

Commentaire de la décision n° 2010-2 QPC – 11 juin 2010

Mme Viviane L.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 avril 2010 d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par le Conseil d'État à l'occasion d'un pourvoi en cassation formé devant lui. La question posée est relative au régime de responsabilité instauré par le I de l'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

I – Dispositions contestées

A – Texte

Le I de l'article 1^{er} de la loi précitée du 4 mars 2002 disposait :

« 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 nationale.

« 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. »

Les trois premiers alinéas de ce I ont été codifiés à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles (CASF) par le 1 du paragraphe II de l'article 2 de

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, après avoir été abrogés par le paragraphe III de l'article 52 de la même loi.

De même, le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 a repris le dernier alinéa du I de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 désormais rédigé comme suit : « *Les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles tel qu'il résulte du 1 du présent II sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.* » Outre cette dernière disposition, la question dont le Conseil constitutionnel était saisi porte sur les premier et troisième alinéas et l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles.

B – Contexte

Les années 1990 ont vu une profonde révolution du régime de la responsabilité médicale. Tant la juridiction administrative, compétente pour examiner la responsabilité médicale dans le cadre des hôpitaux publics, que la juridiction judiciaire, dans le cadre de la médecine libérale ambulatoire ou en établissement de santé, ont assoupli les conditions dans lesquelles le risque sanitaire (accident médical, infection nosocomiale ou affection iatrogène) peut engager la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé.

S'agissant du cas d'un enfant né atteint d'une pathologie ou d'un handicap dit « de naissance » décelable mais non décelé avant la naissance, deux jurisprudences sont à l'origine des dispositions législatives contestées par la question prioritaire de constitutionnalité n° 2.

1. Le droit reconnu aux parents de l'enfant atteint d'un handicap ou d'une affection non décelé pendant la grossesse, d'obtenir réparation au titre des charges résultant de ce handicap tout au long de la vie de l'enfant.

C'est la décision rendue par la section du contentieux du Conseil d'État le 14 février 1997¹ qui marque la reconnaissance, par la juridiction administrative, de ce droit à indemnisation. Après avoir considéré que le centre hospitalier avait commis une faute en n'informant pas Mme Q., dont l'enfant était atteint de trisomie 21, du fait que les résultats de l'amniocentèse, qui n'avaient fait état d'aucune anomalie, pouvaient être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle

¹ C.E. 14 février 1997, *Centre hospitalier de Nice c. Q.*, n° 133238.

compte tenu des conditions dans lesquelles cet examen avait été conduit, le Conseil d'État a jugé que cette faute était la cause directe des préjudices entraînés pour les parents par l'infirmité dont était atteint leur enfant et a pris en compte, au titre du préjudice matériel, « *les charges particulières, notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée* » découlant de l'infirmité de l'enfant. Il a accordé aux parents une rente pour toute la durée de la vie de l'enfant. Il a condamné, en outre, le centre hospitalier à indemniser leur préjudice moral et les troubles dans leurs conditions d'existence.

Cette jurisprudence a entraîné une augmentation importante des dommages-intérêts alloués aux familles. Elle a posé, aux yeux du corps médical, un problème « d'assurabilité » compte tenu du risque et du rapport entre le faible nombre d'assurés et le montant des indemnités allouées.

2. Le droit, pour l'enfant né atteint d'un handicap ou d'une affection qui n'a pas été décelé pendant la grossesse de sa mère, d'obtenir réparation.

Seules les juridictions de l'ordre judiciaire ont reconnu ce droit.

Par deux arrêts en date du 26 mars 1996 (94-13145 et 94-11791), la première chambre civile de la Cour de cassation a, d'une part, rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel ayant alloué des indemnités à l'enfant né handicapé et, d'autre part, cassé un arrêt refusant d'allouer des dommages-intérêts à l'enfant « *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 faussement 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* ». Cette seconde affaire, concernant l'enfant Nicolas P., a été renvoyée devant la cour d'appel d'Orléans qui a néanmoins statué dans le même sens que l'arrêt cassé. Le nouveau pourvoi a donc, comme le prévoit l'article L. 431-6 du code de l'organisation judiciaire, été jugé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000 (n° 99-13701, Bull, 2000, n° 9).

En ce qui concerne la responsabilité, la Cour a considéré que « *les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P. avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap* ».

En ce qui concerne le préjudice et sa réparation, la Cour a jugé que l'enfant handicapé « *peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* ». Contrairement au Conseil d'État, elle a donc

retenu un lien de causalité directe entre la faute médicale et le préjudice résultant de ce handicap pour l'enfant lui-même.

Cet arrêt a été confirmé, dans trois espèces, par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 juillet 2001² avec la précision tenant au fait que la responsabilité du médecin n'est engagée que si les conditions médicales d'une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique sont réunies.

II – La conformité des dispositions contestées aux droits et libertés constitutionnellement garantis

Ces arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation ont suscité l'émoi du monde médical (dès la fin 2001, les primes d'assurance des obstétriciens sont passées de 610 euros à 4421 euros pour des médecins en secteur 1 et de 4420 à 9000 euros pour des médecins conventionnés à honoraires libres) ainsi qu'une double querelle qui peut très schématiquement être ainsi résumé :

– la querelle de la « causalité » qui opposait, d'une part, ceux pour qui la faute médicale qui a privé la mère de la faculté de choisir, en toute connaissance de cause, une interruption thérapeutique de grossesse est la cause juridique du handicap dont l'enfant est atteint et, d'autre part, ceux pour qui cette faute de diagnostic ne peut être la cause du dommage dans la mesure où elle est à l'origine de la naissance de l'enfant mais non à l'origine de son handicap ;

– la querelle du « droit de ne pas naître », propre à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui opposait, d'une part, ceux qui estimaient que le contrat entre le médecin et la mère produisait des effets juridiques dont l'enfant né pouvait invoquer la méconnaissance et, d'autre part, ceux qui estimaient logiquement ou éthiquement impossible qu'un enfant obtienne réparation du fait de sa naissance.

En adoptant la loi du 4 mars 2002, le législateur a tranché ces débats et n'a pas repris les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Les dispositions contestées touchent à trois questions différentes :

- elles interdisent à l'enfant de réclamer en justice la réparation du préjudice « du seul fait de sa naissance ». C'est le dispositif constitué par les deux premiers alinéas (A) ;

² Cass., Ass., 13 juillet 2001, 97-17359, 97-19282 et 98-19190.

- elles limitent la mise en cause de la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé pour la faute de diagnostic et transfèrent à la solidarité nationale la compensation du préjudice résultant du handicap (B) ;

- elles rendent ces dispositions immédiatement applicables aux instances en cours (C).

A – L'interdiction de « se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » (premier et deuxième alinéas de l'article L. 114-5 du CASF)

« *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.* »

Seul le premier alinéa est contesté par la question posée ; néanmoins, ces deux alinéas devaient se lire ensemble car si le Conseil avait déclaré le premier contraire à la Constitution, le second aurait perdu toute portée juridique.

Il résulte de ces dispositions que l'enfant ne peut obtenir réparation que du préjudice directement causé par la faute. Il peut obtenir réparation du handicap résultant d'une faute iatrogène ou d'une infection nosocomiale qui a provoqué le handicap dont il souffre mais non d'une erreur de diagnostic du handicap privant la mère de la faculté d'exercer, en toute connaissance de cause, sa liberté d'interrompre sa grossesse.

Le législateur a ainsi privé l'enfant de la qualité à agir pour réclamer la réparation du préjudice du fait de sa naissance.

Pour certains, la reconnaissance du droit de l'enfant à obtenir une réparation constituait « *le dévoiement de la logique sur laquelle la responsabilité repose* »³ ; pour d'autres cette jurisprudence conduisait, en outre, à une logique eugéniste en incitant la mère à interrompre sa grossesse⁴. Pour ces derniers, c'est la solution retenue par la Cour de cassation qui était contraire à la Constitution de sorte que les deux premiers alinéas de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 ne faisaient qu'appliquer le principe constitutionnel du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, toute autre solution étant contraire à la Constitution.

³ Denis Mazeaud, « *Réflexions sur un malentendu* », D. 2001, p. 332.

⁴ C. Labrusse-Riou et B. Mathieu, « *La vie humaine comme préjudice* », *Le Monde*, 24 novembre 2000, p. 20.

Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est toujours gardé de conférer une valeur constitutionnelle au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il a notamment tranché ce point lors de l'examen des lois de bioéthique en juillet 1994⁵ à propos notamment des dispositions relatives à la sélection d'embryons dans le cadre de la procréation médicalement assistée et à la décision de non conservation. Le Conseil a alors pris le parti de démentir certaines interprétations de la décision du 15 janvier 1975 relative à l'IVG selon lesquelles le Conseil constitutionnel aurait considéré que cette loi s'inscrivait dans le cadre constitutionnel de la conciliation entre deux principes constitutionnels d'égale valeur : la liberté de la mère et le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Pour ce faire, dans sa décision du 29 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a mentionné la liberté individuelle dans la rubrique de sa décision consacrée aux normes constitutionnelles applicables, aux côtés du respect de la dignité de la personne humaine et du respect de la santé (cons. 2 à 4). En revanche, il a fait figurer « *le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* » au rang des principes reconnus par le législateur et qui « *tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » (cons 18).

Le Conseil constitutionnel a ainsi toujours veillé à ne pas entrer dans un débat qui est philosophique et politique. Il a rappelé qu'il ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement⁶.

Dans sa décision du 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel a été fidèle à sa jurisprudence passée qui manifeste une grande prudence sur les questions de bioéthique : il n'est pas entré dans l'appréciation des arguments éthiques de la controverse et a rappelé qu'en fixant la règle selon laquelle nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, le législateur n'a fait qu'exercer sa compétence sans porter atteinte à une exigence constitutionnelle. Le Conseil a également constaté que les critères retenus par le législateur quant au droit à agir en responsabilité étaient en lien direct avec l'objet de la loi de sorte que le principe d'égalité devant la loi n'était pas davantage méconnu.

B – Troisième alinéa de l'article L. 114-5 du CASF

La requérante formulait contre cette disposition un grief tiré de l'atteinte au principe de responsabilité articulé en deux branches. Elle dénonçait en effet une

⁵ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi 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.*

⁶ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1 et 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, cons. 4

atténuation de responsabilité consistant en l'exigence d'une faute caractérisée et l'exclusion de certains préjudices du droit à réparation.

1. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de responsabilité.

- Dès 1982, le Conseil constitutionnel a affirmé que : « *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* »⁷. Cette reconnaissance d'un principe de responsabilité pour faute, qui confère une portée constitutionnelle à la règle rappelée par l'article 1382 du code civil tout en l'assortissant d'exceptions, doit se lire comme la conséquence de la liberté reconnue par l'article 4 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » et que « *la liberté n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* »⁸.

En conséquence, le Conseil juge que « *nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé* »⁹. En effet, le législateur ne peut « *dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs... à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques* »¹⁰.

Enfin, si le principe de responsabilité « *s'oppose au refus absolu de toute réparation sans égard à la gravité de la faute, il ne s'oppose pas... à certaines exonérations de responsabilité pour des fautes présumées excusables* »¹¹ et « *ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée* »¹².

Ainsi, il en va du principe de responsabilité pour faute comme de la liberté dont il est la conséquence : le législateur ne peut le vider de son contenu, mais il peut y apporter des restrictions justifiées par un motif d'intérêt général. S'agissant d'un droit inséparable de la possibilité d'en réclamer la sanction juridictionnelle,

⁷ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, cons. 3.

⁸ Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, *Loi de sauvegarde des entreprises*, cons. 10 ; cf. également décisions n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 39 ; n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 40.

⁹ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 9.

¹⁰ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, cons. 9.

¹¹ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, cons. 79.

¹² Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, *Loi de sauvegarde des entreprises*, cons. 10.

le contrôle du Conseil constitutionnel porte, d'une part, sur l'absence de disproportion entre les atteintes portées aux droits des victimes d'actes fautifs (en l'espèce, la mère de l'enfant) et les motifs d'intérêt général qui les motivent et, d'autre part, sur l'absence d'atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789¹³.

- Il résulte de cette jurisprudence sur le principe de responsabilité qu'il n'existe pas de principe constitutionnel de réparation intégrale de tout préjudice.

Le principe de la réparation intégrale est un principe général du droit de la réparation. Dès lors que la chaîne de la responsabilité est établie (faute, lien de causalité, dommage), le responsable est tenu de réparer l'intégralité des dommages causés. Le principe de la réparation intégrale constitue ainsi un principe général du droit civil et la Cour de cassation statue régulièrement au visa de ce principe qui prohibe la fixation des dommages-intérêts ne résultant pas exclusivement de l'appréciation concrète du dommage subi. Pour le Conseil d'État, il existe également une obligation de réparation intégrale.

Cette obligation interdit, sauf régimes spéciaux prévus par la loi, la fixation de dommages-intérêts forfaitaires, l'allocation de dommages-intérêts majorés par rapport au dommage subi en raison de la gravité de la faute (interdiction des dommages punitifs) et la réparation partielle. Ainsi, le juge ne peut décider de n'allouer à la victime qu'une réparation partielle au motif qu'un autre co-responsable paraît « *plus responsable* »¹⁴ ou que l'ampleur du dommage n'était pas prévisible.

Principe général du droit, ce principe ne revêt aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'une valeur législative. Les dérogations sont nombreuses et le Conseil pourrait prochainement être appelé à connaître de certaines d'entre elles. En l'état, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne reconnaît pas de principe constitutionnel de la réparation intégrale.

Le Conseil a même admis que, dans certains cas, la réparation soit forfaitaire lorsqu'elle est fondée sur la solidarité nationale : ce fut le cas pour les rapatriés des Nouvelles-Hébrides¹⁵ et pour les détenteurs d'emprunts russes¹⁶.

¹³ Décision n^{os} 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83 et n^o 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 10.

¹⁴ À l'égard de la victime, les coresponsables sont tenus *in solidum* de la réparation intégrale et c'est dans les rapports entre les coresponsables que le juge peut moduler la contribution à la réparation du dommage en fonction de l'implication.

¹⁵ Décision n^o 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 18 à 24.

¹⁶ Décision n^o 99-425 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, cons. 19 à 23.

Enfin, lorsque la loi fixe elle-même l'indemnisation, le Conseil constitutionnel vérifie si celle-ci n'est pas manifestement entachée d'erreur d'appréciation. Ce fut le cas pour la suppression de la profession de syndic-administrateur judiciaire¹⁷, celle des courtiers interprètes et conducteurs de navires¹⁸, la dissolution de sociétés coopératives de main-d'œuvre¹⁹, la cessation anticipée de la diffusion analogique des chaînes de télévision²⁰.

Les requérants invoquaient des décisions du Conseil constitutionnel imposant une réparation intégrale. Toutefois, ces décisions ne sont pas fondées sur le principe général de responsabilité qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 mais, d'une part, sur l'article 13, en matière d'égalité devant les charges publiques et, d'autre part, sur la protection du droit de propriété et, en particulier, sur l'exigence d'une juste indemnité prévue par l'article 17 de la Déclaration de 1789. Il en est ainsi :

– en matière d'expropriation où « *pour être juste, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation* »²¹ et n'être « *ni excessive ni insuffisante* »²² ;

– quand le préjudice « *indemnisable* » procède d'une charge anormale supportée par quelques personnes : servitude particulière ou réquisition immobilière²³.

2. L'exigence d'une faute caractérisée

Le dispositif, institué par la première phrase du troisième alinéa de l'article L. 114-5 du CASF, restreint les conditions de mise en œuvre de la responsabilité médicale en conditionnant à l'existence d'une « *faute caractérisée* » la mise en œuvre de la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé vis-à-vis d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse.

¹⁷ Décision n° 84-182 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*, cons. 10.

¹⁸ Décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, cons. 7.

¹⁹ Décision n° 94-347 DC du 3 août 1994, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 14.

²⁰ Décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 9 à 14.

²¹ Décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, cons. 19.

²² Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 23.

²³ Décisions n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, cons. 16 ; n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 33.

Il peut exister des interrogations sur la portée exacte de la notion de faute caractérisée. Les travaux parlementaires montraient que la rédaction du texte avait évolué entre « faute d'une particulière gravité », « faute lourde » ou « faute caractérisée ». C'est finalement cette dernière formulation qui a été retenue.

Selon Terry Olson, commissaire du gouvernement : *« Tout d'abord, la faute caractérisée doit être identifiée, "objectivée" pourrait-on dire. Elle exclut selon nous toute forme de présomption de faute. Elle doit ensuite se distinguer d'une faute simple par son évidence et son intensité, les conditions devant s'apprécier selon nous :*

« – en premier lieu en fonction des obligations pesant sur les médecins résultant de textes légaux ou réglementaires ;

« – en second lieu en fonction des principes déontologiques ainsi que des diligences normales et autres bonnes pratiques que tout patient est en droit d'attendre de tout praticien ;

« – enfin peut-être aussi en fonction de la gravité des conséquences que telle faute produit ou est susceptible de produire au détriment des intérêts du patient. »²⁴

Dans cette affaire, le Conseil d'État a jugé *« 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 précitées 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 ».*

Il a été également jugé que constituait une faute caractérisée le fait, pour un centre hospitalier universitaire, d'informer un couple que les analyses de l'amniocentèse pratiquée n'avaient mis en évidence chez l'enfant à naître aucun risque d'amyotrophie spinale infantile, alors que cette information s'était révélée erronée du fait de l'inversion des résultats des analyses pratiquées sur deux patientes²⁵.

²⁴ Conclusions sur CE, 9 février 2005, *Centre hospitalier Émile Roux du Puy-en-Velay*, n° 255990.

²⁵ CE, 19 février 2003, *APHP c/ Époux M*, n° 247908, 249524.

En revanche, n'a pas commis une faute caractérisée l'hôpital qui s'est abstenu de réaliser une amniocentèse à visée génétique sur une femme enceinte, hospitalisée en raison du risque d'infection lié à la rupture de la poche des eaux et du risque de naissance prématurée, et pour laquelle les échographies réalisées pendant la grossesse n'avaient révélé aucune anomalie de nature à attirer l'attention dans le domaine génétique et qui n'avait pas fait part à l'équipe médicale de ses préoccupations concernant l'existence d'une maladie génétique, que ne laissaient présager ni son âge, ni ses antécédents familiaux²⁶.

Quant à la Cour de cassation, elle ne semble pas s'être encore prononcée sur ce point mais elle publie, dans son rapport annuel de 2007, une étude qui aborde cette question : « ... dans le cas d'un enfant né handicapé, l'article 114-5 du code de l'action sociale et des familles intégrant l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 exige une faute caractérisée. Faut-il y voir l'exigence d'un degré de gravité particulier ? Ou s'agit-il d'une exigence plus particulière au niveau de la preuve ou de la motivation ? On peut penser que cette formule renvoie à l'idée d'une faute prouvée et n'apporte rien de plus au régime existant, puisque la faute sera caractérisée du seul fait que le comportement critiqué n'aura pas été conforme à celui attendu d'un médecin normalement avisé, diligent et compétent, placé dans les mêmes circonstances. »

Par ailleurs, la notion de « faute caractérisée » introduite au quatrième aliéna de l'article 121-3 du code pénal par la loi du 10 juillet 2000, dite « loi Fauchon »²⁷, pour encadrer la responsabilité pénale de ceux qui n'ont pas directement causé la mort ou des blessures involontaires, nourrit une abondante jurisprudence des juridictions du fond : elle désigne soit la faute d'une certaine gravité (ce qui la rapproche de la faute lourde) soit la faute évidente ou flagrante, ce qui ne renvoie pas à la qualité de la preuve mais à la nature de la faute dont le caractère fautif n'est pas discutable.

Il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel de trancher cette question d'interprétation de la loi qui n'est pas nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité²⁸. Le Conseil constitutionnel a seulement constaté que la notion de faute caractérisée ne se confond pas avec la notion de faute lourde. Si tel avait été le cas, se serait posée la question de l'éventuelle appréciation de l'atteinte portée au droit à réparation au regard de l'intérêt poursuivi. En l'espèce, il n'était pas nécessaire, pour le Conseil constitutionnel, de se pencher

²⁶ CAA Paris, 24 janvier 2005, *M. et Mme Harivel*, n° 02PA00736.

²⁷ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

²⁸ Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 33 et 2009-590 DC du 22 octobre 2009, *loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 4 et 6.

sur cette question. Le Conseil a donc jugé que la première phrase du troisième alinéa de L. 114-5 du CASF ne pose pas de problèmes de constitutionnalité.

3. L'exclusion d'un préjudice indemnisable

La deuxième phrase du troisième alinéa de l'article L. 114-5 du CASF interdit aux parents d'obtenir, par la mise en cause de la responsabilité médicale, la réparation du préjudice résultant des charges du handicap. Les parents obtiendront réparation de leur préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence (désagréments dans la vie courante, affective, familiale, professionnelle, dans les loisirs...) mais la compensation du handicap reste à la charge de la collectivité nationale. Si la proposition de loi réservait aux parents la possibilité d'obtenir la réparation de leur seul préjudice moral, la rédaction définitivement adoptée reconnaît le droit des parents d'obtenir réparation de leur préjudice mais exclut « *les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap* ».

Cette restriction du droit à réparation ne méconnaît toutefois pas les exigences constitutionnelles en matière de responsabilité.

En premier lieu, le Conseil a constaté que le dispositif porte sur un chef de préjudice. Il n'y a pas d'obstacle à l'engagement de la responsabilité et les autres chefs de préjudice demeurent indemnifiables. Par conséquent, ce dispositif n'institue pas un régime d'irresponsabilité générale des professionnels et établissements de santé.

En deuxième lieu, le Conseil a examiné les motifs d'intérêt général poursuivis par le législateur.

- D'une part, le législateur a estimé que seule la faute à l'origine du handicap peut entraîner l'obligation de réparer les charges correspondant au handicap et que lorsqu'une faute de diagnostic est invoquée, elle ne peut être regardée comme à l'origine du handicap lui-même. Le législateur a ainsi entendu que dans le cas d'un handicap dit « de naissance » et non causé par une faute médicale, il n'y ait pas de différence, au regard du droit à réparation, ni en fonction des conditions techniques dans lesquelles le handicap peut être décelé, ni en fonction des convictions de la mère et, partant, du choix qu'elle aurait pu faire à la suite du diagnostic. Le Conseil constitutionnel a estimé que les considérations éthiques et sociales prises en compte par le législateur pour fixer cette règle relevaient de sa seule appréciation.

- D'autre part, le Conseil constitutionnel a également pris en compte, pour limiter les conditions d'engagement de la responsabilité médicale, des motifs d'intérêt général tenant à l'équilibre des comptes sociaux (dépenses d'assurance maladie) et à l'organisation du système de santé (accès des médecins et professionnels de santé à un régime d'assurance professionnelle dans des conditions économiques acceptables).

Enfin, le Conseil a constaté que le législateur avait prévu que les charges résultant du handicap non décelé devaient être prises en charge par la solidarité nationale et non par le régime de responsabilité médicale. À cette fin, la loi du 11 février 2005 précitée a créé la prestation de compensation.

Face au dispositif consistant à retirer un chef de préjudice du droit à réparation en mettant sa compensation à la charge de la solidarité nationale, le Conseil constitutionnel n'a pas procédé à la comparaison concrète des deux régimes afin d'apprécier si le droit à réparation supprimé se trouvait effectivement compensé par le dispositif mis à la charge de la solidarité nationale.

Telle est la voie dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme pouvait avoir donné l'impression de s'être engagée dans l'arrêt *Maurice* du 6 octobre 2005 : « *Ainsi tant le caractère très limité de la compensation actuelle au titre de la solidarité nationale que l'incertitude régnant sur celle qui pourra résulter de l'application de la loi de 2005 ne peuvent faire regarder cet important chef de préjudice comme indemnisé de façon raisonnablement proportionnée depuis l'intervention de la loi du 4 mars 2002.* »²⁹ Cette jurisprudence, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 11 février 2005 et qui résultait du constat, fait d'ailleurs avec l'accord du Gouvernement français, que le régime antérieur de prise en charge du handicap ne pouvait en aucune façon être considéré comme une véritable compensation du handicap, a été reprise par la Cour de cassation et le Conseil d'État³⁰ pour sanctionner l'applicabilité transitoire des dispositions déferées, selon une argumentation fondée sur le fait que le mécanisme de compensation forfaitaire du handicap instauré au titre de la solidarité nationale n'équivalait pas à l'obligation de réparation intégrale (voir *infra* C.).

Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi les requérants qui l'invitaient à étendre ce raisonnement au dispositif pérenne de la loi du 4 mars 2002 afin de le déclarer contraire à la Constitution.

²⁹ CEDH, 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, n° 11810/03, § 91.

³⁰ Civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, 02-12260 et CE, 24 février 2006, n° 250704.

- Premièrement, un tel contrôle de l'équivalence de la réparation et de la compensation impliquerait nécessairement la reconnaissance d'un droit constitutionnel à la réparation intégrale du préjudice ; tel n'est pas le cas.

- Deuxièmement, c'est dans le cadre de l'applicabilité aux situations en cours (et donc aux créances de réparation déjà nées) que la Cour de cassation et le Conseil d'État ont jugé que les sommes allouées au titre de la solidarité nationale étaient sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale ; c'est donc en tant que la loi portait une atteinte rétroactive à la créance en réparation des victimes (voir C).

- Troisièmement, on ne peut étendre au dispositif pérenne de la loi du 4 mars 2002 le constat fait par la Cour de cassation en 2006 et en 2008 sur l'insuffisance du dispositif antérieur à la mise en œuvre de la prestation de compensation. En effet, la logique, qui a présidé à l'instauration de la prestation de compensation adoptée en 2005 et entrée en vigueur en janvier 2006, est de compléter un régime forfaitaire d'allocations par un dispositif de compensation en fonction des besoins du handicap. On ne pourrait plus dire que le dispositif actuel constitue un « *mécanisme de compensation forfaitaire sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale* »³¹.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a estimé que la limitation du préjudice indemnisable par la loi ne revêt pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi.

C – Application immédiate aux instances en cours (2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005)

1. L'état du droit

L'application immédiate du dispositif législatif a eu pour effet d'interdire aux enfants handicapés et à leurs parents la possibilité d'obtenir la réparation des charges particulières découlant du handicap.

Par deux arrêts, rendus le 6 octobre 2005 dans les affaires *Draon* et *Maurice*³², la CEDH a considéré que l'application immédiate de la loi aux instances en cours violait le droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention EDH.

³¹ Civ. 1^{re}., 8 juillet 2008, n° 07-12159, *Épx. L. c/D. et a.*

³² *JCP* 2006, II, 10061, note Zollinger.

Dans un premier temps, le Conseil d'État³³, comme la Cour de cassation³⁴ ont appliqué cette jurisprudence aux affaires en cours.

Puis, ils ont eu à connaître de cas portant sur des naissances antérieures à la loi de 2002 mais avec des instances introduites ultérieurement. Dans un arrêt rendu le 30 octobre 2007, non publié au *Bulletin civil*, la Cour de cassation a appliqué sa jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2002 au dommage dont la « révélation (...) était nécessairement antérieure à l'entrée en vigueur de la loi » du 4 mars 2002.

Cette même solution a été reprise par un arrêt de la première chambre civile du 8 juillet 2008³⁵ : « *Les intéressés pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait toutes les charges particulières invoquées, s'agissant d'un dommage survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi (...), indépendamment de la date d'introduction de la demande en justice.* » La Cour de cassation suit ici les vœux de certains civilistes, qui faisaient remarquer que « *l'atteinte au droit de créance semble caractérisée de façon parfaitement égale qu'une action en justice ait été ou non formée avant l'adoption de la loi* »³⁶ et non pas ceux qui estimaient que le raisonnement de la CEDH n'était pas fondé sur les règles du droit civil français.

La jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2002 a donc été maintenue pour tous les dommages antérieurs au 7 mars 2002, sous la seule réserve – classique – des décisions ayant force de chose jugée.

Quant au Conseil d'État, il semble qu'il n'ait pas encore statué sur cette question mais la cour administrative d'appel de Lyon a jugé que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 ne peuvent recevoir application à l'instance engagée par des parents pour obtenir réparation des conséquences dommageables résultant de la naissance, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi, de leur enfant porteur d'un handicap non décelé par l'établissement hospitalier pendant la grossesse, indépendamment de la date d'introduction de la demande en justice³⁷.

Cela signifie donc que la disposition contestée n'est plus appliquée mais n'a pas non plus été abrogée.

³³ CE, 24 février 2006, n° 250704, *JCP* 2006, II, 10062, note Gouttenoire et Porchy-Simon.

³⁴ Civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, trois arrêts, *JCP* 2006, II, 10062, note Gouttenoire et Porchy-Simon.

³⁵ Cass., Ass. pl., 8 juillet 2008, n° 07-12159 ; *D.* 2008, p. 2765, note Porchy-Simon, *JCP* 2008, II, 10166, avis Mellottée et note Sargos.

³⁶ Porchy-Simon, note préc.

³⁷ CAA Lyon, 7 avril 2009, *Centre hospitalier de Sens*, n° 05 LY00016, *AJDA* 2009, p. 1314.

2. La jurisprudence du Conseil constitutionnel

La jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel peut être résumée comme suit :

- Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions.
- Ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles.
- En particulier, il ne saurait porter atteinte aux droits nés de décisions de justice passées en force de chose jugée³⁸ ou avoir pour « principal objet » de les mettre à néant³⁹. De même, il ne saurait faire renaître des prescriptions légalement acquises⁴⁰.
- En outre, toute modification rétroactive de règles de droit doit être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant.

En effet, le législateur méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Tel n'était pas le cas de l'article 7 de la loi de finances pour 2006 qui mettait fin à l'exonération fiscale des intérêts de certains plans d'épargne-logement dès lors qu'il ne concernait que des plans arrivés à échéance et n'avait donc pas d'effet rétroactif⁴¹. La même solution a prévalu pour l'article 85 de la loi de finances pour 2010, portant fiscalisation partielle des indemnités d'accident du travail dès lors que cet article n'est applicable qu'aux indemnités journalières versées à compter du 1^{er} janvier 2010⁴².

Cette jurisprudence est celle applicable en matière de validation législative ou de remise en cause de contrats légalement conclus. En l'espèce, le Conseil l'a appliquée à la matière extracontractuelle.

³⁸ Décision n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, cons. 5.

³⁹ Décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*, cons. 4 à 6.

⁴⁰ Décision n° 88-250 DC du 29 décembre 1988, *Loi de finances rectificative pour 1988*, cons. 2 à 6.

⁴¹ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 45 et 46.

⁴² Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 86.

3. La constitutionnalité de la disposition rétroactive

La loi s'applique à toutes les instances en cours à l'exception de celles pour lesquelles « *il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ».

Cette première exception pose à elle seule une difficulté, la jurisprudence du Conseil constitutionnel interdisant qu'il soit porté atteinte aux décisions passées en force de chose jugée. Or, le terme « *irrévocablement* » est plus restrictif que ceux de « *passés en force de chose jugée* ». Est irrévocable une décision dont les délais de recours ont été épuisés et qui n'est susceptible que d'un recours en révision, alors qu'a force de chose jugée une décision non susceptible de recours suspensif d'exécution, que ce soit une décision de première instance ou d'appel : « *La décision d'une juridiction qui a statué en dernier ressort présente, même si elle peut faire l'objet ou est effectivement l'objet d'un pourvoi en cassation, le caractère d'une décision passée en force de chose jugée.* »⁴³ Par suite, la disposition critiquée était, dans cette seule mesure, contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de constater la violation de la Constitution pour ce seul motif (ce qui eût présenté l'inconvénient de laisser croire *a contrario* que l'application aux instances en cours eût satisfait aux exigences constitutionnelles en matière d'application rétroactive de la loi). Le Conseil a estimé que le législateur aurait pu rendre applicable le dispositif aux instances postérieures à son entrée en vigueur et portant sur des situations juridiques nées antérieurement. Le contrôle de la rétroactivité de la loi n'interdit pas que le législateur déroge aux règles de droit commun de l'application dans le temps des lois nouvelles en matière de responsabilité, et décide de rendre la loi nouvelle applicable aux situations juridiques nées antérieurement. Les motifs d'intérêt général poursuivis par le législateur eussent justifié une telle mesure.

Toutefois, le Conseil a estimé que ces motifs ne pouvaient justifier une atteinte aussi importante que celle qui consistait à appliquer la loi nouvelle aux personnes qui avaient, antérieurement à son entrée en vigueur, engagé une procédure pour obtenir la réparation de leur préjudice. Dans ce cas, la proportion entre l'atteinte portée aux droits en cause et le motif poursuivi n'était plus respectée. Le Conseil a donc déclaré contraire à la Constitution le dispositif de droit transitoire qui rendait applicable la loi nouvelle à toutes les instances où il n'avait pas été jugé de manière irrévocable sur le principe de l'indemnisation.

⁴³ CE, ass., 27 octobre 1995, *Ministre du Logement c/Mattio*, n° 150703, p. 359, concl. Arrighi de Casanova ; voir aussi l'article 500 du code de procédure civile.

La suppression de cette disposition de droit transitoire laissant immédiatement place à l'application des règles de droit commun relatives à l'application de la loi dans le temps, il n'était pas nécessaire que le Conseil fixe des règles transitoires quant aux effets dans le temps de cette déclaration d'inconstitutionnalité.