire*, 7 déc. 2001

CHARRETTE (de), L., *Un geste en direction des échographistes*, 10 déc. 2001

BESSIS (Dr), R., Président du Collège français d'échographie fœtale, *Arrêt Perruche : stopper la machine folle*, 12 déc. 2001

CHARRETTE (de), L., *Le « préjudice d'être né » en débat à l'Assemblée*, 13 déc. 2001

CHARRETTE (de), L., *« C'est au législateur et non au juge de trancher »*, 13 déc. 2001

CHARRETTE (de), L., *Arrêt Perruche : le gouvernement joue la montre*, 14 déc. 2001

CHARRETTE (de), L., *Le gouvernement planche sur un texte de loi*, 5 janv. 2002

CHARRETTE (de), L., *Arrêt Perruche : les échographistes posent leurs conditions*, 7 janv. 2002

CHARRETTE (de), L., *Les députés enterrent l'arrêt Perruche*, 9 janv. 2002

CHARRETTE (de), L., Israël Nisand : *« Reste tout de même un problème... »*, 9 janv. 2002

CHARRETTE (de), L., *Le « préjudice de la naissance » annulé*, 10 janv. 2002

HUET, S., *Comment le gouvernement a repris la main*, 10 janv. 2002

CHARRETTE (de), L., *L'amère victoire des parents d'enfants handicapés*, 11 janv. 2002

HUET, S., *Les failles de l'amendement « anti-Perruche »*, 11 janv. 2002

LARMINAT (de), A., *Pas de jurisprudence à l'étranger*, 11 janv. 2002

Arrêt Perruche : Lebranchu est inquiète, 12 janv. 2002

CHARRETTE (de), L., *Les sénateurs empêtrés dans l'arrêt Perruche*, 31 janv. 2002

PEREZ, M., *Députés et sénateurs s'accordent enfin*, 9 fév. 2002

Le Parlement met fin à l'arrêt Perruche, 20 fév. 2002

CHARRETTE (de), L., *Les associations de handicapés entrent en campagne*, 27 fév. 2002

DURAND-SOUFFLAND, S., *Affaire Perruche. Jusqu'où indemniser le handicap ?*, 23 mai 2002

CHARRETTE, L., *Le boycott des échographistes continue malgré la loi*, 15 juin 2002

MOURARET, C., *« Etre ou ne pas naître »*, 25 juil. 2002

CHARRETTE (de), L., *Affaire Perruche : un point final au débat légal*, 10 déc. 2002

CHARRETTE (de), L., *Epilogue judiciaire pour l'affaire Perruche*, 12 déc. 2002

DELCROIX, O., *Un système au bord de la rupture*, 26 déc. 2002

PEREZ, M., *« Fallait-il tuer l'enfant Foucault ? »*, 24 fév. 2003

PETTITNICOLAS, C., *Bénéfices et risques du diagnostic prénatal*, 21 nov. 2003

▪ La Croix :

GOMEZ, M., *Un enfant handicapé se plaint d'être né*, 2 nov. 2000

GOMEZ, M., *La justice invente la naissance comme préjudice*, 20 nov. 2000

ROYER (de), S., *Les associations de parents sont indignées*, 20 nov. 2000

GOUBERT, G., *La prudence de l'« Osservatore Romano »*, 20 nov. 2000

Une pétition de juristes contre de l'arrêt de la Cour, 20 nov. 2000

ROYER (de), S., *« Hedwige a le plus beau sourire du monde »*, 21 nov. 2000

MASSON, M.-F., *L'arrêt Perruche fera-t-il jurisprudence ?*, 23 nov. 2000

MASSON, M.-F., *Des familles de handicapés attaquent l'Etat*, 4 déc. 2000

ROMER, E., *Ces cent familles qui refusent l'arrêt Perruche*, 18 déc. 2000

GOMEZ, M., *« L'arrêt Perruche » revient devant les députés*, 11 janv. 2001

BIENVAULT, P., *Trois affaires dans l'ombre de « l'arrêt Perruche »*, 5 fév. 2001

GOMEZ, M., *Préjudice de naissance ou non ?*, 30 mars 2001

TALLES, O., *Des Français plutôt hostiles à l'« arrêt Perruche »*, 12 avr. 2001

GOMEZ, M., *Le Comité d'éthique craint l'eugénisme*, 18 juin 2001

KAHN, A., *« Tous les handicapés devraient être pris en charge »*, Propos recueillis par J.-M. GUENOIS, 18 juin 2001

KAHN, A., *L'étrange droit à ne pas naître handicapé*, 19 oct. 2001

MOYSE, D., *L'enfant n'a rien demandé*, 19 oct. 2001

SICARD, D., *Ne pas culpabiliser les personnes handicapées*, 19 oct. 2001

GOMEZ, M., *L'échographie en danger*, 13 nov. 2001

GOMEZ, M., *La Cour de cassation indemnise un trisomique*, 29 nov. 2001

GOMEZ, M., *Les juristes divisés sur l'arrêt Perruche*, 12 déc. 2001

QUINIO, D., *Une occasion à saisir*, Editorial, 13 déc. 2001

GOMEZ, M., *L'arrêt Perruche trouble la classe politique*, 13 déc. 2001

ERSU (d'), L., *Le « préjudice d'être né » rarement admis*, 13 déc. 2001

GOMEZ, M., *Un arrêt qui pose de nombreux problèmes*, 13 déc. 2001

Consensus à l'Assemblée nationale. Naître n'est pas un « préjudice », 11 janv. 2002

GOMEZ, M., *Certaines questions restent en suspens*, 11 janv. 2002

FRAPPAT, B., *Dignité*, Editorial, 11 janv. 2002

ABOUT, N., *« Les handicapés relèvent de la solidarité nationale »*, Propos recueillis par M. GOMEZ, 15 janv. 2002

GOMEZ, M., *L'arrêt Perruche sème la confusion au Sénat*, 1^{er} fév. 2002

REJU, E., *Une famille doit s'en remettre à la solidarité nationale*, 17 juin 2002

GOMEZ, M., *La loi anti-Perruche divise les associations*, 3 juil. 2002

ROY, P., *Le cas d'un enfant atteint de rubéole congénitale remet en cause les lois sur l'IVG*, 27 oct. 2000

ROY, P., *Historique : l'enfant né d'une mère atteinte de rubéole sera indemnisé*, 20 nov. 2000

ROY, P., *Vif débat sur l'enfant handicapé et indemnisé*, 22 nov. 2000

ROY, P., *Arrêt Perruche : cent familles assignent l'Etat en justice*, 4 déc. 2000

ENGLEBERT (Dr), H., *Nicolas, ou l'aléa de la vie*, 6 déc. 2000

ROY, P., *Arrêt Perruche : les défenseurs des handicapés contre la Sécurité sociale*, 13 fév. 2001

ROUDEN, C., *Après l'arrêt Perruche, Les échographistes redoutent de graves difficultés financières et éthiques*, 14 fév. 2001

ROUDEN, C., *Les échographistes se mobilisent contre l'arrêt Perruche*, 26 fév. 2001

CHOUX (Dr), A., *La République des juges*, 5 mars 2001

EUVRARD (Dr), J., *L'abandon thérapeutique*, 5 mars 2001

ROUDEN, C., *Le dépistage prénatal remis en question par l'arrêt Perruche*, 8 mars 2001

ROUDEN, C., *Derrière les préoccupations éthiques, les enjeux financiers*, 8 mars 2001

Responsabilité des échographistes : la Cour de cassation embarrassée, 30 mars 2001

ROY, P., *Handicap congénital : un Français sur trois prêts à poursuivre son médecin*, 12 avr. 2001

Arrêt Perruche : la Cour de cassation va consulter les autorités morales, 27 avr. 2001

ROY, P., *L'arrêt Perruche confirmé*, 17 juil. 2001

Levée de boucliers contre l'arrêt Perruche, 23 juil. 2001

ROUDEN, C., *Les échographistes appellent la population à défendre les examens qu'ils pratiquent*, 6 sept. 2001

HANLET (Dr), R., *Décréter la mort*, 20 sept. 2001

ROY, P., *La jurisprudence « Perruche » entre dans les prétoires*, 24 sept. 2001

VERHAEGHE (Dr), P., *Arrêt Perruche : réconcilier diagnostic anténatal de handicap et choix de vie*, 26 nov. 2001

ROY, P., *Deux médecins contestent l'indemnisation d'enfants trisomiques*, 26 nov. 2001

Arrêt Perruche : le législateur sollicité, 6 déc. 2001

CABRERA (Dr), D., *Président du SML, La colère des médecins ne cesse de grandir*, 6 déc. 2001

ROY, P., *Jurisprudence Perruche : le corps médical crie à l'injustice*, 10 déc. 2001

ROY, P., *Jurisprudence Perruche : Ségolène Royal veut prendre le temps de la réflexion*, 11 déc. 2001

LISCIA, R., *Le diagnostic néonatal paralysé*, 17 déc. 2001

ROY, P., *Jurisprudence Perruche. Faute de loi, les spécialistes sont contraints d'arrêter le diagnostic anténatal*, 17 déc. 2001

ROY, P., *Un appel à la reprise des échographies fœtales*, 22 avr. 2002

▪ **Le Nouvel Observateur**

Indemnisé pour être né. Que vaut la vie de Nicolas : Propos de J.-F. MATTEI, Pr D. SICARD et B. MATHIEU recueillis par S. DES DESERTS, 24 nov. 2000

DES DESERTS, S., *Il va disparaître, mais il laisse des traces. L'après-« Perruche »*, 17 janv. 2002

- *Les handicapés contre la loi anti-Perruche*, 25 juin 2002

L'Express :

O'DY, O., *L'éthique selon les juges*, 2 nov. 2000

REMY, J., *Handicap : l'arrêt qui change tout*, 23-29 nov. 2000

MILLIEZ (Pr), J. (Entretien), *J'hésite à continuer*, 23-29 nov. 2000

REMY, J., TIBERGHIE, N., *IMG, La tentation de l'enfant parfait*, 19-25 avril 2001

TOURNIER, S., *Affaire Perruche, suite*, 5 juill. 2001

REMY, J., BOZEC, G., TIBERGHIE, N., *Interruption médicale de grossesse : où sont les frontières. L'affaire Perruche*, 3 janv. 2002

Le manifeste des 17, 3 janv. 2002

Jospin tranche sur l'arrêt Perruche. Les gynécologues sont en grève contre l'arrêt Perruche, 8 janv. 2002

Le Point

LANEZ, E., *Procès Perruche 3 questions pour comprendre*, 24 nov. 2000

SGHERRI, M.-S., *Le prix des handicapés*, 18 janv. 2002

Le Parisien :

THEBAULT, C., *Menace sur les échographies des femmes enceintes*, 7 mars 2001

THEBAULT, C., *Une famille victime de la loi anti-Perruche*, 14 juin 2002

Les Echos

DAILLE-DUCLOS, B., *Arrêt Perruche : une dérive jurisprudentielle en matière de responsabilité civile*, 6 déc. 2000

Handicap : vive émotion après le maintien de la jurisprudence Perruche, 16 juil. 2001

Arrêt Perruche : des spécialistes appellent à la grève des échographies fatales, 5 déc. 2001

France-Soir :

VIRIEU (de), H., *L'enfant qui ne voulait pas être né* 3 nov. 2000

NOSSEREAU, M., *Comment Nicolas sera-t-il indemnisé ?* 3 juil. 2002

NOSSEREAU, M., *Une lettre ouverte contre la loi*, 3 juil. 2002

Des références de bibliographie spécialisées sur l'assurance médicale et sur la solidarité nationale envers les personnes handicapées sont indiquées à la fin des chapitres consacrés à ces questions (III. B et III C du rapport).

ANNEXE II

ETAT DES TECHNIQUES DE DIAGNOSTIC PRENATAL

Le diagnostic prénatal (DPN) correspond à tout acte diagnostique accompli en vue de déterminer ou de prévoir l'état de l'enfant avant sa naissance. **Le Dictionnaire permanent de bioéthique et des biotechnologies** définit le DPN comme « *un diagnostic porté sur l'embryon ou le fœtus humain in utero, qu'il s'agisse de déceler une anomalie morphologique ou une maladie génétique ou chromosomique actuelle, ou une prédisposition à développer une maladie dans le futur*²⁵¹ ».

Le DPN a donc pour principal but de déceler une maladie ou une anomalie fœtale et d'en préciser le pronostic.

Le DPN est régi par **la loi du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique**. La définition du DPN est reprise à l'article L162-16 du Code de la santé publique (CSP) qui dispose : « *le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité* ».

Il est important de noter d'emblée la distinction entre diagnostic et dépistage prénatal, notions bien souvent confondues : tandis que le dépistage prénatal permet de détecter majoritairement un facteur de risque d'un handicap (trisomie 21, par exemple), le diagnostic prénatal permet quant à lui de constater ou d'exclure de manière plus ou moins certaine la présence ou la gravité d'une anomalie. Habituellement, le diagnostic est fait à l'issue d'un dépistage positif. Ainsi, le dosage des marqueurs sériques n'est qu'une méthode de dépistage des grossesses "à haut risque" et non une méthode de diagnostic de la trisomie 21.

Dans son Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal (mai 1985), le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) explique que « *pendant des siècles, la médecine s'est préoccupée de soigner. Aujourd'hui, elle s'est donnée comme but ultime de prévenir la maladie plutôt que d'avoir à la guérir. Pour y parvenir il faut la prédire : ainsi est née la médecine de prédisposition, premier acte d'une médecine préventive* ».

Avant 1972, il n'existait pas de techniques permettant de réaliser un véritable diagnostic prénatal. Cette situation a profondément changé à partir de cette date avec l'amniocentèse (ponction du

²⁵¹ Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologies, Paris, éd. Législatives, 1994

liquide amniotique dans le but d'étudier ses caractéristiques), puis avec l'échographie en 1974. Ce fut l'apparition de l'imagerie et des techniques obstétricales pour effectuer un prélèvement fœtal.

Désormais, l'examen échographique est entré dans une phase de réel dépistage pour des grossesses sans risques particuliers ni anomalies cliniques. Si depuis longtemps, il existe une surveillance médicale obligatoire de la grossesse, désormais les couples ont une exigence de qualité, c'est-à-dire un enfant sans anomalie ni handicap. A cette fin, la femme enceinte doit se prêter à des examens prénataux, dont le nombre n'a cessé de croître. Le diagnostic prénatal s'inscrit donc dans la logique de la surveillance obligatoire des grossesses et dépasse la politique de santé publique.

Il doit en outre être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique dont les modalités ont été fixées par un décret du 6 mai 1995.

Les médecins de conseil génétique ont une obligation particulière d'information de la femme sur les caractéristiques de la maladie, les moyens de la détecter, les possibilités thérapeutiques et sur les résultats possibles, les risques inhérents aux prélèvements. Le médecin doit délivrer un document signé attestant qu'il a apporté les informations obligatoires (article R 162-16-7 du CSP). Si certaines de ces techniques sont intégrées dans le processus de surveillance routinière des grossesses, elles permettent d'aller bien au-delà et d'orienter le diagnostic vers la recherche de telle ou telle malformation ou maladie de l'enfant à naître, voire, tout simplement, vers la recherche de telle ou telle caractéristique de celui-ci.

Il existe différentes techniques intervenant à différents stades de la grossesse. Parmi ces techniques on distingue :

- **les méthodes non invasives**, sans risque pour la santé de la mère ni de l'enfant.
- **les méthodes invasives** (se dit d'un processus qui consiste à pénétrer à l'intérieur de l'organisme) présentant des risques pour la mère et le fœtus. Leurs pratiques imposent une pesée des risques et des avantages. Elles ne sont normalement pratiquées que s'il existe des signes d'alerte d'atteinte du fœtus.

Les méthodes non invasives

L'échographie

L'échographie fœtale, dont la véritable diffusion date des années 1980, est devenue le principal outil d'exploration et joue un rôle majeur dans le dépistage des anomalies.

En France, trois millions d'échographies sont pratiquées chaque année (4,3 échographies en moyenne par grossesse) en plus d'un certain nombre d'examens morphologiques et/ou

chromosomiques. En principe ces échographies sont pratiquées à 12, 22 et 32 semaines et ont pour but de vérifier si le fœtus est porteur d'une anomalie ou pas.

Schématiquement, l'échographie résulte de l'analyse de l'absorption par les tissus fœtaux de faisceaux d'ultrasons envoyés par une sonde émettrice. On attend de l'échographie obstétricale qu'elle découvre, qu'elle dépiste des malformations fœtales au cours de la grossesse. Cependant, malgré les progrès réalisés depuis plus de vingt ans dans la précision des images, toutes les anomalies fœtales ne sont pas décelées par l'échographie au cours de la grossesse. En effet, on estime que 20 à 30% des malformations majeures échappent à l'examen²⁵².

En France, aucune échographie de la grossesse n'est obligatoire. L'échographie ne figure pas parmi les examens exigés par le Code de la santé publique. Cependant, l'assurance maladie rembourse trois échographies obstétricales. De plus, lorsque la grossesse est pathologique, avec une complication fœtale, des échographies supplémentaires peuvent être pratiquées.

Investigation la plus utilisée dans le suivi anténatal des grossesses, l'échographie intervient aussi dans d'autres perspectives que le dépistage des malformations fœtales. Elle sert par exemple à surveiller le développement d'un fœtus qui a été infecté ou dont on craint la contamination par le toxoplasme, un parasite, ou par un virus, le cytomégalovirus.

Moins que des signes patents enfin, l'échographie morphologique du fœtus s'efforce de dépister des nuances qui mettent sur la voie d'une anomalie chromosomique : des fémurs un peu courts, des orbites trop écartés... Le risque de trisomie 21 est pour chacun de ces signes de l'ordre de 1 à 5 % et ce risque augmente d'autant que les signes sont associés. L'échographie indique qu'il faut pratiquer un prélèvement de liquide amniotique, une amniocentèse, pour étudier les chromosomes, en effectuant le caryotype fœtal

L'embryoscopie ou fœtoscopie

L'embryoscopie consiste à introduire un système optique par le col de l'utérus afin d'observer l'embryon dans sa poche des eaux. Elle permet le diagnostic visuel précoce de certaines anomalies graves de la tête ou des membres. Elle se pratique chez les femmes enceintes qui ont déjà eu un enfant atteint de malformations des membres ou d'une fente labiopalatine (bec-de-lièvre) pour dépister ce type de malformations. Son indication principale est la recherche d'anomalies héréditaires des extrémités ou de la peau, lorsqu'il y a déjà eu certains cas dans la famille.

Le prélèvement de sang maternel : les marqueurs sériques

Les marqueurs sériques sont pratiqués entre la 15^{ème} et la 18^{ème} semaine. Appelés aussi

²⁵² Mulliez J. , « L'euthanasie du fœtus », Paris, éd. O. Jacob, 1999

« *triple test* », c'est en fait l'analyse de 3 substances particulières : l'hormone chorionique gonadotrophique (HCG), l'alpha-foeto-proteine (AFP) et l'oestriol non conjugué (E3). Ces substances sont caractéristiques de la grossesse et leurs taux s'écartent de la moyenne lorsque le fœtus est atteint de trisomie ou d'un spina bifida.

Le risque calculé pour la grossesse de la patiente est interprété par rapport au seuil de 1/250 au moment du prélèvement (selon l'arrêté ministériel du 23 janvier 1997) :

- si ce risque est inférieur, la patiente est classée dans un groupe à risque éloigné, qui ne justifie pas *a priori* de lui faire prendre celui d'une amniocentèse ;
- si ce risque est supérieur ou égal à 1/250, une amniocentèse sera proposée au couple après vérification des informations cliniques et des données échographiques. Cependant, un test positif ne veut pas nécessairement dire que l'enfant est atteint mais simplement que la probabilité est plus élevée. Cela conduit à proposer une amniocentèse à environ 5% des femmes enceintes. L'arrêté du 16 février 1999 proroge l'arrêté du 26 janvier 1997 qui autorisait le remboursement du dosage de ces marqueurs sériques.

En 1997, le dosage des marqueurs sériques a été demandé par 52% des femmes enceintes, soit 379 384 femmes, dont 5 700 âgées de plus de 38 ans. 443 cas de trisomie 21 ont été dépistés (soit 1 cas sur 856) dont 125 chez des femmes âgées de plus de 38 ans (1 cas sur 46). Par ailleurs, 87 anomalies du tube neural (spina bifida) et 22 autres anomalies chromosomiques (trisomie 13 et 18) ont également été détectées à l'occasion de ces tests (d'après les chiffres communiqués par le ministère de l'emploi et de la solidarité en février 1999).

Cette technique présente entre autre l'inconvénient d'augmenter le stress de la femme. En effet, selon Bernard Hédon, professeur de gynécologie obstétrique, cela accroît la tension puisque « *le test sanguin n'a pas le même caractère extemporané et n'est pas adouci par le caractère visuel que procure l'échographie...* ». La femme peut également voir son stress augmenter « *quand le résultat est anormal et implique d'aller plus loin en faisant une amniocentèse, alors que la probabilité d'anomalie est le plus souvent faible* ».

Car il existe des « *faux négatifs* », ce qui veut dire que tous les fœtus trisomiques 21 ne sont pas « *repérés* » par le dosage des marqueurs sériques. Il convient d'informer la patiente que les marqueurs sériques ne permettent pas d'établir un diagnostic mais seulement d'évaluer un risque avec une spécificité qui est loin d'être satisfaisante.

Les méthodes invasives

Il existe 3 techniques intervenant à différents stades de la grossesse. Entre la 10^{ème} et la 11^{ème} semaine, c'est la **choriocentèse** ; entre la 15^{ème} et 21^{ème} semaine, c'est **l'amniocentèse** ; enfin, à partir de la 21^{ème} semaine, c'est la **cordocentèse**.

La choriocentèse ou le prélèvement des villosités chorales

Lorsque le placenta a été localisé par échographie, le gynécologue introduit un mince tube - le cathéter - par voie vaginale, à travers le col de l'utérus, jusqu'à l'endroit où se situent les villosités chorales du placenta, où il prélève un échantillon.

Les villosités chorales sont des petites excroissances se développant sur l'enveloppe de l'embryon et qui constituent le futur placenta. Le chorion est l'enveloppe externe de l'embryon.

La choriocentèse permet de se procurer une quantité suffisante d'ADN immédiatement disponible pour un diagnostic biochimique ou moléculaire rapide. Ainsi, elle permet de réaliser le caryotype du fœtus. Cet acte biologique permet ensuite de déterminer si les cellules prélevées présentent des anomalies chromosomiques.

Dans 1% des cas, une fausse couche peut se produire dans la semaine suivant l'examen.

L'amniocentèse

Elle se pratique sous anesthésie locale et consiste à prélever du liquide amniotique à l'aide d'une fine aiguille en s'aidant de l'échographie. Cette ponction est un examen simple mais le risque d'interruption accidentelle de la grossesse est non négligeable (1% à 2% minimum). Elle est proposée systématiquement aux futures mères de plus de 38 ans et aux femmes dont la grossesse est considérée à risque soit à cause d'antécédents familiaux, soit parce que les résultats des marqueurs sériques ou de l'échographie indiquent une anomalie.

L'étude des cellules fœtales permet, d'une part, la recherche d'anomalies chromosomiques (syndrome de Turner, trisomie 21) grâce à l'établissement de la carte chromosomique du fœtus (caryotype) et, d'autre part, la recherche de certaines affections héréditaires grâce à l'étude de l'ADN. L'étude du liquide amniotique, quant à elle, permet de doser plusieurs éléments dont l'existence peut traduire certaines pathologies fœtales. Elle intervient assez tardivement au cours de la grossesse.

La cordocentèse

C'est un prélèvement de sang fœtal effectué sur le fœtus par ponction de la veine ombilicale du cordon. Il permet la réalisation du caryotype sur les lymphocytes du fœtus. Depuis 1983, la prise de sang fœtal est devenue une méthode d'examen complémentaire qui a permis d'ouvrir la voie à une véritable médecine fœtale diagnostique et thérapeutique.

Etant tardif, il n'est évidemment pas sans risque pour le fœtus. Le risque de pertes fœtales est de 2% environ. Il autorise le diagnostic d'un certain nombre de maladies, notamment de la peau, de l'hémoglobine ou bien encore de la rubéole ou de la toxoplasmose.

Réglementé de manière distincte de l'interruption médicale de grossesse par des textes différents, le DPN n'en reste pas moins étroitement lié aux décisions d'IMG. Celle-ci est subordonnée à la volonté de la mère et à l'avis conforme de deux experts qui vérifient que l'affection est d'une suffisante gravité et incurable.

Des tensions en résultent parfois entre la mère et les médecins si ces derniers s'opposent à la volonté de la première. Il est fréquent qu'aux critères médicaux s'ajoute la considération de critères sociaux.

On conçoit dans un tel contexte que l'erreur fautive de diagnostic soit mise en relation directe avec la faculté de recourir à l'interruption médicale de grossesse en matière de responsabilité médicale. Mais inversement l'erreur fautive consistant en un faux positif (l'enfant n'est pas en réalité atteint) ayant conduit à l'interruption médicale de grossesse n'est pas sanctionnée, l'état du fœtus avorté n'étant pas vérifié.

Echographie, amniocentèse, dépistage... les outils d'investigation de la médecine fœtale se sont faits redoutablement précis mais en même temps indiscrets, perquisiteurs, quasi inquisiteurs. Ils découvrent de plus en plus tôt avec une netteté croissante des affections ou des malformations qu'il y a peu on soupçonnait à peine. Mais ils posent également des questions sans réponses assurées. Surgissent alors de graves interrogations éthiques, tant sur le plan individuel que collectif.

ANNEXE III

RAPPORT DE L'INSPECTION GENERALE DES FINANCES ET DE L'INSPECTION GENERALE DES AFFAIRES SANITAIRES ET SOCIALES SUR L'ASSURANCE DE RESPONSABILITE CIVILE MEDICALE

